

Revista Trimestral de Direito Civil — RTDC
Ano 4, vol. 15, julho a setembro de 2003

ISSN 1518-2010

Diretor

Gustavo Tepedino

Conselho Editorial

Antônio Pinto Monteiro, Antonio Junqueira de Azevedo, Encarna Roca, Jean Beauchard, Luiz Edson Fachin, Pietro Perlingieri, Ricardo Pereira Lira, Ruy Rosado de Aguiar Jr. e Sálvio de Figueiredo Teixeira.

Editora

Maria Celina Bodin de Moraes

Coordenador Editorial

Bruno Lewicki

Conselho Assessor

Ana Luiza Maia Nevares [Atualidades-Resumos de Teses e Dissertações], Anderson Schreiber [Doutrina], Caitlin Sampaio Mulholland [Jurisprudência], Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho [Ensaio e Pareceres], Carlos Nelson Konder [Atualidades-Notícias], Gisela Sampaio da Cruz [Observador Legislativo], Leonardo Mattietto [Resenha Bibliográfica]

Estagiária

Evelyn Balassiano

Capa e Projeto Gráfico

Simone Villas-Boas

Editoração Eletrônica

TopTextos Edições Gráficas Ltda.

Revisão

Maria da Glória Silva de Carvalho
Denise G. Cordeiro
Renato R. Carvalho

Contribuições, correspondências e pedidos de intercâmbio poderão ser enviados para a Editora PADMA, na Rua Almirante Baltazar, 56-A – São Cristóvão – RJ – CEP 20941-150
Tel.: (21)2580-8596, ou para os e-mails: rtdc@uol.com.br e rtdc@yahoo.com

6. CONCLUSÃO

Percorremos neste artigo alguns dos caminhos do erro e da doutrina da imprevisão; salientámos algumas notas a respeito de um e outro instituto; e procurámos traçar a sua *linha de fronteira* — o que nem sempre é fácil, como vimos!

Servimo-nos de alguns exemplos práticos para ilustrarmos o problema, com base, designadamente, em decisões de tribunais portugueses; avançámos com a nossa posição a tal respeito e acrescentámos que o problema era complexo e muito vasto, tendo figurado outras situações que estão *para lá* das doutrinas do erro e da teoria da imprevisão e que convocam outras figuras, institutos e princípios, entre os quais o princípio da *boa fé*.

Essa a razão por que deixámos *de fora* tais situações, exactamente porque elas *exorbitam* do âmbito deste trabalho, que circunscrevemos ao problema da *delimitação* do erro perante o instituto da imprevisão ou da alteração superveniente das circunstâncias.

O que significa, assim, que o problema da *mudança de destino do bem*, ou da *aplicação do bem a fim diferente do declarado*, é um problema *mais vasto*, cuja solução passará, algumas vezes, pelo instituto da alteração superveniente das circunstâncias, e, outras vezes, pelas regras do enriquecimento sem causa ou, até, do não cumprimento. Importa recordar, a este último respeito, que há deveres, como os *deveres laterais* ou *deveres acessórios de conduta*, fundados no princípio da *boa fé* e em conformidade com o *fim contratual*, que podem, em certos casos, justificar a protecção dos fins *adicionais* do vendedor, designadamente o de a contraparte dar ao bem um determinado destino.³⁷

Assim como pode tratar-se de *puros motivos* do vendedor, de *per si irrelevantes*, na falta de acordo das partes a tal respeito e na ausência de uma condição ou de uma cláusula resolutiva.

Torna-se fundamental apurar, em suma, por via da *interpretação-integração* do negócio (arts. 236º e 239º), o sentido da declaração negocial sobre o destino do bem. É este, sempre, o primeiro passo a dar — e é um passo muito importante, sem dúvida! Onde não é apenas a vontade do declarante que conta e onde também o princípio da *boa fé* deve ser ponderado.

ANTÓNIO PINTO MONTEIRO
Professor Catedrático da Faculdade de
Direito da Universidade de Coimbra.

37 Cfr. António Pinto Monteiro, *Erro e vinculação negocial*, cit., pp. 35, ss. e *passim*.

A lesão nos contratos e a nova codificação civil brasileira: uma análise crítica a partir do princípio da justiça contratual

CARLOS EDUARDO PIANOVSKI RUZYK
FREDERICO EDUARDO ZENEDIN GLITZ

1. Introdução. 2. A lesão: uma retomada? 3. Lesão e justiça contratual: a lesão do CCB/2002 como indevida restrição subjetiva à plena aplicação do princípio da justiça contratual. 4. A revisão contratual sob o fundamento da lesão: uma possibilidade dialética de construção hermenêutica. 5. Considerações finais.

1. INTRODUÇÃO

A disciplina da lesão é tema polêmico. Sua controvérsia reside em se apresentar como paradoxo: instrumento de justiça contratual inserido no seio de ordenamentos jurídicos liberais.

Trata-se, no entanto, de um paradoxo aparente na medida em que a lesão, como incorporada pelas diversas codificações, tem sua incidência limitada, refletindo a tendência legal (e interpretativa) de reputá-la exceção.

Dessa forma, o próprio sistema liberal-burguês encontrou a maneira de compatibilizá-la com os ideais da liberdade de contratar, da intangibilidade contratual e da igualdade formal dos contratantes. Tal como um bom selvagem, a lesão foi “civilizada”, e adequou-se perfeitamente à lógica do mercado.

A discussão em torno da figura da lesão volta à baila com a edição do novo Código Civil, que, entretanto, a consagra seguindo a linha das codificações liberais do século XIX. Reputa-a vício do consentimento, ao mesmo tempo em que advoga a manutenção do avençado mediante redução do proveito ou pagamento de suplemento.

O objetivo do presente trabalho é entender a lógica por meio da qual é incorporada a figura da lesão no ordenamento jurídico brasileiro, buscando compatibilizar diretrizes inerentes ao direito contratual contemporâneo (de acordo com os ditames constitucionais e protecção da pessoa humana) à aparente limitação introduzida pela própria norma.

2. A LESÃO: UMA RETOMADA?

A figura da lesão, como significante, não é novidade. A doutrina tradicional costuma atribuir sua origem ao direito romano imperial, a partir de figura jurídica de caracteres semelhantes, ainda que inserida em contexto histórico completamente diverso. Originariamente, diz-se, ligar-se-ia a desproporção no negócio, equivalente a metade do valor do bem (*ultra dimidium*). Não havia necessidade de apuração da boa ou má-fé dos contratantes, bastava a verificação da desproporção.

Os canonistas retomam a idéia, e desenvolvem-na. Fazem-no, como é evidente, à luz de seu tempo e de seus valores, não sendo possível conceber a retomada pelos canonistas como “evolução” linear da figura jurídica. A lesão passaria a ser trabalhada como vício do consentimento (que permitiria a anulação da avença, uma vez que existiria dolo na própria negociação).

