

# ALGUNS ASPECTOS SOBRE OS DEFEITOS DO NEGÓCIO JURÍDICO RESPEITADAS AS ALTERAÇÕES DO NOVO CÓDIGO CIVIL

*Fabiana de Oliveira Silva Sybuia\**

**SUMÁRIO:** 1 Introdução. 2 Erro ou ignorância. 3 Dolo. 4 Coação. 5 Estado de perigo. 6 Lesão. 7 Fraude contra credores. 8 Simulação e reserva mental. 9 Considerações finais.

**Palavras-chave:** Negócio jurídico – Vícios – Defeitos - Validade – Anulabilidade - Nulidade<sup>1</sup> – Erro – Dolo - Coação – Simulação – Fraude contra credores – Lesão – Reserva mental – Estado de Perigo - Manifestação de vontade – Violência – Elemento volitivo - Boa-fé - Consentimento.

## 1 INTRODUÇÃO

Os atos jurídicos para serem entendidos como realidade material, devem conter dados fáticos que correspondam ao tipo jurídico, dados mínimos de natureza material para que possam corresponder ao fenômeno do ser e integrar o plano do existir<sup>1</sup>. Se o fato jurídico não existe, não há de se discutir sua nulidade ou ineficácia.

O negócio jurídico, superada a premissa da existência do fato jurídico e da declaração de vontade, procede-se à pesquisa em torno de sua perfeição ou não, ou seja, se contém algum vício invalidante. Entre o existir e produzir efeitos, reside o campo da sua validade em que a vontade comparece como estrutura basilar.

---

\* *Paper* apresentado como requisito parcial à avaliação da disciplina Direito Civil II, sob a orientação do Professor Doutor Wanderlei de Paula Barreto, no Curso de Mestrado em Direito da Universidade Estadual de Maringá.

<sup>1</sup> BETTI, Emílio apud THEODORO JÚNIOR, Humberto. Lesão e fraude contra credores no projeto de novo código civil brasileiro. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 89, v. 771, jan.2000, p. 14.

A vontade se apresenta como elemento essencial do negócio jurídico constituindo pressuposto de sua existência. Segundo expressa Washington de Barros Monteiro, é a alma do negócio jurídico<sup>2</sup>.

Para que o ato possa produzir os efeitos almejados pelas partes, essencial a presença do elemento volitivo, e ainda, que tenha sido externado de forma espontânea.

Excepcionalmente, por diversas circunstâncias, pode acontecer de não existir vontade na celebração do negócio jurídico. Essa ausência do elemento volitivo pode se dar por muitos fatores, desde transitórios, como por exemplo na coação absoluta; a permanentes, como na alienação mental. De qualquer forma, ausente o elemento volitivo, elemento fundamental para a condição de existência do negócio jurídico, o ato, se existente, poderá ser válido ou inválido, conforme as condições em que fora externada a vontade do agente.

No negócio jurídico, a manifestação de vontade é composta por dois elementos: o elemento interno, que corresponde à vontade real e o elemento externo, que refere-se à vontade declarada.

Como ordem natural dos acontecimentos pressupõe-se ser a declaração aquilo que o indivíduo realmente deseja. Porém, em outras circunstâncias pode haver divergência entre querer interno e vontade manifestada.

Nós herdamos do direito romano a trilogia dos *vícios do consentimento*: erro, dolo e coação; pelos romanistas denominada de *violência*<sup>3</sup>. Os vícios do consentimento são defeitos que se inserem diretamente sobre a vontade, criando situações em que a manifestação de vontade não corresponde ao íntimo e verdadeiro querer do agente.

Em outros casos, a manifestação de vontade encontra-se livre de vícios e há exata correspondência entre vontades interna e declarada, no entanto com o intuito de prejudicar terceiros ou fraudar a lei, ou ambos. É o que ocorre com a simulação e fraude contra credores, vícios que afrontam a boa-fé, a lisura nos negócios jurídicos, são *vícios sociais*, comprometedores da ordem jurídica.

Segundo alerta Pontes de Miranda:

“Convém que não se empreguem as expressões “nula”, “anulável”, a propósito de manifestações de vontade, de conhecimento e de sentimento. Manifestações de vontade, de conhecimento e de sentimento, são deficientes ou viciadas; não são nulas, nem anuláveis.

---

<sup>2</sup> MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*. Parte geral. 31. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1993. v.1, p. 184.

<sup>3</sup> VINCENZO ARANGIO, Ruiz; BIONDI, Biondo; ALVES, José Carlos Moreira apud NERY JÚNIOR, Nelson. *Vícios do ato jurídico e reserva mental*. São Paulo: Revista dos tribunais, 1983. p. 29.

Nulos e anuláveis são os atos jurídicos, em cujo suporte fático estão essas manifestações de vontade, de conhecimento ou de sentimento, deficientes ou viciadas. Nulo e anuláveis são conceitos do plano da validade; portanto, já após a existência dos atos jurídicos. Não se podem usar adjetivos em planos diferentes daquele em que se lhes dá o sentido<sup>4</sup>.

O título “Dos defeitos do negócios jurídicos” refere-se às hipóteses em que a vontade manifesta-se com algum vício que torne o negócio anulável, nos termos do art. 171, II do Novo Código Civil, resultante de erro, dolo, coação, estado de perigo, lesão e fraude contra credores, em substituição ao que dispõe o art. 147, II do Código de 1916 que considera anulável o ato jurídico por vício resultante de erro, dolo, coação, simulação e fraude.

Dentre as mudanças realizadas neste capítulo pelas modificações experimentadas pelo Novo Código Civil, a mais notável foi a retirada da *simulação*, do rol dos defeitos, e sua inserção entre os atos nulos<sup>5</sup>, no capítulo referente à invalidade do negócio jurídico, e a adoção de dois novos institutos, a *lesão* e o *estado de perigo* no capítulo que trata dos defeitos do negócio jurídico.

Esses defeitos, possuem natureza diversa, nem todos derivados no mesmo fenômeno<sup>6</sup>, por critérios de sistematização, encontram-se reunidos em um mesmo capítulo. Têm em comum o efeito que acarretam ao negócio jurídico: sua anulabilidade<sup>7</sup>.

A classificação de mais efeitos práticos que se faz entre os vícios do negócio jurídico é a que distingue vícios sociais e vícios de consentimento.

Os vícios de consentimento são os que provocam uma divergência entre a vontade real e a vontade declarada, o erro, o dolo e a coação. Os vícios sociais não atingem a vontade na sua formação, na sua motivação, mas, do mesmo modo, tornam o ato defeituoso, porque afrontam o princípio da boa-fé, a lisura e a ordem jurídica. São praticados com o intuito de prejudicar terceiros ou fraudar a lei, neste rol se situam a simulação e a fraude contra credores.

Feitas essas considerações preliminares, fundamentais à compreensão do presente trabalho, passemos à algumas considerações

---

<sup>4</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Parte geral. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970. t. IV, p. 216.

<sup>5</sup> Artigo 167 do Novo Código Civil.

<sup>6</sup> Erro, o dolo e a coação são vícios de consentimento, enquanto simulação e fraude contra credores são vícios sociais.

<sup>7</sup> Com exceção da simulação, que comparece no novo Código Civil, como causadora de nulidade do ato.

acerca dos defeitos do negócio jurídico face às modificações experimentadas pelo Novo Código.

## 2 ERRO OU IGNORÂNCIA

No conceito de Silvio Rodrigues, “Erro é a falsa idéia da realidade, capaz de conduzir o declarante a manifestar sua vontade de maneira diversa da que manifestaria se porventura melhor a conhecesse<sup>8</sup>”.

Para Clovis Beviláqua, “Erro é a noção falsa, que vicia a manifestação da vontade<sup>9</sup>”.

