

**XXIV ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI - UFS**

DIREITO CIVIL CONTEMPORÂNEO

ELCIO NACUR REZENDE

JOSÉ SEBASTIÃO DE OLIVEIRA

OTAVIO LUIZ RODRIGUES JUNIOR

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias

Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

D598

Direito civil contemporâneo [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFS;

Coordenadores: Elcio Nacur Rezende, Otávio Luiz Rodrigues Junior, José Sebastião de Oliveira – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-036-7

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO, CONSTITUIÇÃO E CIDADANIA: contribuições para os objetivos de desenvolvimento do Milênio.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Direito civil. I. Encontro Nacional do CONPEDI/UFS (24. : 2015 : Aracaju, SE).

CDU: 34



XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS

DIREITO CIVIL CONTEMPORÂNEO

Apresentação

O XXIV Encontro Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito CONPEDI, ocorrido nos dias 3 a 6 de junho de 2015, em Aracaju, Sergipe, apresentou como objeto temático central Direito, constituição e cidadania: contribuições para os objetivos de desenvolvimento do milênio. Este encontro apresentou a peculiaridade de ter, pela primeira vez, um grupo de trabalho dedicado ao Direito Civil Contemporâneo, que, de acordo com a ementa oficial, destinava-se ao exame de questões relevantes dessa disciplina jurídica sob o enfoque da metodologia privatística, suas categorias clássicas e sua milenar tradição, mas com a necessária aderência aos problemas de uma sociedade hipercomplexa, assimétrica e com interesses econômicos e sociais contrapostos.

O grupo de trabalho, que ocorreu no dia 5 de junho, no campus da Universidade Federal de Sergipe, contemplou a apresentação de 29 artigos, de autoria de professores e estudantes de pós-graduação das mais diversas regiões do país. Os trabalhos transcorreram em absoluta harmonia por quase sete horas e, certamente, propiciaram a todos bons momentos de aprendizado em um dos ramos mais antigos da ciência jurídica, que hoje é chamado a dialogar com o legado imperecível de sua tradição romano-germânica e com os desafios contemporâneos.

Os artigos reunidos nesta coletânea foram selecionados após o controle de qualidade inerente à revisão cega por pares, em ordem a se respeitar os padrões da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (Capes) e também para que esta publicação seja útil para os diversos programas de pós-graduação aos quais se vinculam seus autores.

Neste livro eletrônico, o leitor encontrará textos atuais e com diferentes enfoques metodológicos, doutrinários e ideológicos sobre temas de interesse prático e teórico do Direito Civil Contemporâneo.

Na Teoria Geral do Direito Civil, há diversos artigos sobre os direitos da personalidade, a lesão e a interpretação do Direito Civil. No Direito das Obrigações e dos Contratos, destacam-se escritos que dizem respeito à função social do contrato, aos demais princípios contratuais e sua correlação com as cláusulas exoneratórias de responsabilidade, aos deveres anexos da boa-fé objetiva, às distinções entre renúncia e remissão, ao contrato de doação modal, bem assim aos contratos de agência e de representação comercial. A Responsabilidade Civil

também despertou significativo interesse dos participantes do grupo de trabalho, que expuseram suas visões sobre os danos morais, as lesões decorrentes de cirurgias plásticas, as conexões entre a incapacidade e a reparação de danos, a ação direta das vítimas em face das seguradoras, a função punitiva e o Direito de Danos e a reparação por ruptura de noivado.

No Direito das Coisas, o leitor poderá examinar textos sobre a hipoteca, a propriedade aparente e o problema da ausência de procedimento especial sobre a usucapião judicial no novo Código de Processo Civil. No Direito de Família e no Direito das Sucessões, houve um significativo número de artigos, que se ocuparam dos mais variados temas, ao exemplo das famílias mosaico, da Lei de Alienação Parental, das modalidades de filiação e de seu tratamento jurídico contemporâneo, do núcleo familiar poliafetivo, do testamento vital e do planejamento sucessório.

Essa pátina com cores tão diversas, a servir de metáfora para as diferentes concepções jurídicas emanadas neste livro, foi causa de alegria para os coordenadores, que puderam observar que no Brasil não há predileção por qualquer parte do Direito Civil, muito menos se revelaram preconceitos injustificáveis diante das novas relações humanas. Em suma, os temas abordados abrangeram os diferentes livros do Código de 2002, conservando-se os autores atentos à dinamicidade das relações sociais contemporâneas.

Todos os trabalhos apresentados e que hoje se oferecem à crítica da comunidade jurídica refletiram o pensamento de seus autores, sem que os coordenadores desta obra estejam, em maior ou menor grau, a eles vinculados. Trata-se do exercício puro e simples da liberdade e do pluralismo, dois valores centrais de qualquer ambiente universitário legítimo, que se conformam aos valores constitucionais que lhe dão suporte.

Ao se concluir esta apresentação de um livro sobre o Direito Civil Contemporâneo, não se pode deixar de lembrar o que a palavra contemporâneo significa. Para tanto, recorre-se a Giorgio Agamben, tão bem parafraseado por José Antônio Peres Gediél e Rodrigo Xavier Leonardo, quando disse que contemporâneo é algo que pertence verdadeiramente ao seu tempo, é verdadeiramente contemporâneo, aquele que não coincide perfeitamente com este, nem está adequado às suas pretensões e é, portanto, nesse sentido, inatual; mas, exatamente por isso, exatamente através desse deslocamento e desse anacronismo, ele é capaz, mais do que os outros, de perceber e aprender o seu tempo. De tal sorte que, o contemporâneo inevitavelmente será marcado pelo desassossego, que muitas vezes adverte e atenta a fragilidade daquilo que está posto como o estado da arte, malgrado não o ser. (GEDIÉL, José Antonio Peres; LEONARDO, Rodrigo Xavier. Editorial. Revista de Direito Civil Contemporâneo, v.2., p.17-19, jan-mar.2015. p. 17).