É certo, entretanto, que tais origens remotas dizem respeito muito mais ao significante que ao significado. O verdadeiro sentido da lesão como contemporaneamente se coloca emerge das rupturas que fazem o devir histórico. Em especial, verifica-se da crise que as noções liberais acerca do contrato acabaram por sofrer, renascendo, nesse passo, sob outra roupagem principiológica, ainda que, dialeticamente, conserve muito daquilo que é característico dessa mesma racionalidade liberal.

Com efeito, as revoluções liberais dos séculos XVIII e XIX restringiram ou impediram¹ sua aplicação, preocupadas em garantir estabilidade e certeza às relações contratuais.²

Reflexo disso pode ser observado no próprio transcurso histórico do regramento do tema no direito brasileiro.

Enquanto colônia, vigoraram as Ordenações do Reino, que operavam releitura — à luz dos valores e, sobretudo, das condições materiais da época — daquilo que se inferia dos textos romanos e do direito canônico, caracterizando a lesão como desproporção *ultra dimidium*, ao mesmo tempo que era estendida a todos os negócios.

1 Segundo comenta Luís Renato Ferreira da Silva, por exemplo, o movimento revolucionário francês expurgou a lesão do ordenamento francês por meio da Lei 14 Frutidor, Ano III (31/08/1795). (SILVA, Luís Renato Ferreira da. *Revisão dos contratos: do Código Civil ao Código do Consumidor*. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p.73).

2 Neste sentido, note-se a vedação contida no Código Comercial brasileiro de 1850 que, no art. 220, impede a alegação de lesão nos contratos envolvendo comerciantes.

Conforme comenta Caio Mário da Silva Pereira³, as Ordenações permaneceram em vigor mesmo após a independência política brasileira, por força da Lei de 20 de outubro de 1823. Somente em 1832 (Lei de 24 de outubro) é que se revogou a legislação anterior consagrando-se a ampla liberdade de contratar (tendência também seguida pelo Código Comercial de 1850).

A lesão, no entanto, não foi abandonada. A *Consolidação das Leis Civis*, de Teixeira de Freitas, (art. 359), retoma as Ordenações Filipinas e dispõe ser a lesão aplicável a todos os contratos comutativos em que o lucro exceder a metade do justo valor da coisa. A *Nova Consolidação das leis civis* (1889), de Carlos Augusto de Carvalho, mantém o mesmo tratamento.⁴

O Projeto de Código Civil de Clóvis Beviláqua, aboliu o instituto. No entanto, a Comissão Revisora aditou o Projeto incorporando a lesão com as características das Ordenações Filipinas. Na votação, no entanto, os dispositivos que regulavam a lesão acabaram suprimidos.

O Código Civil de 1916, então, silenciou acerca do tema. A legislação posterior, no entanto, retomou, paulatinamente, a discussão.

Verifica-se, por exemplo, a configuração dessa figura jurídica na denominada Lei de Usura (Decreto 22.626/1933), ainda que no âmbito penal, como circunstância agravante do delito de usura. Verifica-se, também, que a lesão foi contemplada no direito brasileiro por meio da Constituição Federal de 1946 e, posteriormente, pela Lei de Proteção à Economia Popular, também na seara do Direito Penal. (Decreto nº 869, substituído pela Lei nº 1.521/51⁵).⁶

Contemporaneamente, o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90) instaurou,

3 SILVA PEREIRA, Caio Mário. *Lesão nos contratos*, 6. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 89.

4 Conclui, então, Caio Mário: “Vê-se, através das Consolidações, que no Império e na República o instituto da lesão era o mesmo do Código Filipino.” (SILVA PEREIRA, *op. cit.*, p. 92.)

5 “Art. 4º. Constitui crime da mesma natureza a usura pecuniária ou real, assim se considerando: (...) b) obter, ou estipular, em qualquer contrato, abusando da premente necessidade, inexperiência ou levandade de outra parte, lucro patrimonial que exceda o quinto do valor corrente ou justo da prestação feita ou prometida.”

6 Conforme salienta Luís Renato Ferreira da Silva, a Constituição permitiu que os civilistas concluíssem que “se o ato é considerado crime, evidentemente que o seu objeto é ilícito, proibido por lei. A lei civil codificada, por sua vez, considera nulo todo ato que possua objeto ilícito, por incidir na cominação do art. 145, inciso II. Por tais motivos, entendiam alguns que a lesão se reincorpora como causa de nulidade do contrato”. (SILVA, Luís Renato Ferreira da. *Revisão dos contratos: do Código Civil ao Código do Consumidor*, p. 87.).

nas relações de consumo, a figura da lesão (art. 6º, V). Interessante notar que no CDC a lesão é estritamente objetiva, sem que se estabeleça, ainda, tarifação para a desproporção.

Houve, ainda, recentemente, a edição da Medida Provisória nº 2.172-32 de 23.8.2001, que estabelece a nulidade absoluta para disposições usurárias, prevê a possibilidade de inversão do ônus da prova (art. 3º) e a possibilidade de restabelecimento do equilíbrio contratual. A Medida Provisória, no entanto, exclui expressamente as instituições bancárias de seu regime (art. 4º, I).

O novo Código Civil brasileiro (Lei nº 10.406/2002.) prevê o instituto da lesão dentre os defeitos do negócio jurídico que provocam sua anulabilidade (art. 171, II).⁷ Seu conceito é estabelecido no art. 157⁸, juntamente com os requisitos para sua caracterização: objetivo (desproporção entre as prestações recíprocas capaz de gerar a obtenção de lucro exagerado) e subjetivo (aproveitamento da situação de necessidade ou inexperience do outro contratante).

O conceito legal não estabelece um limite para a desproporção, adota a técnica da cláusula geral que deve ser integrada de acordo com o prudente arbítrio do operador jurídico. A avaliação da desproporção deve se dar segundo os valores da época da contratação (art. 157, §1º).⁹

A desproporção (e a manutenção da equivalência das prestações) que justifique a anulação do contrato lesionário é motivo de intensa controvérsia doutrinária. Por certo não se trata de estabelecer uma equivalência absoluta, engessante e estagnadora da atividade mercantil, cuja aferição nem mesmo é factível em concreto. O que se impõe, sim, é o respeito ao princípio da justiça contratual.¹⁰

7 "Art. 171. Além dos casos expressamente declarados na lei, é anulável o negócio jurídico: (...)

II — por vício resultante de erro, dolo, coação, estado de perigo, lesão ou fraude contra credores."

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

9 Segundo Caio Mário da Silva Pereira, o legislador brasileiro deveria adotar a orientação do Código Civil Italiano de exigir que a lesão, para sua invocação, perdurasse até a propositura da ação. Segundo o autor, atenderia a critério de justiça contratual, "Obviamente será injustiça contratual, e, pois, infração da equidade, que o contratante possa alegar uma desvantagem quando, no momento em que a invoca, tal dano já é inexistente." (PEREIRA, *op. cit.*, p.176.).