Segundo Caio Mário da Silva Pereira ocorre “Quando o agente, por desconhecimento ou falso conhecimento das circunstâncias, age de um modo que não seria a sua vontade, se conhecesse a verdade situação, diz-se que procede com erro<sup>10</sup>”.

O legislador de 1916 equiparou o erro à ignorância ao tratá-los sob a mesma rubrica, trazendo como subtítulo “Do erro ou ignorância” e a seguir, nos arts. 86<sup>11</sup> e ss dispõe somente sobre o erro. Adverte Clovis Beviláqua<sup>12</sup> que o Código tratou ambas como sinônimas, inobstante terem significados diferentes. Ignorância é o desconhecimento da realidade e na concepção de Nelson Nery Júnior<sup>13</sup>, “ erro é a falsa noção da coisa; se conhece a coisa, mas dela se tem noção distorcida”.

Clovis Beviláqua<sup>14</sup>, embora reconhecendo que os conceitos se diferem, equipara a ignorância ao erro, dizendo que “a consequência desses dois estados de espírito é a mesma para os atos jurídicos; num e outro, a vontade não é real, ou antes, se desvia. Há desconveniência entre a vontade e a sua manifestação, tanto no caso de erro quanto no de ignorância”.

Quanto ao Novo Código, o legislador se posicionou nesta mesma linha ao persistir em tratar como idênticas figuras com significados distintos.

Note-se que não é qualquer espécie de erro que torna anulável o negócio jurídico. Para ser causa de anulabilidade, deve conter os

---

<sup>8</sup> RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil*. Parte geral. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 1, p. 187.

<sup>9</sup> BEVILAQUA, Clovis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil (comentado)*. Rio de Janeiro: Paulo de Azevedo, 1959. v. 1, p. 267.

<sup>10</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980. v. I, p. 443

<sup>11</sup> Art. 138 do Novo Código Civil.

<sup>12</sup> BEVILAQUA, Clovis, op. cit., p. 267.

<sup>13</sup> NERY JÚNIOR, Nelson, op. cit., p. 29.

<sup>14</sup> BEVILÁQUA, Clóvis, op.cit., p. 267.

pressupostos requeridos pela lei: que o erro seja *substancial*, suscetível de ser conhecido por pessoa de diligência normal, em face das circunstâncias do negócio. Esses pressupostos são trazidos pelo art. 138 do Novo Código<sup>15</sup>, ora transcrito:

Art. 138. São anuláveis os negócios jurídicos, quando as declarações de vontade emanarem de erro substancial que poderia ser percebido por pessoa de diligência normal, em face das circunstâncias do negócio.

*Erro substancial* é o erro sobre circunstâncias e aspectos relevantes do negócio. Há de ser a sua causa determinante, ou seja, se conhecida a realidade, o negócio não seria celebrado. Opõe-se ao *erro accidental*, cujo erro se refere a circunstâncias de menor importância que não acarretam efetivo prejuízo, ou seja, a qualidades secundárias do objeto ou da pessoa. Se conhecida a realidade, mesmo assim o negócio seria realizado.

A própria lei define o que se entende por erro substancial no art. 87 do Código Civil vigente, correspondente ao art. 139 do Novo Código de Civil:

Art. 139. O erro é substancial quando:

I. Interessa à natureza do negócio, ao objeto principal da declaração, ou a alguma das qualidades a ele essenciais;

II. Concerne à identidade ou à qualidade essencial da pessoa a quem se refira a declaração de vontade, desde que tenha influído nesta de modo relevante;

III. Sendo de direito e não implicando recusa à aplicação da lei, for o motivo único ou principal do negócio jurídico.

As hipóteses tratadas nos incisos I e II do art. 139 configuram o denominado erro de fato, que decorre de uma noção falsa das circunstâncias, de visão errônea, distorcida dos fatos.

Questão importante a ser abordada é a admissão pelo Novo Código Civil do erro de direito (*error juris*), no inciso III, como causa de anulabilidade do negócio jurídico.

No direito brasileiro antiga é a rejeição ao *error juris* como meio de invalidar os negócios realizados, buscando-se assegurar a confiança nos atos negociais, o que por consequência levou à confusão do erro de direito com a ignorância da lei, cuja tendência resultou com a inserção na Lei de Introdução do Código Civil, Decreto-lei n. 4.657/42, da norma do art. 3º que dispõe: *Ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece*. Ocorre que na ignorância da lei tenta-se subtrair à sua

---

<sup>15</sup> Correspondente ao art. 86 do Código Civil de 1916. "São anuláveis os atos jurídicos quando as declarações de vontade emanarem de erro substancial".

aplicabilidade perante a obrigação de cumpri-la, enquanto que no erro de direito não há o intuito de subtrair-se à força imperativa da norma.

Nelson Nery Júnior<sup>16</sup> argumenta que é perfeitamente conciliável o entendimento de que o erro de direito (quando escusável) anula o negócio jurídico, com o art. 3º, da Lei de Introdução ao Código Civil: uma coisa é pretender furtar-se ao cumprimento de uma obrigação alegando ignorância da lei, e outra é pretender anular um ato por erro de direito, onde não houve intenção de negar vigência a texto de lei, obrando-se em erro de direito escusável.

Ainda, para ser causa de anulabilidade, o erro deve ser *suscetível de ser conhecido pelo outro contratante*. A solução encontrada pelo legislador foi a de confrontar interesses colidentes, quais sejam, os interesses do contratante de boa fé que deseja que o negócio prevaleça em oposição à vítima do erro que pretende que o negócio seja anulado. Tendo de optar entre proteger interesses diversos, preferiu o legislador amparar o contratante de boa-fé, assegurando desta forma a estabilidade das relações contratuais; salvo se este agir de má-fé, conhecia do erro da outra parte ou poderia descobri-lo se agisse com diligência normal. Nestas situações não estaria acobertado pela proteção legal, e o negócio jurídico estaria sujeito à anulação em prol de vítima do erro. Estreita é a relação existente entre o erro e o dolo, e a solução retro mencionada aproxima muito ambos os institutos.

Quanto à escusabilidade do erro, feita a interpretação literal do art. 87 do Código de 1916, bastava que o erro fosse substancial para invalidar o ato.

Inobstante a afirmação feita por Pontes de Miranda<sup>17</sup> de que o Código Civil de 1916 não haveria acatado a escusabilidade do erro como pressuposto de causa de anulabilidade do negócio jurídico e ao tratar da teoria da escusabilidade-pressuposto explicitou: “A escusabilidade não é pressuposto da anulabilidade. Se houve erro, embora tido por inescusável, há a anulabilidade. Nem se exigiu ausência de culpa” ; na prática passou-se a entender inaplicável o desfazimento de ato jurídico com fundamento tão-somente em erro inescusável.

O critério utilizado para se apurar o erro até o advento da nova lei pelos tribunais pátrios já era dotado de certo grau de abstração, considerando caso a caso a escusabilidade do erro, e cabendo ao magistrado, na maioria das vezes, a análise do caso *in concreto* levando-se em consideração as condições pessoais de quem o alegasse. Assim, a celebração de um contrato de compra e venda julgando-se tratar de

---

<sup>16</sup> NERY JÚNIOR, Nelson, op. cit., p. 32.

<sup>17</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti, op.cit., p. 311.

doação realizada por uma pessoa humilde, de pouca cultura seria escusável, enquanto que inconcebível se realizada por um advogado.

Com as alterações encontradas no Novo Código, a lei ao dispor ser anulável o negócio jurídico *em face das circunstâncias do negócio* parece ter acatado o entendimento doutrinário e jurisprudencial que há muito clamava a escusabilidade do erro como requisito de anulabilidade dos negócios jurídicos.

