

LESÃO CONTRATUAL E ESTADO DE PERIGO (Arts. 156 e 157 do Código Civil)

J.M. OTHON SIDOU

1. Quem quer que pretenda examinar com menos superficialidade o preceito do novo Código Civil sobre o “estado de perigo” — uma inovação na lei brasileira, não porém uma novidade na doutrina e na legislação forâneas —, há de partir do estudo sobre a lesão no direito obrigacional, uma vez que esta é o gênero de que o outro é a espécie.

De começo, há de se depreender também que a lesão tem seu fulcro na premente necessidade. Em decorrência, todo fato empreendido em estado de perigo é suscetível de ensejar lesão, e toda lesão de direito decorre de uma situação de premente necessidade.

2. A lesão contratual já era conhecida dos antigos romanos, porém a mais atenta incursão no direito histórico só permite depará-la num rescrito dos imperadores Diocleciano e Maximiliano, aposto no petitório de um certo Lupo (ano 285), em que é estabelecida a rescisão de venda quando efetuada por menos da metade do preço. Outro rescrito — método judicial *erga omnes* em que a decisão do príncipe era lançada ao pé do requerimento-recurso pelos assessores do Sacro Palácio —, da lavra de Teodósio, no século seguinte, revogou o preceito; mas, na feitura de sua codificação, Justiniano restaurou-o, e assim figura no *Codex*, 4.44.2 (ano 534). Essa constituição é denominada Lei Segunda pelos pósteros, em razão de sua seqüência no título 44, citado, e para distingui-la da chamada Lei Oitava do mesmo título, que simplesmente a explicitou.

A criticável redação daquela Lei Segunda, na qual o Prof. Caio Mario da Silva Pereira¹ aponta diversas incongruências e seu péssimo estilo, tem sido objeto, por isso mesmo, de traduções desconformes, razão por que, em lugar de adotar alguma tradução, preferimos simplificar seu conteúdo, sem nos afastarmos do objetivo: *Numerius* vendeu um imóvel (*fundus*) por menos da

metade do preço a *Aulus*. Tem ele direito, mediante ação judicial, a reaver a coisa (*res*), restituindo o quanto recebeu. Mas, se preferir, o comprador pode complementar o justo preço, pagando a diferença, e assim deixando válida a transação. Logo a seguir, explica o rescrito: *Minus autem pretium esse videtur, si nec dimidia pars (veri) soluta sit*, ou seja, entende-se que não é justo preço o que não representa nem a metade do valor (da coisa).

Uma dúvida, entretanto, não foi elucidada, porquanto, num mesmo período, ora há referência a *fundus*, ora a *res*, não deixando perceber se a lesão, em direito romano, se manifestava apenas sobre imóvel, em sentido restrito, ou se abrangia qualquer coisa suscetível de compra e venda.

Essa dúvida, como veremos, venceu os tempos e deu lugar à diversidade de tratamento legislativo quanto à lesão contratual.

Interpretada e aplicada durante toda a Idade Média pós-justiniânica, até inclusive a Idade Moderna, somente no início do século XVIII, com o juriconsulto alemão Thomasius, repontou a suspeita quanto à autenticidade das citadas constituições do 3º século, inquinadas de tribonianismo, ou interpolações feitas pelos codificadores da 6ª centúria, chefiados por Triboniano. Seria, então, uma inovação do sexto século e não do terceiro.

Ora, do mesmo modo como nas interpolações, ou glosas, enxertadas no século XII, são numerosos os tribonianismos (*emblemata Tribonianis*) apontados no Digesto e no Código bizantinos. Sem subestimar os diversos métodos empregados pela Ciência jurídica para detectar essas inserções, sua autenticidade é possível, mas não é provável; são robustos como argumento, mas débeis de demonstração fora do campo das conjecturas. Bonfante² raciocina com prudência: “Faz-se preciso aconselhar cautela ao usar um texto antes de dizer se, e até que ponto, deve estimar-se como interpolado.” Ademais, em que pese à estranheza de terem legisladores do *Corpus Iuris* cometido tão rasteiros vícios de linguagem, prepondera também, ao contrário, o fato de que falsificações são sempre feitas com esmero, a fim de parecerem verdadeiras. Falsificar grosseiramente não é recurso de falsificador.