10 Nesse sentido esclarece Anelise Becker: "Por isso nem toda desproporção importa juridicamente. Há uma certa margem de tolerância para a desproporção entre as prestações, na qual ingressa o lucro, pois é incontestável a licitude — e por certo também a moralidade — da elaboração ou aquisição de mercadorias para lucrar sobre a diferença entre o preço de custo da produção ou da compra e o preço

O desequilíbrio, enfim, não pode ser extraído unicamente de qualquer desproporção objetiva do contrato, mas sopesado de acordo com as circunstâncias especiais do caso concreto. Ou seja, a desproporção, se, de fato, é aferida objetivamente, deve ser relevante, expressiva.

A nova lei brasileira exige, também, a presença de "necessidade" ou "inexperience" (requisitos subjetivos).

A necessidade a que se refere a Lei nº 10.406, segundo Humberto Theodoro Junior, "não se cuida de incapacidade nem de falta de discernimento, mas de necessidade que obriga a decidir por uma solução que pode não ser a desejada, ou que, se pudesse ser avaliada em sua justa dimensão, teria sido repelida. O contratante, no entanto, não está em condições de repelir o negócio e, pelo contrário, está compelido a aceitá-lo, ainda que, para tanto, tenha de suportar grave prejuízo."¹¹ Trata-se, pois, da impossibilidade de evitar o contrato.

Já por inexperience da vítima deve-se entender a condição pessoal do contratante demonstrada faticamente (antecedentes negociais e de acordo com a situação social — educacional e cultural).¹²

A dificuldade maior, além de saber se presente estado de necessidade ou de inexperience da vítima, está em entender o termo aproveitamento sem confundir-lo com os vícios do consentimento.

É o próprio dilema da necessidade, ou não, de conhecimento do estado da "vítima". Humberto Theodoro Junior¹³ e Ruy Rosado Aguiar Junior¹⁴ entendem que o legislador não exige a ciência do estado de necessidade ou da inexperience, mas bastaria estar o contratante disposto a contratar em condições manifestamente desproporcionais.

da venda ou revenda." (BECKER, Anelise. *Teoria geral da lesão nos contratos*. São Paulo: Saraiva, 2000, p.110.)

11 THEODORO, JUNIOR, Humberto. *O contrato e seus princípios*, 2. ed., p. 208.

12 Neste sentido é esclarecedora a lição de Caio Mário da Silva Pereira: "Também inexperience não quer dizer incultura, pois que um homem erudito, letrado, inteligente, muitas vezes se acha, em contraposição com o co-contratante arguto, na situação de não perceber bem o alcance do contrato que faz, por escapar aquilo à sua atividade comum. Aqui também, além da inexperience geral, decorrente do grau modesto de desenvolvimento, ter-se-á de examinar a inexperience contratual, que se aferirá tanto em relação à natureza da transação, quanto à pessoa da outra parte." (PEREIRA, Caio Mário da Silva, *op. cit.*, p.167).

13 THEODORO JUNIOR, Humberto. *O contrato e seus princípios*, 2. ed. Rio de Janeiro: Aide, 1999, p. 209.

14 AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado. "Projeto do Código Civil — as obrigações e os contratos", *In Revista dos Tribunais*, vol. 775. São Paulo: RT, maio de 2000, pp.18-31.

Luis Adorno¹⁵, influenciado pela legislação argentina, por outro lado, entende que a ciência da situação de inferioridade da vítima é elemento fundante do conceito de lesão, distinguindo-se do dolo porque não implica na utilização de estratagemas, artifícios ou maquinações enganosas para a indução à contratação.

Fernando Noronha entende que é necessário um "aproveitamento consciente, ainda que não intencional, da situação de inexperiência, ou de leviandade"¹⁶ mesmo para tutela da boa-fé.

Já Anelise Becker indica a existência de uma presunção de aproveitamento quando existente uma situação de desproporção subjetiva entre os contratantes (situação de inferioridade).¹⁷

3. LESÃO E JUSTIÇA CONTRATUAL: A LESÃO DO CCB/2002 COMO INDEVIDA RESTRIÇÃO SUBJETIVA À PLENA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA JUSTIÇA CONTRATUAL.

O parecer final às emendas do Senado apresenta a lesão como reflexo do elemento moral na teoria contratual. Este mesmo entendimento é compartilhado por Carlos Alberto Bittar, que entende que "um dos pontos de maior realce na atual teoria contratual está na influência da moral, que informa a correspondente base, suscitando a formulação de diversos institutos protetivos de interesses dos contratantes atingidos por ações não compatíveis com o Direito, sejam internas, como externas, às relações negociais".¹⁸

A fundamentação da lesão ainda é polêmica. Diversas são as tentativas de explicá-la. Parte da doutrina entende a lesão como espécie de vício do consentimento (Sílvia Rodrigues¹⁹),

15 Adorno, Luis O. "La lesion", in *Revista de Direito Civil*, nº 18. São Paulo: RT, out./dez. de 1981, p. 28.

16 NORONHA, Fernando. *O Direito dos Contratos e seus princípios fundamentais*, p. 237.

17 "Assim, uma vez constatadas a desproporção entre as prestações e a situação de inferioridade — que, em regra, não apresenta maiores dificuldades de prova —, deve-se presumir *iuris tantum* o aproveitamento. Na prática opera-se a inversão do ônus da prova, fazendo com que pese sobre o contratante beneficiado pelo contrato o ônus de demonstrar que, embora contrário ao que parece ser, não houve uma situação de inferioridade — pelo que se exclui o aproveitamento — ou que não a aproveitou ou explorou." (BECKER, Anelise, *op. cit.*, p. 119).

18 BITTAR, Carlos Alberto. *A contratação privada, a influência da moral e as técnicas de ajustes admitidas na atual teoria dos contratos*, p. 14.

19 RODRIGUES, Sílvia. *Dos vícios do consentimento*, 3. ed., São Paulo: Saraiva, 1989, pp. 205-221.

já para outra corrente seria vício próximo aos vícios do consentimento. Darcy Bessone aponta críticas para ambas as teorias: a lesão não seria um dos vícios do consentimento, pois bastaria invocá-los ao invés da lesão para se viciar o contrato, também não seria algo aproximado aos vícios do consentimento, pois ou neles se enquadra ou trata-se de categoria independente.

Para Darcy Bessone a melhor posição para ser fundamentar a lesão nas razões de humanidade e equidade: "O instituto toma, assim, um caráter de certo modo subsidiário e a sua utilidade estará em fornecer a solução para casos concretos que não encontrem na rigidez de outras concepções, porventura mais gerais e menos dúcteis."²⁰

Para Caio Mário da Silva Pereira a lesão é uma "imoralidade, que a lei tem obrigação de combater, não podendo dar validade a um ato que a consagre; a vontade humana está adstrita ao respeito pelos cânones da ordem pública, entre os quais está a afirmação da regra moral; por isto, a rescisão do contrato por ofensa a este preceito tem de ser ampliada a toda espécie de convenção, porque toda manifestação de vontade deve obediência à boa-fé e à moral. Nesta consideração, o instituto da lesão deve configurar-se como defeito do negócio jurídico, e não como vício da vontade (Projeto de Código de Obrigações de 1965, art. 64; Projeto de Código Civil de 1975, art. 157)."²¹

Certo é que a lesão decorre da quebra de comutatividade do contrato, surgida segundo alguns doutrinadores de uma influência da moral nos contratos.