### 3 DOLO

Em sentido amplo, dolo é todo artifício empregado para enganar alguém (*dolus est consilium alteri nocendi*). Sob essa ótica, esse mecanismo de ludibriamento pode ser utilizado com finalidades nobres, admiráveis, lícitas, como por exemplo o ato de induzir alguém a tomar um medicamento que lhe seja imprescindível diante da recusa de fazê-lo<sup>18</sup>.

Por outro, o dolo em sentido técnico, restrito se coaduna com a definição de Clovis Beviláqua<sup>19</sup>, como sendo “o artifício ou expediente astucioso, empregado para induzir alguém à prática de um ato, que o prejudica, e aproveita ao autor do dolo ou a terceiro”. Trata-se do *dolus malus*, caracterizado pela maldade imbuída nas intenções do agente.

Na lição de Pontes de Miranda<sup>20</sup> é “causa de não-validade dos atos jurídicos, é o ato, positivo, ou negativo, com que, conscientemente, se induz, se mantém, ou se confirma outrem em representação errônea”. E acrescenta, ainda, que nos termos dos arts. 92-97<sup>21</sup>, é o enganar, consciente.

No entendimento de Caio Mário da Silva Pereira<sup>22</sup> “o dolo consiste nas práticas ou manobras maliciosamente levadas a efeito por uma parte, a fim de conseguir da outra uma emissão de vontade que lhe traga proveito, ou a terceiro”.

Para a incidência do dolo, necessária sua ocorrência desde a celebração do negócio jurídico, pois nulidade e anulabilidade são défices no suporte fático, lógico e cronologicamente anterior ao ato jurídico<sup>23</sup>.

Dolo e erro são defeitos de muita similitude, conquanto no erro o equívoco é espontâneo, nasce da própria vítima, e não exige a

<sup>18</sup> MONTEIRO, Washington de Barros, op.cit., p. 194.

<sup>19</sup> BEVILAQUA, Clovis, op.cit., p. 273.

<sup>20</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti, op.cit., p. 326.

<sup>21</sup> Arts. 145 a 150 do Novo Código Civil.

<sup>22</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva, op.cit., p. 453

<sup>23</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti, op. cit., p. 327.

participação alheia. No dolo, há intervenção, sugestão, embuste do autor do dolo ou de terceiro, há o que poderia se chamar de 'erro provocado'.

O erro, o mais corriqueiro dentre os defeitos do negócio jurídico ocorre, de forma geral, pela ausência de um maior discernimento nas relações contratuais, em hipóteses em que há noção distorcida da situação, por culpa exclusiva da vítima. Em contrapartida, no dolo há o emprego de manobras insidiosas, astuciosas, desleais resultantes da malícia alheia; enfim, são situações em que o engano é manipulado, trabalhado em seu espírito. Atualmente o dolo é menos freqüente, cuja menor incidência se tem atribuído à precaução exigida nas celebrações contratuais contemporâneas.

No entanto, inobstante maior a incidência em erro, mais freqüentes são as ações anulatórias com fundamento em dolo em que busca-se provar o induzimento pelo co-contratante, enquanto que no erro, difícil penetrar-se no íntimo do autor e extrair-se exatamente o que teria se passado em sua mente no momento da celebração do negócio, por conseqüência, mais árdua sua comprovação.

Possível, ainda, a situação em que ambos os vícios comprometam a validade do negócio realizado, hipótese em que a vítima equivocou-se acreditando em situação que não existe, e ainda, se deixou influenciar pelas manobras capciosas, arditosas empregadas pelo seu co-contratante, quanto a outro aspecto do negócio, dentro da mesma relação jurídica. Nestas circunstâncias, o ato duplamente comprometido em sua validade, pode ser anulado tão-somente por dolo, consideradas as argumentações que consideram a dolo como vício de mais fácil comprovação que o erro, e a busca de um mesmo efeito, que seria a anulação do negócio realizado.

#### 4 COAÇÃO

Para Pontes de Miranda "coação é a presença de violência ou intimidação, que faça B praticar o que A sugere<sup>24</sup>".

Na conceituação de Capitant "é toda pressão exercida sobre um indivíduo para determiná-lo a concordar com um ato<sup>25</sup>".

Conjugando os dois conceitos, nos torna possível extrair que coação é toda pressão que incide sobre um indivíduo como meio de contrangê-lo a praticar ou concordar com a prática de um ato.

---

<sup>24</sup> Idem, *ibidem*, p. 348.

<sup>25</sup> CAPITANT, Henri apud RODRIGUES, Silvio, *op.cit.*, 199.

A vis absoluta aniquila a manifestação de vontade, que não entra no mundo jurídico. Nesta hipótese, só há a aparência do ato do constrangido, que torna-se instrumento do coator.

Pontes de Miranda usa da expressão “coação invalidante<sup>26</sup>”, referindo-se à *vis compulsiva*, por meio da qual há a influência sobre a manifestação de vontade de alguém por outrem.

A coação invalidante é a ameaça, ou o começo de violência, que determine a manifestação de vontade<sup>27</sup>, sem exterminá-la por completo; resta ainda à sua vítima uma opção, uma escolha entre suportar a ameaça prometida ou cumprir consentir<sup>28</sup>, por isso é passível de anulação pois se extirpasse por completo a liberdade individual o negócio seria nulo senão inexistente, por carecer do elemento volitivo, fundamental ao nascedouro da relação jurídica.

A coação, considerando a trilogia dos vícios de consentimento: erro, dolo, coação é considerada em doutrina, o mais grave dentre eles, por abalar o sustentáculo em que se estrutura o negócio jurídico: a vontade livre e consciente do indivíduo.

A distinção feita entre estes três vícios, consiste em considerar que se a vontade não se manifestou consciente por engano, espontâneo ou provocado, o negócio pode ser anulado por erro ou dolo; enquanto que se não houve livre manifestação de vontade, o negócio pode ser desfeito, por estar viciado por coação<sup>29</sup>.

Coação moral e dolo se aproximam na medida em que constituem violência psíquica e maculam o elemento volitivo, essencial à validade da relação jurídica. Conquanto, a coação física, *vis absoluta*, não é vício de consentimento. Atinge o negócio jurídico no momento de sua formação, no seu cerne, impedindo sua existência.

A coação, no entender de Clovis Beviláqua é “um estado de espírito em que o agente, perdendo a energia moral e a espontaneidade do querer, realiza o ato, que lhe é exigido<sup>30</sup>”.

A coação é considerada pela doutrina o mais sério dos vícios de consentimento por influir diretamente na inteligência da vítima, comprometendo sua liberdade individual. No dolo não há imposição ou constrangimento físico ou moral e sim utilização de recursos argumentativos com o intuito de ludibriar.

Por influenciar diretamente o *ánimus* individual, a coação foi considerada pelo legislador de 1916 mais grave que o dolo. Estatuiu

<sup>26</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti, op.cit., p. 349.

<sup>27</sup> Idem, ibidem, p. 350.

<sup>28</sup> NERY JÚNIOR, Nelson, op. cit., p. 37.

<sup>29</sup> RODRIGUES, Silvio, op. cit., 199.

<sup>30</sup> BEVILAQUA, Clovis, op.cit., p. 278.

tratamento diferenciado entre coação e dolo provindo de terceiros. Na coação exercida por terceiro o negócio seria anulável mesmo que o beneficiado por ela ignorasse sua ocorrência<sup>31</sup>, enquanto que no dolo, o negócio somente seria anulável se o beneficiado o soubesse<sup>32</sup>.

O Novo Código Civil dá tratamento idêntico à ambos os vícios exigindo como pressuposto de anulação em caso de coação exercida por terceiro que a parte a quem aproveite tivesse ou devesse ter conhecimento daquela circunstância<sup>33</sup>.

Para a caracterização do vício, necessários os pressupostos estabelecidos em lei. O Novo Código Civil trouxe estes pressupostos, no art. 151<sup>34</sup>, com a seguinte redação:

Art. 151. A coação, para viciar a declaração da vontade, há de ser tal que incuta ao paciente fundado temor de dano iminente e considerável à sua pessoa, à sua família, ou aos seus bens.