Em todo caso, nunca se negou que a lesão da espécie é produto da premente necessidade, visto como não passa pela cabeça de ninguém que, sem mais nem menos, alguém, em são juízo, se desfaça do que é seu em enorme desproporção com o justo valor da coisa alienada. Vem daí ser nomeada de *enorme* a lesão daí decorrente, quiçá para distingui-la da lesão corporal.

3. Alimentada também pela premente necessidade, a usura (*iniquissimo fenore*, ou juro exorbitante, segundo Cícero) sempre foi penalizada no velho direito, e as Doze Tábuas, do ano 452 a.C., previam na tábua VIII, sobre delitos, a cobrança de interesse acima da duodécima parte (*uncia*) da obriga-

ção. Saltando o tempo, a *lex Marcia de feneratoribus*, do 104 a.C., antepunha à prática de juros extorsivos a *actio de manus iniectioem*, de condenação ao dobro, pelo fato de tal prática constituir *crimen*. Gaio faz menção a essa lei nas *Institutas*, 4.2.3.

Foi, entretanto, o direito canônico, imperturbável na condenação da ganância onzenária, que ampliou o conceito da lesão contratual, da mera transação de compra e venda, para toda espécie de contratos comutativos em que houvesse desconformidade entre a prestação de uma parte em face da prestação da outra.

Vem daí que, sob a forte inspiração do dito direito eclesiástico, sobretudo da teoria da justiça comutativa de Santo Thomás de Aquino, as Ordenações Afonsinas (ano 1447), no Livro 4, Título 45, proêmio, consagraram o preceito lesivo, estatuinto que “se algum homem vendeu alguma coisa imóvel, ou de raiz, por preço certo, ainda que o contrato seja de todo perfeito e a coisa entregue, e o preço pagado (*sic*), se for achado que o vendedor foi enganado em a dita venda além da metade do justo preço, pode-se desfazer por bem do dito engano, ainda que o engano não procedesse do comprador, mas somente se causasse da simpleza [= ingenuidade] do vendedor”.

Mas logo abaixo, no item 3 do citado título, preceituavam: E achamos per direito que as ditas Leis Imperiais [referência ao Direito Romano] não somente tenham lugar nos contratos de compra e venda, “mais ainda nos contrautos dos arrendamentos, e aforamentos, e escaimbos, e aveenças, e quaesquer outros semelhantes, em que se da, ou leixa hua cousa por outra”

As Ordenações Filipinas, que suprimiram nessa parte o direito civil brasileiro até 1916, reproduzem quase à letra o que já constava das primitivas de Afonso V.

4. Já nos alongamos muito nestas considerações históricas, e é tempo de considerar a lesão e o estado de necessidade no direito contemporâneo.

Em face do negócio jurídico, a lesão ocorre quando uma pessoa, por premente necessidade, se obriga a prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta. Essa atormentante necessidade é, portanto, a causa básica da lesão contratual, ou seja, como explica Caio Mario da Silva Pereira³, “a circunstância de ter o declarante de realizar aquele negócio naquele momento, independentemente de seu estado de fortuna”, porque — adverte o emérito Mestre — “esse estado não se confunde com a pobreza”.

Objetivamente, a necessidade decorre de estar o declarante compelido a submeter-se, naquele dado momento, à imposição de contratar em condições altamente gravosas, ou, ao inverso, à imposição a que jamais se submeteria se não por imperativo momentâneo. Subjetivamente, a lesão é causada por quem,

conhecendo aquela premente necessidade, dela se vale para exigir condições iníquas.

Se a expressão adjetivada para a lesão *enorme* foi desconhecida no direito romano, a lesão *enormíssima* muito mais. A não ser pela citada distinção, os adjetivos representam expressões irrelevantes; e se acolhida no direito contemporâneo merecem, tanto vai à conta de complementação histórica.