Roberto Senise Lisboa identifica um caráter de ilicitude na lesão: "A lesão, como desproporção acentuada entre obrigações reciprocamente consideradas e acordadas, onde uma das partes arca com considerável prejuízo patrimonial, é instituto afim aos atos ilícitos."²²

A lesão no ordenamento nacional é causa de anulabilidade do contrato. Embora tradicionalmente venha apresentada como vício da vontade, parece possuir outra natureza — ao menos na releitura que a contemporaneidade impõe.

Justifica-se. A codificação brasileira de 2002 prevê a lesão dentre as hipóteses de defeito do negócio (elencada junto aos vícios do consentimento). Entretanto, parece sustentável dizer que a lesão não é vício do consentimento. Não o é porque o consentimento do contratante lesado é hígido. O contratante lesado quer o contrato e, não raro, compreende a desproporção de suas condições, mas, devido a sua necessidade premente ou inexperiência, sujeita-se ao seu conteúdo.²³

20 BESSONE, Darcy. *Do contrato: teoria geral*, 4. ed., p. 211.

21 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Lesão nos contratos*, 6. ed., p. 75.

22 LISBOA, Roberto Senise. *A lesão dos contratos*, p. 63.

23 "São contratos manifestamente iníquos estes em que se configurem a lesão ou o estado de perigo.

Parece estar precisamente na justiça contratual a origem da proteção prestada ao lesado. A vontade declarada deixa de ser o fundamento da justiça contratual para que o princípio da equivalência assuma esse lugar.²⁴

Discute-se a seara em que a lesão se coloca, no que diz respeito aos planos de existência, validade e eficácia do negócio jurídico. Mais especificamente, no âmbito da validade, discute a doutrina qual o sancionamento aplicável às hipóteses de lesão: a nulidade ou a anulabilidade. O Código Civil de 2002, como se verá, contempla a solução da anulabilidade.

Para Anelise Becker, no entanto, a lesão seria causa de invalidade do contrato, mas uma invalidade parcial. Isto porque a lesão atende ao princípio da conservação do negócio jurídico entabulado. Desde que este seja útil, deve ser reformulado de modo a extirpar as condições lesivas, mas estará atendendo a sua função se for preservado enquanto um contrato justo.

Neste sentido: "A causa do contrato, ou seja, a sua função econômico-social, vincula-se à sua utilidade, e é a razão por que o ordenamento jurídico reconhece a manifestação de vontade negocial, vale dizer, é o que justifica o seu ingresso no mundo jurídico (plano da existência). Basta que haja troca para que o contrato bilateral exista como tal. Se a troca, apesar de útil, é injusta, a manifestação de vontade, ainda, assim, ingressa no mundo jurídico. Naquelas situações em que o princípio da equivalência é cogente, porém, o contrato terá cumprido de modo anormal a sua função, restando comprometida a sua validade."²⁵

Caio Mário da Silva Pereira trabalha a mesma problemática em outros termos. Para o autor, que analisa a figura da lesão como positivada pela lei de Economia Popular, o contrato seria nulo, pois ilícito seu objeto. Essa nulidade, entretanto, não seria absoluta, mas, nos termos do autor, relativa, pois "a consequência não é a reposição das partes no estado anterior. A nulidade é apenas relativa, atingindo o juro ou lucro excessivo, cuja restituição equilibra as prestações e, conseqüentemente, respeita o ato na parte restante."²⁶

Pode-se dizer que neles faltam condições para a realização da justiça formal, e não que a vontade do prejudicado seja propriamente defeituosa. Mesmo que o Projeto de Código Civil persista em incluí-los entre os 'defeitos do negócio jurídico', em vigor não se pode falar aqui em vícios do consentimento, em divergência entre vontade e declaração." (NORONHA, Fernando. *O Direito dos Contratos e seus princípios fundamentais*, p. 235.).

24 "É esta situação de injustiça, que é preciso demonstrar, que constitui o verdadeiro fundamento de anulabilidade do negócio celebrado." (NORONHA, Fernando, *op. cit.*, p. 235).

25 BECKER, Anelise, *op. cit.*, p. 145.

26 PEREIRA, Caio Mário da Silva, *op. cit.*, p. 169.

O novo Código Civil declara, no entanto, anulável o contrato lesivo (art. 171, II)²⁷, estabelecendo prazo decadencial de quatro anos, contados da data de celebração do negócio, para a invocação da lesão (art. 178).

Outras conseqüências inerentes à anulabilidade: a lesão não se constitui em matéria de ordem pública, dependendo da iniciativa do lesado e a possibilidade de revalidação do ato. No tocante a esta última característica, o novo Código Civil possibilita a manutenção do negócio, desde que seja oferecido suplemento suficiente ou se a parte favorecida concordar com a redução de seu proveito (art. 157, §2º). Conforme comenta Caio Mário da Silva Pereira, esta é a tendência na legislação estrangeira: o Código Civil italiano (art. 1.450) e o Código português (art. 283) referem-se à modificação do contrato para restabelecimento da equidade.²⁸

Note-se, no entanto, que a solução trazida pelo novo Código Civil, em uma interpretação literal, não atende a própria função da figura à lesão, ao menos se lida à luz do princípio da justiça contratual. Ao possibilitar o reequilíbrio do contrato, o legislador condicionou-o tão-somente a vontade de um dos contratantes. Cabe ao lesionado tão-somente pleitear a anulação do negócio. Ao contrário, se interessar ao lesionante, este pode oferecer suplemento ou concordar em reduzir seu proveito.

Eis o ponto em que vem à colação a análise da lesão à luz do princípio da justiça contratual: as restrições operadas pelo legislador podem ser vistas como indevidas, por limitarem as possibilidades de incidência plena do princípio. As restrições se operam seja por conta dos requisitos subjetivos (inerentes à própria figura jurídica, o que faz ponderar, até mesmo, acerca de sua pertinência para a contemporaneidade da disciplina jurídica dos contratos), seja por conta dos limites para a utilização da lesão como instrumento técnico para operar eventual revisão contratual.

O princípio da justiça contratual traz em seu conteúdo essencial uma idéia de justiça comutativa²⁹, que implica o adequado equilíbrio na distribuição de ônus e benefícios na relação contratual. Concerne, como se vê, a um aspecto objetivo do contrato, que não se vincula diretamente à aferição de uma vontade viciada.

27 Esta, segundo Caio Mário da Silva Pereira, é uma solução mais simples para o dilema, afirmando que: "O Anteprojeto de Obrigações de 1941, cujo art. 31 declara anulável a convenção usurária, seria de aplicação mais segura, uma vez que coloca a questão em termos mais simples." (PEREIRA, Caio Mário da Silva, *op. cit.*, p. 172.).