Desta forma, houve supressão da exigência de que o dano ameaçado fosse pelo menos de valor igual ao ato extorquido.

A proporção exigida entre o ato extorquido e o mal evitado sofreu críticas pois não é sempre possível haver o equilíbrio entre situações não sujeitas a quantificação econômica. Na prática tornou-se difícil, quando não impossível, estabelecer parâmetros entre bens de naturezas diversas, como por exemplo, ameaças sofridas por uma jovem, feitas por um rapaz de revelar fatos atentórios à sua moral, para obter vantagem econômica e mensurável.

Pela nova legislação, basta que o dano seja considerável para configurar a coação.

A expressão *família* utilizada no artigo de lei deve ser entendida em sua acepção ampla. Abrange tanto a família resultante de casamento ou de união estável, em atenção ao disposto no art. 226 § 3º<sup>35</sup> da Constituição Federal de 1988. Também não se faz distinção entre parentesco legítimo, ilegítimo ou decorrente de adoção, qualquer que seja

---

<sup>31</sup> Art. 101, § 2º: "Se a parte prejudicada com a anulação do ato não soube da coação exercida por terceiro, só este responderá pelas perdas e danos".

<sup>32</sup> "Art. 95. Pode também ser anulado o ato por dolo de terceiro, se uma das partes o soube".

<sup>33</sup> "Art. 154. Vicia o negócio jurídico a coação exercida por terceiro, se dela tivesse ou devesse ter conhecimento a parte a que aproveite, e esta responderá solidariamente com aquele por perdas e danos".

<sup>34</sup> Artigo correspondente ao art. 98 do Código Civil de 1916 que dispõe: "A coação, para viciar a manifestação da vontade, há de ser tal, que incuta ao paciente fundado temor de dano à sua pessoa, à sua família, ou a seus bens, iminente e igual, pelo menos, ao receável do ato extorquido".

<sup>35</sup> Art. 226, § 3º, CF/88: "Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento".

sua espécie por vedação expressa do texto constitucional, art. 227, § 6º<sup>36</sup>. Incluindo-se neste rol ameaças a parentes afins.

Inovou ainda, no sentido de que a proteção ao coagido não se restringe a pessoas ligadas a ele por vínculo familiar, e poderá ser estendida a terceiros, nos termos do parágrafo único do art. 151<sup>37</sup>, caberá ao magistrado decidir se houve coação, conforme as circunstâncias, se assim entender no caso concreto.

## 5 ESTADO DE PERIGO

O estado de perigo comparece como inovação trazida pelo Novo Código Civil, na seção IV, do Capítulo IV, que trata dos defeitos do negócio jurídico. Está previsto no art. 156 nos seguintes termos:

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.

Parágrafo único. Tratando-se de pessoa não pertencente à família do declarante, o juiz decidirá segundo as circunstâncias.

O estado de perigo compõe-se de elementos *subjetivos*: a. o temor legítimo, de dano próprio ou a outrem a quem o declarante esteja ligado afetivamente; b. o desejo de salvação por meio do vínculo obrigacional. E de elementos *objetivos*: a. o fato constituído pelo risco notório, iminente, inevitável; b. conhecimento da situação perigosa pela outra parte; c. exteriorização da vontade de se obrigar na forma vinculatoria legal; d. onerosidade excessiva da prestação<sup>38</sup>.

O estado de perigo, resume-se-lhe o conceito no fato necessário que compele à conclusão de negócio jurídico, mediante prestação exorbitante<sup>39</sup>.

Encontra-se em estado de perigo, aquele que, assaltado por bandidos, em lugar ermo, se dispõe a pagar alta cifra a quem venha livrá-lo da violência; ou o naufrago que oferece ao salvador recompensa excessiva; ou o comandante de embarcação, às portas do naufrágio, que propõe pagar qualquer preço a quem venha socorrê-lo; ou o doente que,

---

<sup>36</sup> Art. 227, § 6º, CF/88: "Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação".

<sup>37</sup> Art. 151, parágrafo único: "Se disser respeito a pessoa não pertencente à família do paciente, o juiz, com base nas circunstâncias, decidirá se houve coação".

<sup>38</sup> ENCICLOPÉDIA Saraiva do Direito. São Paulo: Saraiva, 1977. p. 505.

<sup>39</sup> Idem, ibidem, p. 505.

no agudo da moléstia, concorda com os altos honorários exigidos pelo cirurgião; ou a mãe que promete toda a sua fortuna para quem lhe venha salvar o filho, ameaçado pelas ondas ou ser devorado pelo fogo<sup>40</sup>.

Sob este impacto emocional, a vítima não tem condições para declarar livremente sua manifestação de vontade, que se encontra viciada. É instituto de feição subjetiva que exige o estudo do caso concreto para constatação do estado de perigo e se no momento do ajuste havia espaço para que sua vítima pudesse exercer sua vontade. Eis a aplicabilidade do elemento subjetivo, caracterizado pela intenção de salvar-se por meio do vínculo obrigacional, originado pelo temor de dano próprio ou a pessoa ligada afetivamente ao declarante.

O instituto reflete o cuidado em preservar a segurança nas relações negociais como recurso a estabelecer o equilíbrio em prestações comutativas, e preservação do patrimônio particular, ponto em que reside o elemento objetivo, representado pela onerosidade excessiva do pacto, a ser analisada pelo magistrado.

Questão importante seria definir em qual momento se examina a desproporção entre prestação e contraprestação, uma vez que o dispositivo se omite. Por analogia, nos parece razoável aplicar nesta hipótese o dispositivo que trata da lesão, segundo o qual, aprecia-se a desproporção entre as prestações no momento do ajuste e não posteriormente<sup>41</sup>.

No estado de perigo o declarante encontra-se em condições emocionais que comprometem sua manifestação de vontade e impede que sua exteriorização seja livre de vícios, de sentimentos que maculem seu querer. Existe toda uma conjuntura exterior que compromete a validade do negócio realizado, de forma que a pressão sofrida por este indivíduo tem grande relevância como causa ensejadora da relação contratual, influenciando consideravelmente sua vontade e atuando diretamente sobre sua liberdade. Não há aniquilação da vontade, apenas limitação da liberdade, por esta razão compromete a validade do negócio pactuado.

Por conduzir a um descompasso entre querer interno e declaração, a melhor localização para o estado de perigo é como *vício de consentimento*, que conduz à anulação do negócio pactuado. Como argumento à esta conclusão é sua semelhança que traz com a coação relativa (*vis compulsiva*) que não extermina por completo o querer do declaratório, facultando-lhe uma opção. Tanto que, antes da inserção da lesão como defeito do negócio jurídico, era tratada como coação provida

---

<sup>40</sup> RODRIGUES, Sílvio, op. cit., p. 218.

<sup>41</sup> Art. 157 § 1º, do novo Código Civil. "Aprecia-se a desproporção das prestações segundo os valores vigentes ao tempo em que foi celebrado o negócio jurídico".

de terceiro<sup>42</sup>. Não obstante, o entendimento de que a causa da anulabilidade, no estado de perigo resulta do desequilíbrio contratual, da falta de proporcionalidade entre prestação e contraprestação<sup>43</sup>; nos parece mais conceitual que a causa da invalidade do negócio jurídico seja o comprometimento da vontade real motivadora da declaração negocial.

No nosso direito, os atos contratuais lesivos sofrem dupla coerção: a penal, quando sua prática se enquadra como usura (pecuniária e real); e civil, cujo objetivo é garantir a boa-fé, probidade e equilíbrio nas relações jurídicas<sup>44</sup>.