Em todo o caso, vale lembrar que Teixeira de Freitas⁴ incluiu em sua *Consolidação*, arts. 359 e 360, a lesão enorme, “isto é, explica ele, se exceder a metade do justo valor da coisa” transacionada; e no art. 567, a lesão *enormíssima*, aqui sem mensurá-la. Em a nota 19 do art. 359, exatamente onde está o núcleo da matéria, Freitas doutrina: “A expressão *lesão enorme* é vulgar, e acha-se admitida em nossos costumes. Só no § 10, a Ordenação (refere-se ao Livro 4, Título 13) diz engano *enormíssimo*”.

Ambas as espécies de lesão dizem apenas com a matemática da velharia, e se vinculam ao justo preço, dado que, segundo o apotegma, jamais descurado, *pretium debet esse verum, certum, IUSTUM*.

5. O conceito de “premente necessidade”, outro elemento sem o qual a lesão não existe, tem fonte legislativa historicamente certa e não contestada. No *Digesto*, 14.2.9, depara-se excerto extraído a Volusio Maciano sobre a lei Ródia (*lex Rhodia de iactu*), a soberana lei do mar, assim reconhecida por Otávio Augusto, no começo ou pouco antes da era cristã. É a lei do alijamento marítimo, que autoriza ser lançada à água parte da carga, a fim de tornar leve e mais veloz a embarcação e salvar quem nela estiver ou o que nela restar, ao ser acometida por piratas ou fortuna do mar; e que é mantida intacta nas leis marítimas contemporâneas, inclusive na parte ainda em vigor do nosso vetusto Código Comercial, art. 764, itens 1º e 2º.

6. O vício da origem não deixou de contaminar o instituto da lesão no curso da história, daí a distonia que se observa ainda hoje na legislação contemporânea, ora quanto ao alvo lesivo, toda espécie de bem ou somente imóveis, ora quanto ao cálculo a menos ou a mais do justo preço.

Nosso primitivo Código Civil não emprega a palavra “lesão”, inspirado quizá na opinião de Portallis, que como dolo o considerava, quando da elaboração do Código francês⁵.

Mas a poucos é apercebido que o Código pátrio, naquela versão de 1916, contém um dispositivo relacionado, *a contrario sensu*, com a lesão contratual. É o art. 8º, no qual está determinado que, “na proteção que o Código Civil confere aos incapazes, não se compreende o benefício da restituição”.

A referência negativa aniquila o instituto mais que bimilenar da *restitutio in integrum*, ou restituição por inteiro, espécie de rescisão por lesão, tendente

a anular, com respaldo na equidade, negócio jurídico perfeito, quando praticado em detrimento de incapazes, e provocado por medo, astúcia ou levianidade (D.4.1.1), e de aplicação no Brasil à época da feitura do Código, via das Ordenações (L. 4.41 §§ 1-5), então vigentes.

Justificando o proibitivo, disse Clóvis Bevilacqua: “Ou o ato é válido ou não é. Se é, deve o direito mantê-lo; se está inquinado de nulidade, recorramos aos meios ordinários.”⁶

(No velho direito pretório, e, posteriormente, a *restitutio* era objeto de interdito ou ação interdital, portanto foi sempre deferida em caráter liminar, *inaudita altera parte*). Bem se vê que o preceito *pacta sunt servanda* não deixou de contaminar o espírito liberal do nosso Clóvis...

Daí, portanto, o silêncio do direito brasileiro codificado quanto à lesão contratual. Lesão passou a ser apenas instituto de direito penal, tal como se configura no art. 129 do estatuto correspondente.

Convém ter presente que a palavra “lesão”, obrigacional, é genérica. Quando se diz lesão civil, ou enorme, é a que resulta do contrato. Mas há e sempre existiu, tutelada pelo mesmo direito das obrigações, a lesão por ofensa à saúde, que é objeto de indenização por responsabilidade civil. O estatuto de 1916, coerente com sua ojeriza à palavra lesão, contornou-a, empregando no art. 1538 o termo “ferimento”.