28 PEREIRA, Caio Mário da Silva, *op. cit.*, pp. 202/203.

29 NORONHA, Fernando. *O Direito dos Contratos e seus princípios fundamentais*, p. 215.

Com efeito, infere-se esse princípio da própria noção de igualdade, contemplada constitucionalmente como princípio vetor do sistema jurídico. A justiça comutativa, noção que informa a justiça contratual, se coloca como corolário de uma idéia de isonomia. A distribuição de riscos, ônus e benefícios em um contrato deve ser equitativa, o que, em regra, vincula-se à comutatividade. Também o princípio da solidariedade se projeta para o contrato no sentido de uma colaboração entre os contratantes para o atendimento das suas finalidades.

Abre-se, aí, a justiça contratual para a função social do contrato. Esta, como ensina Paulo Nalin³⁰, possui um aspecto externo, que se vincula aos interesses dos “não contratantes”, mas também repercute internamente à relação contratual. Só atende ao aspecto interno da função social do contrato a avença que atende à justiça contratual.

Tratando-se, pois, de princípio que se infere da Constituição — além de estar implícito em vários dispositivos do Código Civil, como o que contempla a função social do contrato —, é a justiça contratual apta a, quando aplicada diretamente às situações concretas, ensejar construção normativa que, independente de mediação por regras em sentido estrito, permita estabelecer o adequado equilíbrio de um pacto, por meio de sua revisão. Essa revisão pode ter causa superveniente à celebração do contrato — e aí estar-se-á diante de situação que se insere no campo de aplicação da cláusula *rebus sic stantibus* — ou pode ter sua causa em desequilíbrio presente desde logo, quando da própria celebração do contrato, em sua gênese, portanto.

No último caso, a incidência do princípio da justiça contratual pode se colocar, por exemplo, por meio do reconhecimento da abusividade das cláusulas que geram excessiva desvantagem a um dos contratantes — como ocorre no disposto no Código de Defesa do Consumidor.

A questão que aqui se coloca é se a lesão, tal como disciplinada no Código Civil de 2002, seria instrumento apto a densificar o princípio da justiça contratual, facilitando sua operacionalização ou se, ao contrário, pode ser reputada como meio de restrição à plena aplicação do princípio.

Com efeito, a justiça contratual, como princípio, incide nas relações concretas independente de mediação por modelos expressos em regras. O que não implica dizer que não possa ser inferido de regras em sentido estrito que, em verdade, operam densificação desse mesmo princípio.

30 NALIN, Paulo. *Do Contrato: conceito pós-moderno*. Curitiba: Juruá, 2001.

A lesão, consoante anteriormente exposto, é prevista no Código Civil de 2002 em seu artigo 157. Cabe trazer à colação a redação do dispositivo legal:

“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.”

Impende analisar os elementos que compõem a definição legal.

Verifica-se, desde logo, o já mencionado requisito de ordem objetiva que se mostra como essencial à configuração da lesão: alguém deve ter se obrigado a prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta.

Nota-se, aí, repercussão direta do princípio da justiça contratual no que tange à figura jurídica disciplinada pelo Código. O desequilíbrio entre prestações ofende o sentido de comutatividade que compõe o conteúdo essencial do princípio. O desequilíbrio, naturalmente, deve ser considerável, substancial, não se configurando lesão por conta de uma desproporção pouco expressiva.

A identificação do referido princípio entre os requisitos de configuração da lesão permite, desde logo, o estabelecimento, ainda que parcial, do “telos” do regramento desse instituto, que se dirige à comutatividade entre as prestações. É o elemento apto a alavancar o raciocínio que se está a desenvolver neste estudo.

Nada impede, nessa ordem de idéias, que em uma exegese finalística se estenda o sentido de desproporção entre prestações para uma noção de onerosidade excessiva. Se é certo que a onerosidade excessiva não se restringe ao desequilíbrio entre a prestação principal e a respectiva contraprestação, parece não menos adequado supor que o sentido de comutatividade que emerge do requisito objetivo diz respeito a todos os aspectos da relação contratual.

Não parece temerário dizer, nesse passo, que o requisito objetivo para caracterização da lesão, vinculado a um sentido de justiça contratual, é a onerosidade excessiva.

Ocorre que, nos termos do anteriormente explicitado, a lesão não se verifica apenas a partir de elementos objetivos: há requisito subjetivo que deve estar presente. Esse requisito subjetivo respeita à inexperiência ou à necessidade do lesionado. Em outras palavras: para que se configure lesão, segundo o Código Civil, não basta a onerosidade excessiva: é mister que a desproporção tenha por causa a inexperiência ou a necessidade do prejudicado.

A exigência do requisito subjetivo vincula, indubitavelmente, o requisito objetivo à vontade do contratante: a vontade manifestada sob necessidade ou por conta de inexperiência não é efetivamente livre, pelo que se verifica como maculada por vício — ao menos segundo a racionalidade que emerge da disciplina literal da codificação. *A contrario sensu*, quando “livremente” — ou seja, sem prova de necessidade ou inexperiência — se pactua avença excessivamente onerosa, não restará verificada a lesão. O princípio da justiça contratual visto sob uma perspectiva objetiva se curva ante a “vontade livre” do contratante. Diria Fouillé: “Quem diz contratual, diz justo.”

Louvável, nada obstante isso, a não exigência pelo Código Civil do “dolo de aproveitamento” por parte do lesionador. O conceito tradicional de lesão, como se sabe, concerne a “aproveitamento, por parte do contratante beneficiado, de uma situação de inferioridade em que então se encontrava o prejudicado”³¹, resultando em excessiva desproporção entre prestações.

Trata-se, entretanto, como visto, de ponto não pacífico, havendo quem sustente que, sem embargo do silêncio da regra quanto ao dolo de aproveitamento — ou, ao menos, quanto a um aproveitamento consciente —, seria ele exigível³², bem como posições intermediárias que admitem presunção relativa de aproveitamento consciente, haja vista não se poder presumir boa-fé por parte de quem contrata, impondo à outra parte onerosidade excessiva.³³

Melhor se afigura, todavia, a hermenêutica que, no silêncio da regra, dispensa a exigência de dolo ou de aproveitamento consciente, independente de qualquer presunção, caracterizando-se lesão especial, em que o elemento subjetivo diz respeito somente ao lesionado.³⁴

De qualquer sorte, a restrição de ordem subjetiva permanece presente, uma vez que, não se demonstrando necessidade ou inexperiência, não restará configurada a lesão. Se é

certo que a necessidade de que aqui se trata não é uma necessidade vital, essencial, mas, sim, como assevera Caio Mário da Silva Pereira, “contratual”³⁵, parece não menos correto afirmar, também, que ela não se presume, dependendo de prova.³⁶

Pondera-se, aqui, a própria pertinência da lesão na contemporaneidade. Há, é certo, sentido de atendimento à justiça contratual. De outro lado, essa mesma justiça comutativa que deve ser observada no contrato acaba por ser vinculada a elemento vinculado a uma noção voluntarista. Poder-se-ia sustentar, como mais eficaz às exigências contemporâneas, a aplicação direta do princípio da justiça contratual aos casos concretos, sem a mediação levada a efeito pela disciplina da lesão.