O instituto estado de perigo traz em seu histórico um processo de evolução; cujo cerne se concentra no estado de necessidade, divisível em duas modalidades:

1. Estado de necessidade jurídico-penal, art. 54 do CP alemão – causa de exclusão da culpabilidade.

2. Estado de necessidade jurídico-civil, arts. 228 e 904 do CC alemão- causa de exclusão da responsabilidade<sup>45</sup>.

Tanto no estado de necessidade, descrito no art. 24 do CP brasileiro, quanto no estado de necessidade que figura no art. 160, II, do Código Civil de 1916<sup>46</sup>, reside a justificativa do sacrifício de um bem jurídico em prol de outro, conquanto, com reflexos em órbitas distintas.

O art. 160, II, do Código Civil de 1916 prevê a *deterioração ou destruição de coisa alheia, a fim de remover perigo iminente*. É causa excusativa da responsabilidade, em que se confrontam dois direitos, cujo conflito somente poderá ser solucionado com o desaparecimento ou cessação transitória do direito de importância secundária dos pontos de vista ético e humano<sup>47</sup>. No estado de necessidade, para remoção de um perigo iminente se autoriza a destruição ou deterioração da coisa alheia. Exemplo: atirar um carro contra um muro, para salvar uma criança que inesperadamente saltou contra o veículo.

Estado de perigo e estado de necessidade são institutos que se aproximam na medida em que em ambos há o sacrifício de um bem jurídico em prol de outro de ' maior importância '. As diferenças que podem ser apontadas são: 1. no estado de necessidade o perigo pode ameaçar a vida, a honra, a liberdade da pessoa ou de outrem<sup>48</sup>, enquanto que no estado de perigo a ameaça de dano é à vida do declarante ou à

<sup>42</sup> RODRIGUES, Sílvio, op. cit., p. 217.

<sup>43</sup> ENCICLOPÉDIA Saraiva do Direito, op. cit., p. 508.

<sup>44</sup> ENCICLOPÉDIA Saraiva do Direito. São Paulo: Saraiva, 1977. v. 3, p. 505.

<sup>45</sup> Idem, ibidem, p. 505.

<sup>46</sup> Art. 188, II Novo Código Civil.

<sup>47</sup> BEVILAQUA, Clovis, op.cit., p. 345.

<sup>48</sup> BEVILAQUA, Clovis, op. cit., p. 345.

vida de alguém de sua família. 2. enquanto que no estado de necessidade não é possível a coexistência entre os bens jurídicos confrontantes, hipótese em que um cede lugar ao outro, definitivamente ou momentaneamente; no estado de perigo é possível esta coexistência, no entanto, o declarante oferece ou negocia o bem, com o intuito de garantir sua vida ou a de pessoa de sua família, transferindo-o ao declaratário, não ocorrendo o desaparecimento, a destruição do bem ofertado que se perde tão-somente para o declarante.

Quanto à terminologia da figura do estado de perigo, J.M. Leoni Lopes de Oliveira<sup>49</sup>, atenta que os autores em geral utilizam-se alternadamente das expressões: estado de necessidade, estado de perigo; indiscriminadamente e esclarece que a primeira refere-se à conduta lícita que exclui a responsabilidade civil e a segunda, à vício de consentimento que determina a anulação do negócio celebrado.

O estado de perigo, passados estes estágios, até ser positivado pelo legislador nacional, encontrou seu delineamento na legislação italiana, onde está previsto no art. 1447 do Código Civil, no Capítulo XIII sob o título “Da rescisão do contrato”, nos seguintes termos:

Art. 1.447 (Contrato concluído em estado de perigo)

O contrato pelo qual uma parte assumiu obrigações, com exigências iníquas, pela necessidade, conhecida da outra parte, de salvar a si ou outrem do perigo atual de um dano grave à pessoa, pode ser rescindido a pedido da parte que se obrigou.

O juiz, ao pronunciar a rescisão, pode, de acordo com as circunstâncias, atribuir uma equitativa compensação à outra parte pelo trabalho prestado<sup>50</sup>.

O legislador italiano em busca da harmonia contratual, trouxe duas alternativas aos contratantes: 1. a rescisão contratual por parte do declarante; 2. o restabelecimento do equilíbrio contratual sem seu desfazimento, conforme a situação concreta.

Silvio Rodrigues<sup>51</sup> faz uma análise para a hipótese de negócio celebrado em estado de perigo no qual o contratante beneficiado não haja provocado, e analisa as seguintes situações:

Embora o consentimento do seu declarante se encontre viciado, é justo que se os contraentes estavam de boa-fé e se o declaratário não teve culpa na produção do evento seja recompensado pelo serviço prestado,

---

<sup>49</sup> OLIVEIRA, J.M. Leoni Lopes. *Teoria Geral do Direito Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000. v. 2, p. 848-849.

<sup>50</sup> *Código Civil Italiano*. Trad. Souza Diniz. Biblioteca de Legislação Estrangeira. Rio de Janeiro: Record, 1961.

<sup>51</sup> RODRIGUES, Silvio, op. cit., p. 219-223.

pois ao executar o serviço contava com o cumprimento da obrigação assumida pela outra parte.

Porém, se o contratante beneficiado aproveitando-se da situação de pressão vivida pela outra parte extorquiu vantagem excessiva, o negócio pode ser anulado, por contrariar o respeito à boa-fé, causando a invalidade do negócio.

Ainda, nesta segunda hipótese, para Silvio Rodrigues, o resultado obtido é injusto, pois libera o declarante da obrigação assumida ao deixar de pagar por um serviço que lhe foi executado, e o ideal seria a fixação pelo magistrado, do quantum devido, solução que se coaduna com a segunda alternativa prevista pelo legislador italiano.

Manuel A. Domingues de Andrade conceitua os negócios jurídicos realizados em estado de perigo, sob a denominação de estado de necessidade com todos os contornos do estado de perigo, e restringe sua aplicabilidade, ao exigir que o perigo refira-se ao próprio declarante:

“Estado de necessidade é uma situação de forte temor ou receio ocasionada por um perigo grave de origem natural ou proveniente de um fato humano, designadamente quando o perigo respeite à própria vida do declarante. Negócios realizados em estado de necessidade (negócios necessitados) são aqueles em que o respectivo contratante formou a sua vontade em consequência deste temor ou receio<sup>52</sup>”.

O estado de perigo pode ter origem num fato natural ou humano<sup>53</sup>, a seguir explicitado:

*Estado de necessidade provocado pôr fato natural*, e cita o exemplo de uma pessoa cuja vida encontra-se ameaçada diante de um incêndio ou de um naufrágio e promete uma quantia ou certa coisa para livrar-se do perigo, situação em que poder-se-ia falar em *metas a causa necessária*.

*Estado do de necessidade provocado pôr fato humano*, cujos exemplos são; o caso de um indivíduo que tem sua casa assaltada pôr ladrões ou pôr inimigos e promete determinado valor a terceiro; do indivíduo que é lançado numa piscina e promete uma recompensa a alguém que se propõe a salvá-lo<sup>54</sup>.

O estado de perigo em confronto com a coação, quando provocado por fato natural, não oferece grandes dificuldades. Contudo,

---

<sup>52</sup> ANDRADE, Manuel A. Domingues de. *Teoria geral da relação jurídica*. Fato jurídico em especial negócio jurídico. Coimbra: Almedina, 1998. v. II, p. 278.

<sup>53</sup> OLIVEIRA, J.M. Leoní Lopes, op. cit., p. 849; ANDRADE, Manuel A. Domingues de. *Teoria geral da relação jurídica*. Fato jurídico em especial negócio jurídico. Coimbra: Almedina, 1998. v.2, p. 278.

<sup>54</sup> ANDRADE, Manuel A. Domingues de, op. cit., p. 278.

quando ocasionado por uma ação humana, se assemelha à coação, fazendo-se necessária a distinção entre ambos os vícios.