Essa contemporaneidade que se faz necessária no estudo do Direito Civil, sem fechar as portas a um passado rico de experiências e de construções admiráveis, tão bem refletidas no elogio de Franz Wieacker aos pandectistas, sobre os quais afirmou serem suas ideias a base sobre a qual repousam as melhores estruturas do Direito Privado atual (WIEACKER, Franz. *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*. 2., neubearb. Aufl. von 1967. Göttingen : Vandenhoeck und Ruprecht, 1996, §23.) . Mas, sem que sejam os civilistas transformados em estátua de sal, como a mulher de Ló, por só buscarem nas brumas dos tempos idos as soluções que não mais se prestam a um dia colorido por luzes tão diferentes.

Dessa forma, apresentam os coordenadores, orgulhosamente, esta obra cujo conteúdo certamente enriquecerá a cultura jurídica de todos e, em especial, aqueles que cultuam o Direito Civil Contemporâneo.

Prof. Dr. Elcio Nacur Rezende Professor e Coordenador do Programa de Pós-graduação em Direito da Escola Superior Dom Helder Câmara. Mestre e Doutor em Direito.

Prof. Dr. Otávio Luiz Rodrigues Junior Professor Doutor de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (Largo São Francisco). Pós-Doutor em Direito Constitucional Universidade de Lisboa, a Clássica. Pesquisador visitante, em estágio pós-doutoral, no Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht (Hamburgo, Alemanha), com bolsa de Max-Planck-Gesellschaft.

Prof. Dr. José Sebastião de Oliveira - Coordenador do Programa de Pós-graduação em Ciências Jurídicas do Centro Universitário Cesumar (UNICESUMAR). Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (1999) e pós-doutor em Direito pela Universidade de Lisboa (2013). Mestre em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina (1984),

LESÃO E JUSTIÇA CONTRATUAL: A TRANSAÇÃO DESPROPORCIONAL

USURY E JUSTICE IN CONTRACTS: THE DISPROPORTIONATE TRANSACTIO

Edgard Audomar Marx Neto
Tereza Cristina Monteiro Mafra

Resumo

A busca por justiça contratual e pela realização de equidade nas relações contratuais enseja discussões imemoriais. Uma das expressões deste problema se manifesta nas discussões acerca da desproporcionalidade das prestações assumidas pelas partes. O direito civil contemporâneo não admite que a desproporcionalidade extrema seja mantida nas relações contratuais. Dentro deste panorama, o escopo deste trabalho voltou-se à procura de soluções para o contrato de transação em que as partes tenham assumido prestações desproporcionais. O problema ganha relevo porque o art. 849 do Código Civil somente admite a anulação da transação nos casos de erro essencial, dolo ou coação, negando-a na hipótese de lesão. A partir de pesquisa histórica e comparada, sob a vertente dogmática, o trabalho propõe o recurso à proibição do enriquecimento sem causa como medida de correção da transação desproporcional, destacando-se que o requisito da subsidiariedade está satisfeito nestas condições.

Palavras-chave: Transação, Desproporcionalidade, Justiça contratual, Lesão, Enriquecimento sem causa

Abstract/Resumen/Résumé

The search for justice in contracts entails immemorial discussions. One of the expressions of this problem concerns discussions of disproportionality of benefits paid by the parties. The contemporary civil law is contrary to the extreme disproportion in contractual relations. Within this framework, the scope of this work is the search for solutions to the transactio in which the parties have assumed disproportionate benefits. The problem is important because the Brazilian Civil Code denies the transactio cancellation in the event of usury. The rule only admits the transactio cancellation in the event of error, fraud or violence. Under the dogmatic perspective, from historical and comparative research, the paper proposes the use of prohibition of unjust enrichment as a correction of the disproportionate transactio.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Transactio, Disproportionality, Justice in contracts, Usury, Unjust enrichment

1 Introdução

A progressiva utilização de meios extrajudiciais para a solução de controvérsias e a crescente demanda por medidas conciliatórias no âmbito judicial põem em destaque a figura do contrato de *transação*. Conforme a previsão legal, “é lícito aos interessados prevenirem ou terminarem o litígio mediante concessões mútuas” (Código Civil, art. 840).

A despeito da brevidade do regime legal, previsto nos artigos 840 a 850 do Código Civil, as situações concretas de transação correspondem à imensa diversidade de configurações, cujas soluções desafiam o jurista contemporâneo.

Dentre as diversas discussões acerca da transação, o escopo deste artigo é analisar o tratamento a ser dado nas hipóteses de o acordo realizado mostrar-se manifestamente desproporcional. Esta situação desafia especial atenção em razão da previsão do art. 849 do Código Civil, que estabelece que “a transação só se anula por dolo, coação, ou erro essencial quanto à pessoa ou coisa controversa”. Ou seja, a lei exclui, expressamente, a lesão dentre as hipóteses de anulação do contrato de transação.

Para o desenvolvimento do tema será reconstituída figura da lesão no direito brasileiro e o regime próprio de invalidade da partilha. Como conclusão, propõe-se o recurso ao enriquecimento sem causa como solução subsidiária para o acordo desproporcional.

2 Justiça contratual

O instituto da lesão, antes de fenômeno jurídico, conquanto constitua a afirmação de uma regra moral, “não se prende aos princípios bramânicos do Código de Manu, não se filia à inspiração divina da moral hebraica, não decorre da austeridade espartana, nem da elevação espiritual da filosofia grega em geral”, liga-se à justiça contratual (SILVA PEREIRA, 2001, p. 2).