7. No direito francês, a rescisão contratual justificada na lesão de direito aplica-se apenas à venda de imóveis. Assim, o art. 1674 do Código Napoleão estatui: “Se o vendedor foi lesado em mais de sete doze avos no preço de um imóvel, terá o direito de pedir a rescisão da venda, mesmo que haja expressamente renunciado no contrato à faculdade de pedir essa rescisão, ou tenha declarado doar o excedente do valor.”

Ali, a base da lesão está nos 7/12 avos e não no além da metade, *ultra dimidium*, como está na fonte romana e é de emprego comum. Se o imóvel, como por exemplo, valendo 12.000, foi vendido por menos de 7 mil, está configurada a lesão, e o contrato suscetível de ser rescindido por intervenção judicial; não, porém, se a transação se processou ao custo de 8.000.

As vendas de coisa móvel, mesmo em condição manifestamente desproporcional, não são afetadas por vício de lesão no direito francês, muito embora haja hoje coisa móvel que ultrapassa de muito o valor da coisa imóvel.

Mantendo mais ou menos o preceito dos arts. 1529 *et passim* do estatuto de 1865, que entretanto se concentrava na venda de imóveis, o vigente Código Civil da Itália (1942) consigna no art. 1448 a “ação geral de rescisão por lesão nos seguintes termos:

“Se houver desproporção entre a prestação de uma parte e a de outra, e tenha a desproporção por causa o estado de necessidade de uma parte, da qual a outra se aproveitou para tirar vantagem, poderá a parte prejudicada pedir a rescisão do contato.

“A ação não será cabível se a lesão não exceder a metade do valor que a prestação realizada ou prometida pela parte prejudicada tinha ao tempo do contrato.”

Foi, portanto, o direito italiano moderno que ampliou o conceito de lesão contratual, deslocando-a da compra e venda para alcançar toda convenção em que a prestação de uma das partes seja desproporcional à da outra, assim restaurando o princípio adotado no final do medievo pelo direito canônico.

No direito alemão, o *BGB* enfoca a lesão como “ato contrário aos bons costumes”, e assim se expressa seu § 138: “O ato jurídico contrário aos bons costumes é nulo. É nulo, em particular, o ato jurídico pelo qual alguém, explorando a aflição, a imprudência ou a inexperiência de outrem, se obriga a prometer ou dar, por si ou por terceiro, em troca de uma prestação, vantagens patrimoniais excedentes, de tal maneira que, segundo as circunstâncias, as vantagens estejam em anormal desproporção”. Engasta-se o dispositivo no título sobre “Declaração de vontade”.

Parte da doutrina impugna o tratamento da lesão como “vício de vontade” ou vício de consentimento, porque antes a considera defeito do ato jurídico.

O Código Helênico, posto em vigor em 1946, ao cabo da Segunda Guerra, embora redigido desde a década de vinte, também tipifica a lesão como “ato contrário aos bons costumes”, e segue o estatuto alemão quase nos mesmos termos (art. 179).

Por sua vez, o Código das Obrigações suíço estatui no art. 21: “Em caso de desproporção evidente entre a prestação prometida a uma parte e a contraprestação da outra, a parte lesada pode, no decurso de um ano, declarar que ela rescinde o contrato e repetir o que foi pago, se a lesão foi determinada pela exploração de sua necessidade premente (*gene*), leviandade ou inexperiência.”

Atualizado até o ano 2000, o Código Civil da Espanha trata, no art. 1291, da rescisão dos contratos por lesão “em mais da quarta parte do valor das coisas que dele houverem sido objeto”. Visto por esse ângulo, o direito espanhol é bem mais rigoroso do que o gaulês.

No direito ibero-americano, o Código Civil da Argentina recita no art. 954 (emendado em 1968) que “poderá demandar-se a nulidade ou modificação

dos atos jurídicos quando uma das partes, explorando a necessidade, a levianidade ou a inexperiência de outra, obtiver por meio deles uma vantagem patrimonial de notável desproporção e sem justificação”.