Ocorre que no estado de perigo, o favorecido não realizou o processo de intimidação, tão-somente aproveitou-se da situação para auferir benefício por meio de um dolo de aproveitamento<sup>55</sup>. Assim, no estado de perigo ausente é a intenção de coagir<sup>56</sup>.

## 6 LESÃO

A lesão foi um instituto conhecido do direito romano no texto da Lei Segunda, do ano de 285, período de Diocleciano e Maximiliano. Wilson de Andrade Brandão<sup>57</sup> informa que a lesão, como figura jurídica com suas características individualizantes não se encontra em direito anterior ao romano, época em que admitia-se a rescisão da venda pela lesão de mais da metade do preço: *ultra dimidium*<sup>58</sup>. Contudo antiga é a figura da lesão e a repulsa à usura, presente em princípios filosóficos e bíblicos<sup>59</sup>.

Planiol e Ripert conceituam a lesão como “Prejuízo material que resulta para uma das partes da falta de equivalência entre as prestações impostas pelo contrato<sup>60</sup>”.

Demontès a conceitua como “o prejuízo que um contratante experimenta quando, em contrato comutativo, não recebe da outra parte, valor igual ao da prestação que forneceu<sup>61</sup>”.

Caio Mário da Silva Pereira traz o conceito de De Page “o prejuízo que uma pessoa sofre na conclusão de um ato negocial, resultante da desproporção existente entre as prestações das duas partes<sup>62</sup>”.

Nas ordenações Afonsinas, a lesão era aplicada a todos os contratos. Nas Manuelinas e Filipinas, institui-se a distinção entre lesão

---

<sup>55</sup> O dolo de aproveitamento comparece também, como elemento subjetivo da figura lesão.

<sup>56</sup> OLIVEIRA, J.M. Leoni Lopes, op. cit., p. 849-850.

<sup>57</sup> BRANDÃO, Wilson de Andrade. *Lesão e contrato no direito brasileiro*. São Paulo: Freitas Bastos, 1964. p. 12.

<sup>58</sup> ENCICLOPÉDIA Saraiva do Direito. São Paulo: Saraiva, 1977. v. 49, p. 214.

<sup>59</sup> BRANDÃO, Wilson de Andrade, op. cit., pp. 12-13.

<sup>60</sup> PLANIOL; RIPERT apud ENCICLOPÉDIA Saraiva do Direito. São Paulo: Saraiva, 1977. v. 49, p. 216.

<sup>61</sup> DEMONTÈS apud RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil*. Parte geral. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 1, p. 223.

<sup>62</sup> DE PAGE apud PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Lesão nos contratos*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994. p. 200.

enorme e enormíssima, na medida em que afetasse em mais da metade ou em mais de dois terços o valor da coisa (Liv. IV, Tít. 13)<sup>63</sup>.

Nosso direito pré-codificado concebeu a figura da lesão com duas figuras: a *lesão enorme*, que estaria ligada ao defeito objetivo do contrato, que assentava-se na injustiça do contrato em si, representado pela desproporção entre as prestações e a *lesão enormíssima*; ao defeito subjetivo do contrato, caracterizado pelo dolo de aproveitamento.

A lesão foi abolida da nossa legislação com Código Civil de 1916, após um período de decadência do instituto desencadeado pela Revolução Francesa que trouxe um período de exaltação da autonomia privada.

Época de prevalência da concepção individualista do direito e da economia que entendia como justo aquilo que fora pactuado pelas partes. Cenário de predominância do positivismo, a lesão era entendida como “instituto decadente e antipático às legislações modernas<sup>64</sup>”. O reequilíbrio contratual e a revisão do contrato em face da desproporção entre prestações recíprocas, na ótica do legislador representava um retrocesso e afronta ao princípio fundamental que vigorava até então: *pacta sunt servanda*.

Com o advento da Primeira Guerra Mundial reacenderam as preocupações com o bem estar do ser humano, com a consciência social e o senso de justiça. Essa evolução não passou incólume à nossa legislação. Neste panorama surgiram leis que refletiam a influência do pensamento social como a Lei do Inquilinato e a Lei de Usura.

Passados mais de vinte anos da abolição do instituto da lesão do nosso direito positivo, com o advento do Dec. Lei n. 869 de 18-11-1938, posteriormente substituído pela Lei n. 1.521, de 26-12-1951 ( Lei de Proteção à Economia Popular) o instituto da lesão reaparece no nosso direito, no art. 4º, “b”, que define como crime a usura pecuniária ou real:

*art. 4º - b) obter, ou estipular, em qualquer contrato, abusando da premente necessidade, inexperiência ou leviandade de outra parte, lucro patrimonial que exceda o quinto do valor corrente ou justo da prestação feita ou prometida.*

O instituto eminentemente de caráter penal influenciou diretamente no campo do direito privado na medida em que possibilitou à vítima de um ajuste lesivo duas alternativas: 1. promover o seu desfazimento (art. 145, II, CC de 1916)<sup>65</sup>; 2. pleitear a devolução daquilo

<sup>63</sup> ENCICLOPÉDIA Saraiva do Direito, op.cit., p. 215.

<sup>64</sup> MENDONÇA, Carvalho de; BEVILÁQUA, Clóvis apud THEODORO JÚNIOR, Humberto. Lesão e fraude contra credores no projeto de novo código civil brasileiro. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 89, v. 771, Jan. 2000, p. 11-37.

<sup>65</sup> Art. 166, II do Novo Código Civil.

que ultrapassasse o justo preço (Lei n. 1521, art. 4º, § 3º). Para tanto, necessário a demonstração de dois requisitos: 1. que a contraprestação excedeu o quinto do valor da recebida em troca; 2. que o negócio decorreu de haver a parte contrária abusado de sua premente necessidade, inexperiência ou leviandade<sup>66</sup>.

Tal dispositivo de caráter criminal, tornava naturalmente ilícito o ato assim praticado, possibilitando, a declaração de sua nulidade na órbita civil.

Embora o dispositivo refira-se aos contratos regidos pela apontada lei, por analogia foi estendido aos contratos em geral.

O instituto da lesão restabelece-se no nosso direito, voltado à corrente da lesão subjetiva ou lesão qualificada, a exemplo dos legisladores alemão (Código Civil alemão- art. 138); suíço (Código Federal Suíço das Obrigações- art. 21); soviético (Código Civil soviético- art. 33); polonês (Código Polonês das Obrigações- art. 42) e italiano (Código Civil italiano- arts. 1448 e 1452)<sup>67</sup>. O legislador nacional exigiu para a configuração da lesão o concurso de dois elementos: um *elemento objetivo*, manifestado pela desproporção entre as prestações; e um *elemento subjetivo*, elemento psíquico da lesão, consistente no abuso da premente necessidade, inexperiência ou leviandade da outra parte, denominado dolo de aproveitamento<sup>68</sup>.

Questão discutida entre os doutrinadores antes do advento do Novo Código Civil era se a lesão acarretaria a nulidade ou a anulabilidade do negócio jurídico.

Para Silvio Rodrigues<sup>69</sup>, a lesão tornaria o negócio *nulo*, porque a aplicação no Brasil era feita com base em dispositivo que considera crime o ato praticado.

Caio Mário da Silva Pereira, em sua obra *Instituições de direito civil*<sup>70</sup>, manifesta-se no sentido de que a lesão importa em *anulabilidade*, uma vez que faculta ao lesado a alternativa de desfazimento do ajuste lesivo, implicando em rescisão contratual; ou a complementação do necessário restabelecimento do equilíbrio das prestações, evitando com isso a rescisão do contrato, enquanto que, em sua obra *Lesão nos*

---

<sup>66</sup> Em virtude da natureza eminente penal da lei brasileira, os efeitos civis dela decorrentes surgem de maneira indireta, pois não foram expressamente almejados pelo legislador.