A ideia de justiça contratual destaca duas noções centrais em um debate histórico e doutrinário ininterrupto. Trata-se de um problema que ultrapassa a validade do contrato, pois ingressa na esfera do moralmente repugnante (SILVA PEREIRA, 2001, p. ix).

No Velho Testamento há um exemplo de venda lesiva: Esaú, faminto, vende os direitos de primogênito por um prato de lentilhas a Jacó (Gênesis 25:34). SANTO AGOSTINHO, no *De Trinitate*, reconhece como característica humana a condição de ganho:

Há, contudo, algumas vontades comuns a todos que são também conhecidas de cada um individualmente e, embora cada homem ignore o que outro homem quer, em relação a determinadas realidades pode-se saber o que todos querem(...) Quereis comprar barato e vender caro (2008, p. 142).

Segundo Caio Mario, manter a expressão da vontade das partes no contrato, em consonância com o equilíbrio das prestações, "seria deontologicamente muito simples":

Bastaria fazer abstração dos apetites e paixões dos homens. Mas o jurista não pode perder de vista que a ambição é um dos móveis da conduta humana, e que a liberdade de ação dos indivíduos na sociedade está condicionada a fatores determinantes e modificativos de sua atuação (SILVA PEREIRA, 2001, p. ix).

Mas a definição de justiça contratual é indissociável da coexistência de elementos objetivos e subjetivos. A questão se expressa simplesmente, de acordo com Gaël CHANTEPIE (2006, p. 28-29): deve-se observar o que foi convencionado, qualquer que seja a injustiça ali contida, ou é necessário que uma autoridade exterior aos contratantes se imiscua na esfera convencional com o fim de retificar o que foi estipulado?

No Direito clássico, porém, não se cogitava de indagar se o preço era *justo*. Mencionam-se dois fragmentos do Código de Justiniano, aludindo, respectivamente, a duas Constituições de Diocleciano e Maximiliano, que teriam sido baixadas no terceiro século da Era Cristã (SILVA PEREIRA, 2001, p. 11-12). A “Lei Segunda” está prevista em uma Constituição imperial, como resposta à consulta formulada por um certo Lupus. De redação obscura e imperfeita, Caio Mário oferece a seguinte tradução:

Se tu ou o teu pai houver vendido por preço menor uma coisa de maior preço, é equitativo que [*humanum est*], restituindo tu o preço aos compradores, recebas o fundo vendido, intercedendo a autoridade do juiz, ou, se o comprador o preferir, recebas o que falta para o preço justo. Menor porém presume-se ser o preço, se nem a metade do verdadeiro foi paga (SILVA PEREIRA, 2001, p. 23).

Ressalte-se que pairam severas dúvidas sobre a autenticidade do texto, que não define o que seja menor preço (o menor que o preço justo), mas tarifa o limite da rescisão.

O fundamento da lesão no direito romano assentava na “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 *statu quo ante*, porque o comprador estaria conseguindo um enriquecimento causado pela exploração daquela necessidade do co-contratante” (SILVA PEREIRA, 2001, p. 24).

Exigia-se a apuração conforme o valor, no momento da venda, o que deveria se dar em juízo, mediante a *actio venditi* (meio de que o vendedor dispunha para perseguir a execução das obrigações) ou a *exceptio doli* (caso o adquirente intentasse a *actio empti*). Uma vez “alegada a *laesio enormis*, ficava ao adquirente uma solução facultativa: ver decretado o desfazimento da venda, ou oferecer o complemento do preço” (SILVA PEREIRA, 2001, p.

26). Não se tratava de obrigação alternativa, só cabia ao alienante pedir a coisa, restituindo o preço, a prerrogativa cabia ao comprador. Ao vendedor cumpria restituir o preço havido acrescido dos juros desde o dia do recebimento.

No direito canônico ampliou-se a lesão enorme, alcançando outros contratos. Os canonistas também criaram a figura da lesão enormíssima, para os casos em que a desproporção fosse superior a dois terços do valor do bem alienado (PITHAN; DUARTE, 2008, p. 585).

O cristianismo preparou a transição para um terceiro período, o do feudalismo e da Idade Média (HAURIOU; SFEZ, 1972, p. 5-6). Durante o feudalismo vislumbra-se uma tendência para um individualismo poderoso, de natureza aristocrática, e a ideia de que a sociedade está baseada, em grande parte, sobre o comércio de serviços.

Os glosadores não trabalharam a lesão como um instituto autônomo, mas a aproximaram dos vícios do consentimento: uma compra e venda assim somente se faria pelo dolo do comprador. “E este dolo estava entrosado no próprio contrato, caracterizado na essência suspeita do ato – *dolus re ipsa*” (SILVA PEREIRA, 2001, p. 40).

Também se verifica a exaltação, com a cavalaria, dos sentimentos de honra e lealdade, que se transpuseram, posteriormente, no dever de lealdade ao príncipe (HAURIOU; SFEZ, 1972, p. 5-6). O papel jurídico do juramento de honra liga-se à fórmula bipartida *débito e responsabilidade* (*Schuld und Haftung*), cuja construção se deveu, mais tarde, a Alois von Brinz. Assim, ao se atribuir ao *neminen laedere*, nas relações obrigacionais, “o conteúdo do cumprimento exato dos deveres assumidos, ao qual corresponderia um dever de consideração para com os interesses da contraparte” (MARTINS-COSTA, 2000, p. 126), o antigo direito germânico empregou tal estrutura, mais tarde adotada no direito das obrigações (MENEZES CORDEIRO, 2007, p. 170-175).