Neste passo, o Código do Chile é mais explícito, ao estatuir no art. 1889 que “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 preço da coisa que compra é inferior à metade do preço que pagou por ela”. Mas restringe a lesão ao contrato de compra e venda (art. 1888), além do que (art. 1891) “não haverá lesão enorme nas vendas de bens móveis”.

Por seu turno, o Código Civil do Peru, o mais recente (1984) antes de nosso, é também claro em seu art. 1447, com amplitude para toda sorte de negócios jurídicos. *Verbis*: “A ação de rescisão por lesão só pode exercitar-se quando a desproporção entre as prestações no momento da celebração do contrato for maior de duas quintas partes (40%), e sempre que tal desproporção resulte do aproveitamento por um dos contratantes da necessidade premente do outro.” É respeitada a regra comum: nula a renúncia à ação por lesão.

No direito azteca, a rescisão contratual é peculiar da lesão, e ela só enseja a rescisão em contato de compra e venda, tanto em favor do comprador quanto do vendedor, se o valor da transação diferenciar em dois terços do justo preço.

8. Desde a década dos 40 do recém-passado século, juristas insígnies, da estatura de Orozimbo Nonato, Philadelfo Azevedo e Hannemann Guimarães, trabalharam na reforma do nosso Código Civil. O direito italiano ali estava, novíssimo, com seu código de 1942 a oferecer larga messe de contribuição.

A primeira tentativa oficial para aquela já cogente reforma foi marcada pelo Anteprojeto de 1963, do douto Caio Mario da Silva Pereira, que tratou da matéria nos arts. 62 e 63.

Com modificação de redação, posição e acréscimo, constantes do Anteprojeto definitivo de 1974, da lavra da Comissão de Juristas sob a coordenação do Prof. Miguel Reale, o velho instituto da lesão voltou a ser intento legislativo, depois de proscrito pelo estatuto de 1916. O advento do Código Civil de 2002 fez o Brasil ingressar no rol de países que tratam singularmente a lesão enorme como defeito do negócio jurídico (não, vício de consentimento). E fez mais, criando novo instituto, o *estado de perigo*, já assim denominado no Anteprojeto Caio Mario (art. 64).

Anote-se que o direito penal pátrio já se havia adiantado na matéria, por meio da Lei nº 1521, de 26.12.1951, sobre crimes contra a economia popular, cujo art. 4º, letra “b” assim se expressa: “Obter ou estipular, em qualquer

contrato, abusando da premente necessidade, inexperiência ou leviandade de outra parte, lucro patrimonial que exceda o quinto [20%] do valor corrente ou justo da prestação feita ou cometida.”

O vigente art. 157 do novo diploma civil está assim concebido:

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

Por seu lado, recita o 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.”

Concluiremos por onde começamos. O “estado de perigo”, não só no nosso Código mas alhures, como logo iremos ver, é a espécie objetiva, de que a “lesão” é o gênero subjetivo, ambos os quais derivados da “premente necessidade”. Noutras palavras: o estado de perigo enseja lesão, mas nem toda lesão é oriunda de um estado de perigo.

Em seu *Direito das Obrigações*⁷, o douto Arnaldo Wald distingue com solar clareza os dois institutos: “O estado de perigo é a situação da parte que busca salvar-se de grave dano, conhecido de outra parte, que se aproveita disto para obter vantagem excessiva. A lesão é o prejuízo decorrente do acentuado desequilíbrio das prestações sofridas por uma das partes que contratou sob premente necessidade ou por inexperiência e do que se aproveita a outra parte.” (Grifos do original.)

Não entendemos a arrumação que o Código dispensa ao estado de perigo antecipando-o à lesão em seus articulados; e muito menos porque os separa em seções distintas do capítulo sobre os “Defeitos do negócio jurídico”, ao lado do erro, do dolo, da coação e da fraude contra credores. Ambos, lesão e estado de perigo, decorrem da necessidade premente; ambos são objeto de obrigação excessivamente gravosa, ou desproporcional ao valor da prestação oposta; ambos provêm da prática usurária. Juntá-los numa só seção, tal como aparece no Anteprojeto Caio Mario — “Da lesão e do estado de perigo” —, seria o lógico.