<sup>67</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980. v. I, p. 473.

<sup>68</sup> A figura dolo de aproveitamento refere-se tão-somente ao elemento subjetivo, que integra o fenômeno lesão; não se confunde com dolo. Na lesão não há o induzimento do declaratório ao ajuste lesionário, o declarante apenas se aproveita da situação.

<sup>69</sup> RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil*. Parte geral. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 235.

<sup>70</sup> *Idem*. *Instituições de Direito Civil*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980. v.1, p. 475.

*contratos*<sup>71</sup> prega que a lesão, no regime do Decreto-Lei n. 869/38 como da Lei n. 1521/51 conduzem à *nulidade* absoluta do ato, quando definida como 'crime de usura real' punível com a prisão do lesante, o que nos faz, talvez forçosamente concluir, que o autor tenha acatado o segundo entendimento.

Pois foi nesta segunda linha doutrinária que o legislador do Novo Código Civil tratou a lesão, como vício que torna o negócio jurídico anulável, nos seguintes termos:

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.

O instituto da lesão vem no Novo Código, topograficamente situada entre os defeitos do negócio jurídico, no art. 157, ora transcrito com os respectivos parágrafos:

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.

O Código de Defesa do Consumidor, Lei n. 8.078/90, traz em seu conteúdo dispositivo que demonstra o interesse no equilíbrio entre prestação e contraprestação e define como *nulas de pleno direito* entre outras, cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que *estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade*<sup>72</sup>.

Essa redação trouxe vantagens em relação à Lei n. 1.521/51, por não prever o tarifamento da vantagem desproporcional (*um quinto do valor corrente ou justo da prestação feita ou prometida*) embora restrita aos contratos de fornecimentos de produtos e serviços; impropriedade para a qual se atentou o legislador do Novo Código Civil.

Ensina Caio Mário da Silva Pereira, que a lesão qualificada "ocorre quando o agente, premido pela necessidade, induzido pela

<sup>71</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Lesão nos contratos*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994. p. 201.

<sup>72</sup> Art. 51, inc. IV, Lei n. 8.078/90.

inexperiência ou conduzido pela leviandade, realiza um negócio jurídico que proporciona à outra parte um lucro patrimonial desarrazoado ou exorbitante da normalidade<sup>73</sup>”.

De acordo com a sistemática moderna, nos é possível enumerar os caracteres básicos da estrutura da lesão:

1. o instituto deve ser aplicado com a máxima extensão, de forma a abranger todos os *contratos bilaterais onerosos*, desde que conjugados os elementos: abuso da necessidade ou inexperiência do outro contratante, denominado dolo de aproveitamento e desproporção entre as prestações. Nos contratos aleatórios, em que não se exige a equivalência entre as prestações, não podem ser anulados por lesão<sup>74</sup>.

2. a desproporção entre as prestações deve ser considerada à época do ajuste e não em momento posterior (art. 157, § 1º Novo Código).

3. a redação do art. 4, “b” da Lei 1.521/51 sofreu críticas ao prever o tarifamento da vantagem desproporcional (*lucro patrimonial que exceda o quinto do valor corrente ou justo da prestação feita ou prometida*), assim, com a nova redação, o legislador deixou ampla margem de apreciação ao magistrado para decidir se houve *prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta*<sup>75</sup>, ou seja, se a desproporção foi *considerável*.

Mazeaud et Mazeaud<sup>76</sup> apontam a lesão como um vício excepcional, por situar-se em zona limítrofe aos vícios de consentimento, por diferenciar-se dos demais vícios em sua estrutura, cujo motivo do desfazimento do negócio não reside em descompasso entre vontade real e vontade declarada.

Em oposição há o entendimento de Silvio Rodrigues<sup>77</sup> apontando para a lição de Pothier que argumenta figurar a lesão entre os vícios do consentimento, pela proximidade com os demais vícios da vontade.

Wilson de Andrade Brandão<sup>78</sup> argumenta que a lesão situa-se como um quarto vício de vontade ao lado do erro, dolo e coação, ressalvadas as diferenças: considerando que estes afrontam contra a pureza do consentimento, enquanto que a lesão, considera o elemento

<sup>73</sup> PEREIRA, Calo Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980. v.1, p. 473.

<sup>74</sup> PEREIRA, Calo Mário da Silva. *Lesão nos contratos*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994. p. 174.

<sup>75</sup> Art. 157, *caput* Novo Código Civil.

<sup>76</sup> MAZEAUD et MAZEAUD apud PEREIRA, Calo Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980. v.1, p. 473.

<sup>77</sup> POTHIER apud RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil*. Parte geral. São Paulo: Saraiva, 2002. v. I, p. 184.

<sup>78</sup> BRANDÃO, Wilson de Andrade, op. cit., p. 103-112.

vontade com o intuito de socorrer o interesse material, o patrimônio diminuído.

Tanto em lesão quanto em estado de perigo a necessidade de contratar é imediata, contudo os institutos se diferenciam pois na lesão a contratação ocorre por necessidade do declarante que não seja a de salvar-se ou a pessoa de sua família, quando falar-se-ia de estado de perigo.

Lesão e estado de perigo destacam-se como institutos que visam estabelecer a proporção entre os contratos, buscando equivalência entre a prestação e a contraprestação. Têm como fundamento a equidade e a moralização nos contratos bilaterais, e revela a importância da flexibilização trazida aos contratos pela teoria da imprevisão, acompanhando tendência à mitigação do princípio da obrigatoriedade na convenções contratuais.

## 7 FRAUDE CONTRA CREDITORES

É um vício social que se fundamenta no princípio do direito das obrigações, que teve origem na Lei *Poetelia Papiria*, inspirada em sentimentos humanitários, transferindo-se a execução do corpo do devedor para seu patrimônio<sup>79</sup>.

É o artifício utilizado pelo devedor insolvente para fraudar terceiros, no caso, os credores.

Sílvio Rodrigues ensina que há fraude contra credores “quando o devedor insolvente, ou na iminência de tornar-se tal, pratica atos suscetíveis de diminuir seu patrimônio, reduzindo, desse modo, a garantia que este representa, para resgate de suas dívidas<sup>80</sup>”.

Os casos mais comuns desta prática equivalem a atos de transmissão gratuita de bens ou de remissão de dívidas e o pagamento antecipado de dívidas vincendas.

Caio Mário da Silva Pereira ao definir a fraude, faz um exame sob a ótica de seu elemento objetivo e esclarece que “Na fraude, o que estará presente é o propósito de levar aos credores um prejuízo, em benefício próprio ou alheio, furtando-lhes a garantia geral que devem encontrar no patrimônio do devedor<sup>81</sup>”.

Na lição de Clovis Beviláqua, “Fraude, no sentido em que o termo é empregado pelo Código Civil nesta seção, é todo ato prejudicial

<sup>79</sup> MONTEIRO, Washington de Barros, op.cit., p. 215.

<sup>80</sup> RODRIGUES, Sílvio, op. cit. p. 228.

<sup>81</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva, op.cit., 465.

ao credor (*eventus damini*), por tornar o devedor insolvente ou ter sido praticado em estado de insolvência<sup>82</sup>”.

Note-se que a fraude contra credores somente se caracteriza se o devedor já for insolvente ou tornar-se insolvente em razão do desfalque patrimonial, com seu passivo superando seu ativo, caso contrário, livre é sua disponibilidade sobre seus bens.

Entre proteger interesses dos terceiros adquirentes de boa-fé e credores, o legislador preferiu os interesses dos primeiros. Se adquirentes de boa-fé, preservarão o negócio que não poderá ser anulado. O credor deve provar a má-fé do adquirente, ponto em que reside o elemento subjetivo da fraude: o *consilium fraudis* ou conluio fraudulento, ou seja, a ciência da insolvência do alienante pelo adquirente, não sendo necessário o conluio entre ambos, bastando prova do conhecimento da insolvência.