Mais tarde, quando o racionalismo se instala, adota-se o modelo matemático como critério de cientificidade, com a busca de conceitos absolutos, em um sistema de afirmações unívocas, fundado em assertivas verdadeiras, porque certas (SÈVE, 1986, p. 77). Tal contexto “apóia a base para uma segunda sistemática, trazida pelo jusracionalismo” e, assim, “do século XV ao XVII vê-se a formação de um sistema fechado de verdades da razão” (SILVA FILHO, 2006, p. 160).

O início da idade moderna vê o crescimento da ideia de autonomia da vontade e verifica sua crescente incompatibilidade com o princípio protetivo da lesão. Mesmo a concepção de justo preço se deforma, “a partir do século XVI, numa tricotomia – *Summum, medium et infimum* – dos quais só o último servirá de base à rescisão, o que reduz seu campo

de aplicação apenas às vendas por menos da metade do menor preço da coisa” (SILVA PEREIRA, 2001, p. 51-52).

No período iniciado a partir da metade do século XVIII se “viu a abolição das velhas tradições jurídicas, o breve triunfo do direito natural e a emergência mais duradoura de uma crença nos códigos” (CAENEGEM, 2000, p. 161).

A liberdade, base do *contrato social* de Rousseau, expressa-se pela *vontade*, geradora de direitos e deveres, à qual é atribuída força de lei. Exceto nos casos previstos em lei, o Estado ou outro particular não devem perturbar a livre expressão da vontade (individual)¹.

Além disso, a desigualdade mantida pelo absolutismo e as limitações impostas, especialmente à propriedade, tornaram igualdade e liberdade exigências essenciais que se refletiram na Revolução Francesa e na subsequente codificação².

Da contribuição de Pothier, grande inspirador do Código Napoleônico, Caio Mário acentua sua aproximação da lesão aos vícios do consentimento, a exclusão da possibilidade de lesão na compra e venda de bens móveis, e a defesa da possibilidade de ação pelo comprador (SILVA PEREIRA, 2001, p. 52-53).

Sob influência dos ideais revolucionários, especialmente pelos princípios da igualdade e da liberdade, o legislador francês, em 31 de agosto de 1795, rejeitando a interferência estatal nas transações civis, expurgou a lesão do ordenamento jurídico e determinou a suspensão dos processos pendentes pela Lei de 14 *Fructidor* (LAROMBIÉRE, 1862, p. 45). Como resultado da crise financeira daquela época, instaurou-se a liberdade de emprestar a juros em um ambiente de inflação desmedida, restando impossível verificar qualquer desproporcionalidade entre o preço convencionado e o valor real dos bens objeto dos contratos (DEMOLOMBE, 1868, p. 174).

O contrato era visto como expressão da liberdade (*qui dit contractuel, dit juste*), proveniente da vontade, a qual tinha papel criador do direito e de reforço do princípio da obrigatoriedade do pactuado (RIEG, 1961, p. 5). Segundo Orlando GOMES, “instituiu-se, em suma, como pedra angular do Direito Privado, o *dogma da autonomia da vontade*” (1967, p. 10).

Nas discussões do projeto do Código de Napoleão, as deliberações legislativas apoiavam-se em elementos filosóficos, jurídicos e econômicos, polarizando Berlier e Portalis.

¹ Trata-se de “encontrar uma forma de associação que defenda e proteja com toda força comum a pessoa e os bens de cada associado, e pela qual cada um, unindo-se a todos, não obedeça, entretanto, senão a si mesmo e permaneça tão livre como antes” (ROUUSSEAU, 1966, p. 360).

² O Código Civil francês regula a propriedade como o *direito mais absoluto*, como se verifica no art. 544: “La propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements”.

As observações de Berlier são fundadas na defesa da Lei 14 *Fructidor* (CONSEIL D'ÉTAT, 1808, p. 283) e na obra de Christian Thomassius, cuja conclusão é que todos os motivos de justiça e de humanidade, invocados em defesa da lesão, não passam de *equidade cerebrina* (DECOCK, 1983, p. 599). Portalis defendia que o verdadeiro interesse público e geral consistia em conservar um sábio equilíbrio, de modo a manter uma justa proporção entre as coisas. Para o último, se a lei favorece um adquirente ávido e injusto, as coisas que pertenciam ao vendedor não são bem representadas por dinheiro, pois ele pode ser despojado de tudo e receber um preço miserável e infinitamente abaixo do real valor (TROLLEY, 1872, p. 217).

O Código Civil francês adotou a rescisão dos contratos lesivos no art. 1.118, tomando-a como um vício do consentimento. A possibilidade de rescisão associa-se à incapacidade para defender-se do vício (especialmente dos menores não emancipados).

O Código Civil italiano de 1865 segue o modelo francês, mantendo a tarifa da metade. O novo Código italiano modificou o instituto desligando-o da compra e venda, pois se aplica a qualquer convenção, desde que a “prestação de uma das partes esteja em desproporção com a da outra, decorrente a vantagem do aproveitamento de seu *stato di bisogno*” (SILVA PEREIRA, 2001, p. 64). O elemento objetivo a ser verificado é a desproporção das prestações, ao qual deve somar-se o elemento subjetivo (abuso, para proveito próprio, da necessidade da outra parte), pelo qual a outra parte devia conhecer necessidade, mas não se precisa provar o “propósito de prejudicar”. A desproporção deve perdurar até o momento da demanda.