Parece adequado afirmar que se opera, em certa medida, retorno à concepção voluntarista de que a justiça do contrato estaria vinculada à vontade das partes.

A inexperiência ou a necessidade direcionam a vontade (real e declarada) à celebração de um dado negócio excessivamente oneroso. O prejuízo desses elementos subjetivos à configuração do negócio, sob a perspectiva não de uma vontade real, mas de uma vontade racionalmente livre, impõe, na ordem de idéias do legislador, a invalidade do negócio. Ausentes esses pressupostos subjetivos, entretanto, não há lesão. Por conseguinte, mantém-se o avençado, havido como “justo” a despeito da desproporção objetiva. Digna de análise crítica a exigir um repensar da utilidade da figura jurídica da lesão, portanto, a exigência de elementos de ordem subjetiva para a sua caracterização.

Trata-se, nada obstante, de requisitos que se põem como inerentes à própria figura jurídica, ao longo de sua construção histórica, podendo ser reputado como louvável, ao menos, que os requisitos subjetivos tenham sido mantidos apenas para o lesionado, afastando-se, no que tange o lesionador, a exigência de demonstração de proveito consciente.

Se a exigência da presença de elementos subjetivos para a caracterização da lesão faz com que se restrinja a aplicação da justiça contratual como princípio contemplado no requisito objetivo de configuração da lesão — até em virtude da concepção de lesão adotada no Código Civil, situando-a topograficamente entre os vícios do negócio jurídico —, parece sustentável interpretação que, a despeito das restrições, traga nova valoração a esse requisito objetivo, fazendo avultar sua relevância.

31 BECKER, Anelise. *Teoria geral da lesão nos contratos*. Saraiva, 200, p. 1.

32 Nesse sentido, NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais*, p. 237. e PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Lesão nos contratos*, p. 165.

33 Nessa ordem de idéias, BECKER, Anelise, *op. cit.*, p. 119; e NEVARES, Ana Luíza Maia Nevares. *O erro, o dolo, a lesão e o estado de perigo no novo Código Civil*, in: TEPEDINO, Gustavo (coord.). *A parte geral do novo Código Civil*, p. 281.

34 É o que sustentam, por exemplo, Humberto Theodoro Junior, Ruy Rosado de Aguiar Junior e Sílvio Rodrigues. (RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil. Dos contratos e das declarações unilaterais de vontade*. São Paulo: Saraiva, 2002).

35 “A necessidade, de que a lei fala, não é a miséria, a insuficiência habitual de meios para prover à subsistência dos seus. Não é alternativa entre a fome e o negócio. Deve ser a necessidade contratual”. (PEREIRA, Caio Mário, *op. cit.*, p. 165).

36 NEVARES, Ana Luíza, *op. cit.*, p. 279.

Vale dizer: se a lesão somente se configura se houver a presença tanto do requisito subjetivo como do requisito objetivo, é certo que, no que respeita a esses últimos, o princípio informativo é o da justiça contratual. Isso permite construção hermenêutica que contemple a disciplina jurídica desse instituto não apenas como vício do negócio jurídico, mas, sobretudo, como instrumento de produção de justiça contratual, alavancando possibilidades técnicas de revisão do avençado quando, desde logo, se configura o desequilíbrio entre as prestações.

4. A REVISÃO CONTRATUAL SOB O FUNDAMENTO DA LESÃO: UMA POSSIBILIDADE DIALÉTICA DE CONSTRUÇÃO HERMENÊUTICA

A análise da lesão, tal como disciplinada pelo Código Civil de 2002, pode levar a concluir, em uma exegese literal, que essa figura jurídica seria, primordialmente, uma causa de invalidade do negócio jurídico, sancionada com anulabilidade, e que a revisão do negócio somente seria admitida como exceção, desde que levada a efeito proposta, nesse sentido, pelo lesionador, após deduzida a pretensão anulatória.

Com efeito, a localização da disciplina da lesão no Código Civil, inserida como vício do negócio, faz com que avulte, consoante já exposto, a idéia voluntarista que sempre esteve subjacente ao instituto do negócio jurídico, forjado, sob essa perspectiva, pela pandectística. Se há uma vontade viciada pela inexperiência ou pela necessidade de quem celebra contrato excessivamente oneroso está o negócio jurídico maculado por um defeito em sua base fática. Ou seja: resta maculado o que o negócio teria, sob essa ordem de idéias, de essencial: a vontade livre. Dado o vício, a sanção deve ser a anulabilidade do referido negócio jurídico.

Nada obstante isso, a análise da lesão sob um viés que leve em conta não a idéia de negócio jurídico, mas, sim, a sua ocorrência na perspectiva do contrato, com sua ordem principiológica contemporânea, desloca o campo de análise dessa figura jurídica: a vontade passa a ser reputada elemento secundário, enfatizando-se, de outro lado, a onerosidade excessiva, que macula, *ab initio*, a base objetiva do contrato.

Se o contrato se situa tecnicamente, é certo, como negócio jurídico bilateral, parece não menos correto reconhecer que, enquanto o negócio jurídico é algo que tem seu sentido, sob um viés de historicidade, vinculado a uma construção técnico-jurídica, situada na abstração dos modelos — colocando-se, não por acaso, na Parte Geral do Código Civil — o contrato é instituto que possui um sentido que extrapola o estritamente jurídico, e, salvo melhor juízo, possui maior proximidade com a realidade fática.

Em outras palavras: o contrato é instituto mais propício a aberturas para uma racionalidade não sistêmica, decorrente das demandas concretas, do que o instituto do negócio jurídico, que tradicionalmente se situa em uma seara em que avulta a abstração dos modelos pretensamente neutros. Com efeito, a axiologia que emerge da ordem principiológica dos contratos não se compraz com o discurso (ideológico) da neutralidade.

Diante disso, esse outro olhar sobre a lesão — que somente pode ser admitido se o Código Civil não for reputado como um sistema bastante em si mesmo, mas como parte de uma ordem sistemática móvel e aberta — oportuniza uma hermenêutica construtiva, que atualiza essa figura jurídica, adequando-a as necessidades concretas que emergem das relações contratuais, e deixando em segundo plano a deificação formal da vontade. Sob essa outra hermenêutica, o sancionamento da invalidade decorrente da inadequação da base fática aos modelos formais deixa de ocupar a centralidade. Esta passa a ser ocupada pela preocupação com a readequação do contrato às suas finalidades sociais e econômicas, em uma racionalidade que enfatiza a justiça comutativa.

A lesão deve ser vista, por conseguinte, como instrumento para a obtenção da justiça contratual — com o que atende, como bem observa Paulo Nalin, o aspecto interno da própria idéia de função social do contrato.

A invalidade proclamada pelo legislador, de fato, está presente. Seu sancionamento, entretanto, com a anulação do negócio, nem sempre precisa se verificar. Com efeito, a própria literalidade do texto legal admite que o juiz efetue a revisão do contrato quando, em sede de resposta ao pedido anulatório formulado pelo lesionado, o lesionador oferece proposta de redução do proveito ou suplemento suficiente.