9. O instituto do *estado de perigo* na lei brasileira é tomado de empréstimo à lei italiana. Coincidência também é que, em dois dispositivos — “Della rescissione del contratto” e “Dei fatti illeciti” —, o Código da Itália, que é, repetindo, da mesma década (1942) em que os precursores brasileiros encetaram os estudos reformadores do nosso estatuto civil, encerra dois dispositivos que se repetem, a saber, na ordem acima:

“Art. 1447. *Contrato concluído em estado de perigo*. O contrato por meio do qual uma pessoa assumiu obrigação em condições iníquas, pela necessidade, conhecida da outra parte, de salvar a si ou a outrem (art. 2045) de um dano grave à pessoa, pode ser rescindido por demanda da parte que se obrigou.”

“O juiz, ao pronunciar a rescisão, pode, segundo as circunstâncias, determinar uma eqüitativa compensação à outra parte pelo trabalho prestado.”

“Art. 2045. *Estado de necessidade*. Quando alguém comete um ato ilícito constringido pela necessidade de salvar-se a si ou a outrem de um perigo atual em face de um dano grave à pessoa, e esse perigo não é voluntariamente causado nem por outra forma evitável, ao cometedor do ilícito é devida uma indenização, cuja fixação é atribuída à eqüitativa avaliação do juiz.”

Difere o preceito pátrio do similar italiano na elasticidade que dá ao caráter subjetivo do estado de perigo. O parágrafo único do art. 156 reza que, “tratando-se de pessoa não pertencente à família do declarante (a parte premissa da necessidade), o juiz decidirá segundo as circunstâncias”.

A presença de terceiro, ou indivíduo alheio à relação credor-devedor, em caso de premente necessidade, é figura obrigacional assemelhada ao pagamento “por honra da firma”, ou “por intervenção”, estabelecida nos artigos 304, parágrafo único, e 306 do mesmo Código Civil.

A lesão por estado de perigo, que decai em quatro anos (art. 178), torna o negócio jurídico anulável, assim considerado aquele que somente ao interessado cabe alegar.

Em face das incertezas da quotidiana vida moderna, nas cidades como nos campos, em que a cupidez se aproveita da angústia de quem sofre grave vexame, os institutos da lesão e do estado de perigo surgem na legislação pátria como inestimável imperativo social.

NOTAS

1. Silva Pereira, Caio Mario. *Lesão nos contratos*, p. 14. Forense, Rio de Janeiro, 1993.
2. Bonfante, Pietro. *Historia del Derecho Romano*, p. 1/170. Trad. de Santa Cruz Tejeiro. Rev. de Derecho Privado, Madrid, 1944.
3. Silva Pereira, Caio Mario, op. cit, p. 199.

4. Teixeira de Freitas, Augusto. *Consolidação das leis civis* 3ª ed., ps. 242, 243 e 363. Garnier, Rio de Janeiro, 1896.
5. Laurent, P. *Cours élémentaire de Droit Civil*, p. IV/414. A. Marescq, Paris, 1917.
6. Cit. por João Luiz Alves. *Código Civil*, p. 26. Briguiet, Rio de Janeiro, 1917.
7. Wald, Arnaldo. *Direito das obrigações*, 15ª ed., p. 290. Malheiros, São Paulo, 2001.

--oOo--

“O juiz não pode ter as suas mãos algemadas, ou carregar nos pés as correntes de escravo da lei. Se a lei está divorciada do direito, cruzará os braços e deixará de lado aquilo que realmente é o direito? Absolutamente, não. Tenha o juiz a coragem cívica e profissional de criticar, até mesmo com veemência, o teor da lei que não expressa o direito. Crítica respeitosa, criteriosa, fundamentada (...) Quem sabe se uma lei é boa ou má é o juiz e não o legislador. Busque o juiz revelar o direito na sua sentença, sem importar-se se atendeu ou desatendeu à lei.” ELIÉSER ROSA, Magistrado e Professor, in “Voz da Toga”, 2ª ed., pág. 48.