No Código Civil português, os negócios usurários, regulados nos arts. 282º e seguintes, são anuláveis em razão do desequilíbrio das prestações neles acordadas, devido à inferioridade de uma das partes. Há, porém, críticas na doutrina, que apontam a inadequação da sanção cominada, sob o argumento de que “um negócio com características aparentes de um negócio usurário pode ser qualificado como sendo contrário aos bons costumes” (HÖRSTER, 1992, p. 555), passível, pois, de se submeter às regras do art. 280º, nº 2. Contudo, a legislação portuguesa, em sua redação atual, não precisa o critério objetivo da desproporção³, o que traduz uma ideia sistemática de alargamento do instituto (MENEZES CORDEIRO, 2005, p. 648).

³ Nas Ordenações ou na redação originária do Código Civil de 1966, exigia-se que a desproporção fosse *manifestamente* excessiva ou injustificada.

3 O direito brasileiro

As Ordenações Portuguesas, vigentes no Brasil independente até a edição do Código Civil no início do século XX, reconheciam na lesão hipótese de anulação dos contratos celebrados com grave desproporção. Inspirada na equidade natural de matriz romano-germânica, o regime da lesão estava desligado dos vícios do consentimento.

Todavia, o desenvolvimento do direito nacional apontava em sentido diverso.

O Código Comercial, de 1850, excluía a lesão dos contratos celebrados entre comerciantes. Para dar segurança à vida mercantil, reconhecida como atividade de risco intrínseco, legitimou-se a malícia normal do comerciante. Como observou Caio Mário, o preço deveria ser sério, mas não se exigia que fosse justo, ou seja, “o equivalente exato da coisa vendida” (SILVA PEREIRA, 2001, p. 94).

Observou-se, ainda, que a restrição ao uso da lesão foi ampliada a todas as vendas mercantis, ainda que um dos contratantes não fosse comerciante.

Tal lógica se torna tão abrangente no direito da virada do século XIX que os projetos de codificação a incorporam. Assim, a lesão foi refutada no Esboço de Teixeira de Freitas (“A lesão, só por si, não vicia os contratos”). Já nos Projetos Felício dos Santos e Coelho Rodrigues a aplicação do instituto foi limitada às operações imobiliárias.

De igual forma, a lesão não foi contemplada no Projeto Beviláqua. Mesmo o aditamento da comissão revisora foi suprimido quando da aprovação do texto final. Em síntese, “o Código, afinal, eliminou, inteiramente, êsse instituto” (BEVILAQUA, 1955, p. 214).

Sob a concepção que forjou o Código Beviláqua, “a vontade individual alcançou seu apogeu” (MEIRELES, 2009, p. 66). A *autonomia da vontade* se definia “como um espaço privilegiado de liberdade individual, um círculo de perseguição dos interesses privados, que eram definidos por exclusão, como aqueles interesses estranhos ao Estado” (SCHREIBER, 2005, p. 56). A vontade é considerada “a causa geradora dos direitos, visto que os interesses individuais exteriorizados numa declaração de vontade são protegidos apenas na medida em que o direito positivo os reconhece” (GOMES, 1967, p. 11). Emílio Betti, a respeito, sustenta que a autonomia, sob a égide da vontade, põe a perder a correta visão de negócio jurídico, o qual “não consagra a faculdade de ‘querer’ no vácuo, como apraz afirmar a certo individualismo, que ainda não foi extirpado da hodierna dogmática” (2003, p. 78-79).

Ao longo do século XX, com o desenvolvimento científico, as mudanças sociais e políticas, duas Guerras Mundiais e a intervenção na economia, alteraram-se

significativamente os paradigmas dos oitocentos, que inspiraram as primeiras codificações e tiveram influxo no Brasil. De acordo com Orlando Gomes e Antunes Varela,

Nesse quadro, o substrato econômico, político e ético do Direito Civil desintegra-se, arrastando na queda as estruturas formais que o envolviam. (...) Aquele direito privado que fizera do contrato o instrumento por excelência da vida econômica e a expressão insubstituível da autonomia privada, e, da propriedade, um direito natural do homem sobre o qual se apoiaria a vida econômica da sociedade e dele próprio, não mais existe onde já se implantou a nova economia coordenada e dirigida pelo Estado (1977, p. 23).

Todos esses fatores fizeram com que surgisse uma nova visão da autonomia da vontade, “tão própria que repudiará o termo vontade e colocará em evidência a partícula privada” (RODRIGUES JÚNIOR, 2004, p. 121).

Para Caio Mário, a figura da lesão, excluída pelo Código de 1916, teria sido reintroduzida como reflexo civil do crime de usura real, previsto no art. 4º do Decreto-Lei 869, de 18 de novembro de 1938. Segundo ele não seria possível se admitir como válido um ato que poderia ser caracterizado como crime. Por isto, sustentou que a anulação do negócio usuário dependeria da convergência de dois requisitos: um *objetivo*, consistente na desproporção, e outro *subjetivo*, caracterizado pelo dolo de aproveitamento, ou seja, o “abuso da premente necessidade, inexperiência ou leviandade da outra parte” (SILVA PEREIRA, 2001, p. 164).

Algumas previsões do Código de Defesa do Consumidor parecem também ter incorporado o escopo da lesão, embora não confirmem autonomia à figura. Vejam-se, por exemplo, a inclusão, dentre os *direitos básicos do consumidor* (art. 6º), “a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas” (inciso V), ou, dentre as *práticas abusivas* (art. 39), “exigir do consumidor vantagem manifestamente excessiva” (inciso V).

A lesão foi reincorporada de maneira expressa no ordenamento pátrio na Seção V (Da lesão), do Capítulo IV (Dos defeitos dos negócios jurídicos), do Título I (Dos negócios jurídicos), do Livro III (Dos fatos jurídicos) da Parte Geral do Código Civil. Dispõe o art. 157 que:

Art. 157. Ocorre a lesão quando uma pessoa, sob premente necessidade, ou por inexperiência, se obriga a prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta.