A revisão do pactuado, adequando-o a um sentido de justiça comutativa, se sobrepõe à vontade viciada na origem, permitindo a manutenção da relação contratual.

Ocorre que a regra do Código Civil, ao menos em uma exegese literal e não sistêmica, não permite que o lesionado pleiteie, desde logo, a revisão do pactuado: a perspectiva voluntarista que situa a lesão no âmbito dos vícios do negócio enfatiza a prevalência de uma racionalidade que valora o sancionamento da invalidade como mais relevante que a manutenção do contrato, por meio do equilíbrio interno de ônus e benefícios. A faculdade de propor a revisão surge quando da resposta à pretensão anulatória, para o lesionador.

O primeiro aspecto que emerge dessa regra se vincula ao princípio da isonomia. A desigualdade de tratamento entre lesionador e lesionado — que consiste em conceder ao primeiro faculdade que não é atribuída ao segundo — não se justifica à luz das situações concretas a que a regra pretende se destinar. Se a regra é a igualdade perante a lei, uma

desigualdade diante da norma legal deve ser justificada em face de uma dada desigualdade material, em regra, para mitigá-la. No que tange à lesão nos contratos, todavia, a desigualdade de tratamento não gera uma igualdade substancial por meio do tratamento desigual. Ao contrário, aprofunda a situação de inferioridade do lesionado que, premido pela onerosidade excessiva, tem apenas duas opções: arcar com a desproporção de prestações ou pleitear a anulação do negócio.

Ocorre que, nem sempre, a anulação do negócio jurídico é a solução que atende aos interesses do lesionado. Não raro o contrato celebrado, apesar da presença da lesão, diz respeito a um bem jurídico que se coloca como essencial para o atendimento das necessidades do contratante.³⁷

Em outros casos, é inviável para o lesionado o retorno ao *status quo ante*, nos termos do artigo 182. Supondo que o lesionado haja vendido ao lesionador, premido por uma necessidade, um imóvel por valor muito inferior ao preço de mercado, é provável que, quando da anulação do negócio, não conte mais com o valor recebido como preço para que possa restituí-lo ao lesionador. O sancionamento da invalidade não se apresenta, aqui, como a melhor solução.

Não se justifica, nesse passo, que ao lesionador seja oportunizado pleitear, em sede de resposta à pretensão anulatória, a revisão do contrato, e não possa o lesionado utilizar-se dos instrumentos técnicos objeto dessa reflexão para, desde logo, pleitear a readequação do contrato a um sentido de justiça comutativa sem que se proceda sua extinção.

Tem-se, pois, que a diferença de tratamento perante a lei entre lesionado e lesionador não se justifica à luz de uma igualdade substancial, pelo que a interpretação que se impõe é no sentido do atendimento de uma igualdade formal: configurando-se a lesão, pode o prejudicado pleitear, desde logo, a revisão do contrato.

37 Recentemente o Tribunal de Justiça de São Paulo analisou caso que envolvia a compra e venda de terreno destinado a moradia nos seguintes termos: "O instituto da lesão, já prenunciado no projeto do novo Código Civil, é apropriado para adequação de cláusula financeira de venda e compra de um terreno de 125m², sem rede de água, esgoto e energia elétrica, em bairro periférico, negociado por valor quase cinco vezes maior que o preço de mercado a pessoas inexperientes. Provimento parcial para valorização da concepção social do contrato, consagrando o princípio da dignidade humana (art. 1º, III, da CF) e da boa-fé na relação de consumo (arts. 29, 51, IV, e § 1º, II, da Lei nº 8.079/90, e 5º, da LICC)." (Ap.Civ. 115.014-4/2, 3ª Câ. De Férias, TJSP, j. 30.01.2001, Rel. Des. Ênio Santarelli Zuliani). Como se vê, contemplou-se a revisão do contrato, em vez de rescisão ou anulação.

Entretanto, não apenas o princípio da isonomia impõe essa interpretação: o sentido teleológico que a lesão adquire quando analisada na perspectiva dos contratos permite, em uma interpretação sistemática, admitir que o lesionado pleiteie, desde logo, a revisão do contrato.

Consoante anteriormente explicitado, a figura jurídica da lesão se apresenta no direito posto como causa de invalidade do negócio jurídico, que traz em seu bojo ao menos dois requisitos fundamentais: um subjetivo e um objetivo. O requisito subjetivo diz respeito àquilo que vicia a vontade — a inexperiência ou a necessidade do lesionado —; o requisito objetivo, a seu turno, diz respeito à manifesta desproporção entre as prestações. Em outras palavras: o elemento objetivo da lesão pode ser lido como diretamente conectado ao princípio da justiça contratual.

Se uma exegese que auto-reproduza a racionalidade fundada na abstração dos modelos que informa a codificação pode conduzir à conclusão de que a maior relevância deve ser dada aos elementos subjetivos, o exame da lesão sob uma perspectiva mais ampla, para além do código, que tome o sistema jurídico como totalidade em sua mobilidade e porosidade — a partir da ordem principiológica informadora dos contratos — pode permitir uma hermenêutica que enfatize o que há de objetivo na lesão. Sob esse outro olhar, a disciplina da lesão no ordenamento jurídico brasileiro pode ser tomada como instrumento de produção de justiça contratual.

Não se advoga, aqui, o desprezo aos requisitos subjetivos da lesão — ainda que sua inserção na regra pertinente seja, como visto, criticável —, mas, sim, que se tome o tratamento legal da figura jurídica como apto a atender a um escopo ligado ao atendimento do princípio da justiça contratual.

Esse princípio, conforme anteriormente exposto, tem um sentido de justiça comutativa interno à relação contratual que preconiza o adequado equilíbrio entre ônus e benefícios distribuídos entre os contratantes. Isso implica dizer que, se em um contrato se verifica a lesão, verificar-se-á, também, a ofensa ao princípio da justiça contratual. Nessa perspectiva, infere-se, claramente, como elemento teleológico da disciplina da lesão nos contratos o escopo de atender a esse princípio.

A justiça contratual se liga ao princípio da isonomia, uma vez que tem o sentido do justo equilíbrio entre as prestações, direitos e deveres das partes contratantes. Trata-se de repercussão, no âmbito contratual, de princípio unificador de todo o sistema.³⁸

38 CANNARIS, Claus Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do Direito*. Trad. Meneses Cordeiro, Lisboa: Calouste Gulbenkian.

O atendimento da justiça contratual faz com que a releitura sistemática que pode ser feita acerca da lesão construa um tratamento jurídico dessa figura, que coloque a revisão contratual como possibilidade que se põe em patamar de igualdade, quanto ao escopo perseguido, com o sancionamento da invalidade decorrente da vontade viciada.