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

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

Os contornos da figura, no direito brasileiro, assumem verdadeiro caráter autônomo. Como observa José Carlos MOREIRA ALVES,

“No tocante à lesão, o Projeto se afastou do sistema alemão e do italiano, e, portanto, do adotado pelo Código Civil português, que se orientou por ambos, já que observou a conceituação daquele, mas preferiu a solução deste. O Projeto, na linha do Anteprojeto de Código de Obrigações de 1941 (de cujo art. 31 deriva o seu art. 155), não se preocupa em punir a atitude maliciosa do favorecido – como sucede no italiano e no português, e que, por isso mesmo, não deveriam admitir se evitasse a anulação se, modificado o contrato, desaparece o defeito – mas, sim, em proteger o lesado, tanto que, ao contrário do que ocorre com o estado de perigo em que o beneficiário tem de conhecê-lo, na lesão o próprio conhecimento é indiferente para que ela se configure” (2003, p. 114).

Assim, no direito vigente, a lesão apresenta-se como defeito do negócio pela falta desmedida de proporção entre as prestações. Os requisitos de sua configuração são analisados no momento de celebração do negócio e visam a proteção do lesado, independentemente da configuração de atitude maliciosa do favorecido. Basta que haja a desproporção e que o lesado tenha agido sob premente necessidade.

Conforme explica Otávio Luiz RODRIGUES JÚNIOR, o modelo de lesão adotado pelo direito brasileiro corresponde ao que Junqueira de Azevedo atribuiu o nome de *lesão especial*, vez que desnecessária a comprovação do dolo de aproveitamento (2206, p. 108).

Os negócios que possam ser caracterizados como lesivos são anuláveis (art. 171, II, Código Civil) e, em atenção ao princípio da conservação, podem ser confirmados (art. 172, Código Civil) ou repactuados em melhores condições (art. 152, §2º, Código Civil).

Neste panorama, não há dúvida de que a lesão constitua uma figura autônoma dentre os vícios do consentimento.

4 Transação, partilha e lesão

Seguindo a lógica do Código Civil de 1916, que não previa a lesão dentre os vícios do ato jurídico, também a transação não se anularia com base neste motivo (“Art. 1.030. A transação produz entre as partes o efeito de coisa julgada, e *só se rescinde* por dolo, violência, ou erro essencial quanto à pessoa ou coisa controversa”).

De acordo com Clóvis BEVILÁQUA (2001, p. 312),

A lesão não era vício, que pudesse aparecer em qualquer ato jurídico; era própria dos contratos comutativos, como das partilhas e servia de base à rescisão dos atos jurídicos dos menores.

Os últimos projetos de Código Civil Brasileiro somente aludiam à lesão nas partilhas, porque nesta domina a lei da mais plena igualdade entre os herdeiros, e o Código, afinal, eliminou, inteiramente, esse instituto.

Todavia, com a incorporação da lesão entre os defeitos do negócio jurídico no Código Civil de 2002, tal restrição não parece mais fazer sentido. Em verdade, o tratamento diferenciado das hipóteses de invalidade da transação somente se mostraria útil caso apresentasse diferenças significativas daquele apresentado na Parte Geral.

Mas não foi esta a realidade, uma vez que o Código vigente traz equivalente funcional ao art. 1.030, ao prever, no art. 849, que “a transação só se anula por dolo, coação, ou erro essencial quanto à pessoa ou coisa controversa”.

A despeito das críticas e objeções da doutrina⁴, o fato é que o texto legal destaca a restrição – “só se anula”. Por mais que a restrição pareça sem sentido, não se afigura adequada a indicação de que o rol do art. 849 seja meramente exemplificativo. Como sintetiza João Baptista VILLELA sobre o regime legal: “Diante do que nenhuma observação mais prudente se alcança do que promover, o quanto antes, por via legislativa, a remoção da esdruxularia” (2003, p. 126).

Importante, neste âmbito de ponderações, observar que um caso peculiar de transação desafia solução distinta: a partilha.

Conforme dispõe o art. 2.027 do Código Civil, “a partilha, uma vez feita e julgada, só é anulável pelos vícios e defeitos que invalidam, em geral, os negócios jurídicos”. Assim, se a partilha é oriunda de acordo entre os herdeiros, pode ser anulada por *todos* os vícios que invalidam os negócios jurídicos.

A partir de 2016, referido artigo passará a vigor com redação distinta, embora sem distinção substancial, determinada pelo novo Código de Processo Civil (Lei n. 13.105/2015): “Art. 2.027. A partilha é anulável pelos vícios e defeitos que invalidam, em geral, os negócios jurídicos”.

A dicotomia de tratamentos apresentada induz sérias dúvidas sobre o regime de invalidade das transações, uma vez que, em geral não podem ser anuladas por lesão. Em sentido contrário, se o acordo se fizer em sede de partilha o vício poderá ser alegado.

A aplicabilidade parcial poderia sugerir a ampliação do uso por via analógica. Todavia este caminho parece bloqueado pela expressa previsão legal do art. 849. Assim, a exceção não só confirma a regra como expõe a sua arbitrariedade: art. 2.027 indica a existência de um sub-regime de invalidade para as partilhas. Ou seja, o regime de invalidade

⁴ Dentre outros, conferir Hindemburgo CHATEAUBRIAND FILHO (2005) e Alexandre Pimenta Batista PEREIRA (2008).

das transações é diverso do regime de invalidade dos negócios jurídicos, a não ser um tipo especial de transação – nas partilhas – em que se volta ao regime geral.

Para as transações não decorrentes de partilha, se desproporcionais, a solução precisará vir de outro caminho que não a lesão.

5 Enriquecimento sem causa

O enriquecimento sem causa, contido nos arts. 884 a 886 do Código Civil de 2002, é uma cláusula geral positivadora de um princípio geral de direito: *a proibição de enriquecer-se indevidamente à custa de outrem*.

Como observou Jorge AMERICANO,

“Nem todo facto qualquer do homem que traz a outrem um enriquecimento dá direito á repetição, a não ser que neguemos legitimidade ás doações. Não se pode, tão pouco modificar a fórmula para dizer que o enriquecimento deve ser sem causa, porque teremos de abrir debate sobre a theoria das causas, e concluir, afinal, que o direito muitas vezes se desinteressa da causa, e acceta como legitima uma causa aparente, como no caso da simulação innocente” (1933, p. 104)

A cláusula geral engloba diversas categorias de enriquecimento e somente se pode encontrar fundamento comum na “ordenação geral de compensação e equilíbrio, o que implica identificar a proibição do enriquecimento com o princípio geral do *suum cuique tribuere*” (MENEZES LEITÃO, 2005, p. 963). O princípio contrário ao enriquecimento sem causa funda-se em velha regra de equidade: “Jure naturae aequum est neminem cum alterius detrimento et injuria fieri locupletiore (D. 50.17.206)” (VALLE FERREIRA, 1949, p. 9).

De inspiração imemorial, a previsão do enriquecimento sem causa no art. 884 do Código Civil brasileiro contempla um princípio em forma de regra, por meio do qual se institui uma fonte genérica das obrigações, designando a circunstância de o enriquecido ficar obrigado a restituir ao empobrecido o benefício patrimonial que injustificadamente obteve à custa dele (MENEZES LEITÃO, 2005, p. 29).

A definição da cláusula geral do art. 884 exige para a sua aplicação três requisitos: (i) que se verifique um enriquecimento; (ii) que esse enriquecimento seja obtido à custa de outrem; (iii) que esse enriquecimento seja auferido sem justa causa.

A amplitude dos requisitos poderia sugerir que fossem aplicáveis a quaisquer casos, como, por exemplo, à lesão. Daí o requisito adicional de que o recurso ao enriquecimento sem causa se apresente como última medida (subsidiariedade).

Chama atenção, no regime do enriquecimento sem causa, a necessidade de que se afigure como fonte subsidiária da restituição, ou seja, o enriquecimento somente poderia se manifestar quando não houvesse qualquer outra hipótese de solução (art. 886, Código Civil).

Este requisito parece amoldar-se com clareza na hipótese de controle dos efeitos da transação lesiva. A via anulatória encontra-se bloqueada por expressa previsão legal (art. 849)⁵ e, tampouco, está configurada hipótese de ilicitude a determinar a reparação civil. Assim, verificada a desproporção indevida, o enriquecimento se apresenta como a última e única solução.

Aqui a subsidiariedade atende a três requisitos fundamentais: (i) não há outra causa para a ação de restituição; (ii) a aquisição operada não é definitiva (por exemplo, ainda não se operou a usucapião ou a prescrição); e (iii) a lei não atribui outros efeitos ao caso de enriquecimento.

Parte-se da desproporção – que deveria ser atacável pelo vício da lesão, mas não pode sê-lo, naquele caso – e chega-se à resposta da vedação do enriquecimento sem causa. Em verdade, na transação desproporcional o sujeito se depara com a subversão do instituto, uma vez que a resolução rápida do litígio restou mais onerosa que a espera da decisão.

Reitera-se que o recurso à vedação do enriquecimento sem causa não pretende anular a transação desproporcional, aplicando-lhe regime analógico, ou, tampouco, necessita da comprovação de outro requisito que não o desequilíbrio. A obrigação de restituir independe da comprovação de dolo ou má-fé por parte do lesado.

Em termos concretos, a obrigação de restituir submete-se a prazo prescricional de três anos (que pode ter seu curso impedido, suspenso ou interrompido), enquanto o negócio lesivo está submetido a prazo decadencial de quatro anos.

6 Conclusão

⁵ “O fundamento do enriquecimento sem causa não é a invalidade do negócio, porque, pelo contrário pressupõe a validade do ato atacado. Por isso, não se confunde com o pagamento indevido” (VALLE FERREIRA, 1949, p. 117).

A busca por justiça contratual, ou seja, pela realização de equidade nas relações contratuais enseja discussões imemoriais. Uma das expressões deste problema se manifesta nas discussões acerca da desproporcionalidade das prestações assumidas pelas partes.

Ainda que não seja possível verificar, de modo matemático, a precisa equivalência entre as prestações estabelecidas em um contrato comutativo, as situações de grave desproporção desafiam o ideário de justiça e as soluções legais.

O direito civil contemporâneo não admite que a desproporcionalidade extrema seja mantida nas relações contratuais. Em diversas expressões e soluções, como a lesão, no momento de formação do negócio jurídico, ou a onerosidade excessiva superveniente, quando da execução de contratos de duração, o sistema legal repele as situações de desproporção entre os contratantes.

O escopo deste trabalho voltou-se à procura de soluções para a transação desproporcional, ou seja, aquela em que uma das partes assume prestações que não correspondem à situação prevista de equilíbrio. O problema ganha relevo porque o art. 849 do Código Civil limita as hipóteses de anulação da transação ao erro essencial, dolo ou coação, excluindo expressamente a anulação por lesão.

A causa provável da limitação deve ser o modelo do Código Civil de 1916 que, ao assim prever, reproduzia o conteúdo de sua Parte Geral, que não previa a lesão dentre os vícios do ato jurídico.