Em suma: verificada a lesão, deve-se analisar, no caso concreto, se à luz da justiça contratual será mais adequada a anulação do negócio ou a revisão do contrato. Tal opção pode ser exercida, desde logo, pelo lesionado: sendo mais vantajosa a revisão do contrato, pode o prejudicado valer-se dos instrumentos legais pertinentes para obtê-la, em vez de pleitear a sua anulação. O pleito de revisão pode ser deduzido, pois, atendendo-se aos princípios da isonomia e da justiça contratual, desde logo, pelo lesionado.

A revisão do contrato, em vez de sua extinção por meio da anulação, atende, ainda, a outro princípio vetor da nova ordem contratual: a função social do contrato, inferida a partir da função social da propriedade e do princípio da solidariedade.³⁹

Com efeito, o contrato produz efeitos concretos, ainda que mediatos, a uma coletividade indeterminada, que pode ser mais ou menos ampla, podendo ser mais interessante, à luz de sua função social, que seja mantido e cumprido, desde que a partir de bases que atendam à justiça comutativa.

Demais disso, a função social do contrato não diz respeito apenas ao que se coloca como externalidade da relação contratual, possuindo elemento interno que respeita, precisamente, ao atendimento da justiça contratual: o princípio de justiça social e solidariedade que informa a função social se projeta internamente ao contrato, por meio do sentido de colaboração mútua entre as partes, com adequada distribuição de benefícios e de ônus.

A saudável tendência à objetivação da análise dos contratos alavancada na justiça contratual traz a lume, portanto, a possibilidade de que a disciplina jurídica da lesão possa servir como instrumento de revisão contratual fundada em desequilíbrio objetivo das prestações das partes contratantes, ainda que submetida à restrição voluntarista trazida pelos requisitos subjetivos de caracterização da lesão.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Afigura-se sustentável, diante do exposto, reputar-se a disciplina da lesão como apta a

propiciar a revisão contratual, atendendo a uma justiça contratual de sentido objetivo. Impende ressaltar, nada obstante, que o princípio independe de instrumentalização por meio da figura jurídica da lesão para ser aplicado em concreto, mesmo porque a lesão, ao mesmo tempo que o contempla, o restringe. Uma hermenêutica construtiva, todavia, parece apta a abrir novas possibilidades de operacionalização da figura jurídica, adequando-a, ainda que em parte, às demandas contemporâneas.

Essa contemporaneidade preconiza a funcionalização do contrato, pelo que o interesse em sua manutenção sob bases justas — com a possibilidade de sua revisão para adequá-lo a esse sentido — se sobrepõe a eventual pretensão de sancionamento de possível invalidade. Ruma a análise dos contratos para uma perspectiva em que avulta a relevância de seus aspectos objetivos.

Nessa esteira, impende ressaltar questão que, com acerto, infunde justa preocupação ao estudioso e ao operador do direito: quais os limites da revisão do contrato fundada em bases estritamente objetivas?

A resposta a essa questão não é, como de plano se vê, fácil. Parece-nos certo, entretanto, que não é possível o estabelecimento de limites absolutos *a priori*. Se a ordem principiológica contratual contemporânea se ocupa do atendimento de necessidades que se apresentam em concreto — e é aí que se fazem norma —, o retorno a soluções apriorísticas fundadas em modelos fechados vem na contramão desse viés metodológico contemporâneo.

Não se pode olvidar, porém, que se a justiça contratual é princípio informador dessa nova ordem, a boa-fé objetiva também o é. O princípio da boa-fé pode ser visto como apto a estabelecer limites, quando da concretização normativa caso a caso, à revisão do pactuado.

Se o contrato deve atender a um sentido de equilíbrio, de comutatividade, também deve atender a um sentido ético, que não se funda no mito kantiano da vontade racional e justa, mas, sim, na justificada confiança que os contratantes despertam entre si, com todos os deveres daí decorrentes:

O sentido ético que contempla a lealdade é, na verdade, complementar à noção de equilíbrio que emerge da justiça contratual: o contrato justo atende, simultaneamente, à justiça comutativa e à boa-fé. A justa medida desse entrelaçamento somente pode ser aferida em concreto, por meio da compatibilização das exigências que ambos os princípios, em uma perspectiva sistemática, impõem ao intérprete. É o desafio que se põe.

CARLOS EDUARDO PIANOVSKI RUZYK

Mestre em Direito das Relações Sociais pela Universidade Federal do Paraná — UFPR. Especialista em Direito Contemporâneo pelo Instituto

³⁹ NALIN, Paulo. *Do contrato: conceito pós-moderno*.

Brasileiro de Estudos Jurídicos — IBEJ. Professor de Direito Civil da Pontifícia Universidade Católica do Paraná — PUC/PR, UNIBRASIL e UNICENP, e dos cursos de especialização em Direito Civil do Instituto Romeu Bacellar e IBEJ — Instituto Brasileiro de Estudos Jurídicos. Advogado.

FREDERICO EDUARDO ZENEDIN GLITZ

Mestrando em Direito das Relações Sociais pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná — UFPR. Especialista em Direito e Negócios Internacionais pela Universidade Federal de Santa Catarina — UFSC. Especialista em Direito Empresarial pelo Instituto Brasileiro de Estudos Jurídicos — IBEJ. Advogado.

O consentimento no Biodireito: Os casos dos transexuais e dos *wannabes*

CARLOS NELSON KONDER

1. Introdução. 2. O surgimento do Biodireito e da Bioética. 3. Os conceitos jurídicos frente aos fatos científicos. 4. Recurso aos princípios constitucionais. 5. O princípio da dignidade da pessoa humana. 6. Do consentimento patrimonial ao consentimento livre e esclarecido. 7. Consentimento nos atos de disposição do corpo. Os *wannabes*. 8. Consentimento na mudança de sexo. 9. Conclusão.

1. INTRODUÇÃO

O *consentimento* é um daqueles conceitos jurídicos tradicionais que sobreviveu à época em que foi cunhado, mas não sem que seu significado fosse modificado e sua importância relativizada em função de novas situações surgidas, em especial aquelas do Biodireito. Sua problematização, em verdade, é representativa de um movimento maior, uma mudança radical na própria perspectiva filosófica que fundamenta o direito. Enquanto o liberalismo jurídico, que permeou o século XIX, justificava a dicotomia entre direito público e privado, na qual se protegia o indivíduo frente ao Estado e sua autonomia frente aos demais particulares, o direito contemporâneo elege a dignidade da pessoa humana como princípio fundamental do ordenamento, que se infiltra em todas as normas inferiores, dissipando a dicotomia tradicional. Nesse sentido, o conceito de consentimento, forjado em um contexto de proteção à autonomia da vontade individual, também se transforma, de maneira a proteger a dignidade da pessoa prioritariamente, ainda que mediante o sacrifício de sua vontade.

A nova compreensão do consentimento, de seus limites e de sua função, no campo do Biodireito, é o tema deste artigo.

2. O SURGIMENTO DO BIODIREITO E DA BIOÉTICA

O “breve” século XX — na consagrada leitura de Eric Hobsbawm — foi um século marcado por massacres, genocídios e tragédias¹. Já para Karel Kosik, neste século que