Ocorre que, incluída lesão dentre os defeitos do negócio jurídico na Parte Geral do Código Civil de 2002, seus efeitos deveriam ser aplicáveis a toda Parte Especial, resguardando-se as exceções para os casos próprios. Não parece ser este o caso da transação, de modo que a regra do art. 849 não encontra fundamento em qualquer critério discriminador. Passar por cima do texto legal, por outro lado, configuraria *hiperinterpretação* analógica dos defeitos e acabaria por admitir invalidade sem base legal.

Desta forma, exauridas as vias ordinárias, propôs-se o recurso à proibição do enriquecimento sem causa como medida de correção da transação desproporcional, destacando-se que o requisito da subsidiariedade está satisfeito nestas condições. A restituição do enriquecimento indevido configura, na hipótese, a última medida possível.

Observa-se, por fim, que as transações que digam respeito à partilha, na sucessão, podem ser anuladas por qualquer vício previsto na Parte Geral do Código Civil, em decorrência de regra expressa (art. 2.027)

7 Referências bibliográficas

- AMERICANO, Jorge. *Ensaio sobre o enriquecimento sem causa*. São Paulo: Saraiva, 1933.
- BETTI, Emílio. *Teoria geral do negócio jurídico*. Trad. Ricardo Rodrigues Gama. T. 1. Campinas: LZN Editora, 2003.
- BEVILAQUA, Clovis. *Teoria Geral do Direito Civil*. 7. ed. São Paulo – Belo Horizonte: Francisco Alves, 1955.
- BEVILÁQUA, Clóvis. *Teoria Geral do Direito Civil*. Campinas: RED Livros, 2001.
- CAENEGEM, Raoul Charles van. *Uma introdução histórica ao direito privado*. Trad. Carlos Eduardo Lima Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- CHANTEPIE, Gaël. *La Lésion*. Paris: L.G.D.J., 2006.
- CHATEAUBRIAND FILHO, Hindemburgo. *Negócio de acerto*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.
- CONSEIL D'ÉTAT. *Procès-verbaux du Conseil d'État contenant la discussion du Code Napoléon*. T. 2, 12. éd., Paris: Imprimerie Impériale, 1808.
- DECOCK, Win. *Theologians and Contract Law: The Moral Transformation of the Ius Commune (ca. 1500-1650)*. Netherlands: Martinus Nijhoff Publishers, 1983.
- DEMOLOMBE, Jean Charles Florent. *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général: Cours de Code Napoléon*. T. 1. Paris: Hachette, 1868.
- GOMES, Orlando; VARELA, Antunes. *Direito econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 1977.
- GOMES, Orlando. *Transformações gerais do direito das obrigações*. São Paulo: RT, 1967.
- HAURIOU, André, SFEZ, Lucien. *Institutions politiques et droit constitutionnel*. Paris: Montchrestien, 1972.
- HÖRSTER, Heinrich Ewald. *A Parte Geral do Código Civil Português: Teoria Geral do Direito Civil*. Coimbra: Almedina, 1992.
- LAROMBIÈRE, J.M. *Théorie et Pratique des Obligations*. T. 1. Bruxelles: Bruylant-Christophe et Compagnie Éditeurs, 1862.
- MEIRELES, Rose Melo Vencelau. *Autonomia privada e dignidade humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2007.

MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Tratado de Direito Civil Português: Parte Geral*. T. 1, 3. ed., Coimbra: Almedina, 2005.

MENEZES LEITÃO, Luís Manuel Teles de. *O enriquecimento sem causa no Direito Civil: estudo dogmático sobre a viabilidade da configuração unitária do instituto, face à contraposição entre as diferentes categorias de enriquecimento sem causa*. Coimbra: Almedina, 2005.

MOREIRA ALVES, José Carlos. *A Parte Geral do Projeto de Código Civil Brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

PEREIRA, Alexandre Pimenta Batista Pereira. Em torno da invalidade do acordo manifestamente desproporcional. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*. Belo Horizonte, n. 98, p. 395-410, jul.dez. 2008.

PITHAN, Horácio Vanderlei N., DUARTE, Leonardo Avelino. Lesão Contratual. In: LOTUFO, Renan, NANNI, Giovanni Ettore (Coord.). *Teoria Geral do Direito Civil*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 581-607.

RIEG, Alfred. *Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand*. Paris: L.G.D.J., 1961.

RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Autonomia da vontade, autonomia privada e autodeterminação: Notas sobre a evolução de um conceito na Modernidade e na Pós-modernidade. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, a. 41, n. 163, p. 113-130, jul./set. 2004.

RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz. *Revisão Judicial dos Contratos: autonomia da vontade e teoria da imprevisão*. 2. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2006.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Oeuvres complètes: Du contrat social* [V. 8]. Paris: Gallimard, 1966.

SANTO AGOSTINHO. *De Trinitate. Livros IX a XIII*. Trad. Arnaldo do Espírito Santo *et alli*. Covilhã: Universidade da Beira Interior, 2008.

SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório: Tutela da confiança e venire contra factum proprium*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

SÈVE, René. Système et Code. In: *Archives de Philosophie du Droit*. [t. 31]. Paris: Sirey, 1986.

SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. *Hermenêutica filosófica e direito: o exemplo privilegiado da boa-fé objetiva no direito contratual*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SILVA PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Lesão nos Contratos*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

TROLLEY, Alfred. *Étude sur la lésion en droit romain et en droit français*. Paris: Libraires du Conseil d'État, 1872.

VALLE FERREIRA, José G. do. *Enriquecimento sem causa*. S. l.: [1949].

VILLELA, João Baptista Villela. Sobre a Transação no Novo Código Civil. *Revista da EMERJ*. Rio de Janeiro, número especial, parte 1, p. 123-128, 2003.