No entanto, a má-fé do adquirente será presumida quando for notória (títulos protestados, execuções em andamento) ou houver motivo para ser conhecida pelo adquirente (vínculo de amizade, relação de parentesco, preço vil, etc.), conforme dispõe o art. 107<sup>83</sup> Código Civil vigente.

O elemento objetivo da fraude, *eventus damni*, caracteriza-se com o prejuízo sofrido pelo credor, desde que tenha nexos de causalidade entre a disposição dos bens do devedor e sua insolvência.

Nos atos de transmissão onerosa, para a configuração da fraude, necessária a conjugação de ambos os elementos para ajuizamento da ação pauliana ou revocatória - ação de declaração de ineficácia do negócio celebrado em fraude contra credores - contudo, se com fundamento em liberalidade, só exige prova da insolvência do devedor, uma vez que a lei presume a existência do propósito fraudulento.

Legitimados a ajuizar a ação pauliana ou revocatória, são os credores quirografários que já o eram ao tempo dos atos fraudulentos, e por inovação do Novo Código Civil, no art. 158, § 1º, ora transcrito, os credores com garantia real que não seja suficiente para saldar a dívida. O legislador atentou-se para as situações em que a penhora ou a hipoteca não bastem quantitativamente como crédito, buscando-se evitar enriquecimento ilícito e indevido.

Art. 158. Os negócios de transmissão gratuita de bens ou remissão de dívida, se os praticar o devedor já insolvente, ou por eles reduzido à insolvência, ainda quando o ignore, poderão ser anulados pelos credores quirografários, como lesivos dos seus direitos.

---

<sup>82</sup> BEVILAQUA, Clovis, op.cit., p. 287.

<sup>83</sup> Art. 159 do Novo Código Civil.

§ 1º Igual direito assiste aos credores cuja garantia se tornar insuficiente.

§ 2º Só os credores que já o eram ao tempo daqueles atos podem pleitear a anulação deles.

Ainda, note-se que, em virtude de alteração trazida no *caput* do art. 158, haverá fraude nos casos de atos gratuitos ainda que a insolvência seja desconhecida pelo insolvente.

## 8 SIMULAÇÃO E RESERVA MENTAL

Para que tenha validade e produza os efeitos desejados pelas partes contratantes o negócio jurídico deve trazer correspondência entre o querer interno e a vontade declarada. Essa divergência pode ser produto de fatores involuntários, como por exemplo na coação; ou espontâneos, como ocorre na simulação.

Simular vem de *simul*, advérbio, com o sentido de fingir ser, ou de se aparentar o que não é. Quem simula faz por aparentar; quem dissimula, por encobrir<sup>84</sup>.

A simulação caracteriza-se pela intencional divergência entre vontade interna e vontade declarada, é realizada por acordo de todos os contratantes para aparentar um negócio inexistente ou diverso do realmente desejado.

Na lição de Clovis Beviláqua “Simulação é uma declaração enganosa da vontade, visando produzir efeito diverso do ostensivamente indicado<sup>85</sup>”.

Para Nelson Nery Júnior “O negócio jurídico simulado é produto de uma relação jurídica que não tem conteúdo – inexistente – (simulação absoluta) ou que tem conteúdo diverso do que aparenta (simulação relativa)<sup>86</sup>”.

O ponto fundamental caracterizador da simulação é o acordo simulatório, ausente em outros defeitos, como no dolo ou na reserva mental.

A simulação se distingue do dolo, cujas manobras são realizadas por somente uma das partes, se houver ajuste a figura será da simulação. Não se confunde a simulação, cujo ajuste é realizado com o intuito de iludir terceiro; com o dolo bilateral, cujas intenções são as de enganar-se reciprocamente.

---

<sup>84</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti, op. cit., p. 373.

<sup>85</sup> BEVILAQUA, Clovis, op. cit., p.283.

<sup>86</sup> NERY JÚNIOR, Nelson, op. cit., p. 46.

Ainda, reserva mental não se confunde com dolo pois neste a intenção de ludibriar se exterioriza por atos que o definem de forma visível, por meio de atos enganosos, ilusórios. Na reserva mental as intenções são manipuladas no íntimo de seu declarante.

A reserva mental em sentido amplo, pode ser entendida como tudo que se passa no íntimo do declarante.

Em sentido estrito, a reserva mental pode estar ligada à manifestação de vontade emitida com o intuito de o declarante não querer o que manifestou, com o intuito de enganar seu declaratário.

Quanto à reserva mental, cabe a ressalva feita por Pontes de Miranda, quando explicita: “Em verdade, não importa se o reservante não quer o que declarou (conteúdo), ou se não quer executá-lo. Qualquer dessas internas reservas é a reserva mental<sup>87</sup>”.

A reserva mental é o que se passa na mente do declarante, e como reserva mental, propriamente dita, nunca chegará ao conhecimento do mundo exterior, desse modo, é irrelevante ao mundo jurídico e não produz efeitos quanto à validade do negócio jurídico. A ineficácia de reserva mental não se deve por nulidade ou anulabilidade e sim por não estar no mundo jurídico.

O instituto da reserva mental não foi acatado pelo Código Civil de 1916, mas mereceu atenção doutrinária por se aproximar, em certos casos da simulação.

Na reserva mental, como o próprio nome a designa, o que se passa na mente do contratante no momento da celebração do negócio não sai da órbita de sua inteligência, seu co-contratante dela desconhecesse, se conhecesse, tratar-se-ia de simulação. A comparação feita entre ambas, é que na reserva mental há o que poderíamos denominar de ‘simulação unilateral’.

Foi exatamente neste cerne que trabalhou o legislador, no art. 110 do Novo Código Civil, ao dispor:

Art. 110. A manifestação de vontade subsiste ainda que o seu autor haja feito a reserva mental de não querer o que manifestou, salvo se dela o destinatário tinha o conhecimento.

Ou seja, se a vontade interna permanece no íntimo do seu autor, a manifestação de vontade terá validade, exceto se dela tiver conhecimento a outra parte o que conduzirá à nulidade do negócio, como se simulação fosse.

A reserva mental é prevista no Código Civil português, no art. 244:

Art. 244. ( Reserva mental)

---

<sup>87</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti, op.cit., p. 411.

1. Há reserva mental, sempre que é emitida uma declaração contrária à vontade real com o intuito de enganar o declaratório.

2. A reserva não prejudica a validade da declaração, exceto se for conhecida do declaratório; neste caso, a reserva em os efeitos da simulação<sup>88</sup>.

Nos termos do Código Civil português, a reserva mental mostra-se relevante se dela tinha conhecimento o outro declaratório, produzindo os efeitos da simulação.

A reserva mental, também é prevista pelo Código Civil alemão, no Livro I- Parte Geral, na Seção III, que trata dos negócios jurídicos no Título II:

§ 116 (Reserva íntima)

Uma declaração de vontade não é nula pela circunstância de que o declarante, intimamente, reservou-se não querer o declarado. A declaração é nula se ela foi proferida ante um outro e este conhecia sua reserva<sup>89</sup>.

Nelson Nery Júnior<sup>90</sup> em sua obra *Vícios do ato jurídico e reserva mental*, ensina ser ausente, na reserva mental o acordo simulatório, o conluio entre os contratantes no sentido de emitirem declaração divergente com as suas vontades internas, havendo divergência tão-somente por parte daquele que, secretamente, declarou diferentemente do que pretendia em seu íntimo.

Em comparação entre simulação e reserva mental, é possível estabelecer a seguinte distinção: enquanto a simulação compõe-se dos elementos: 1. Intencionalidade da divergência entre a vontade interna e a declarada; 2. Intuito de enganar; 3. Conluio entre os contratantes (acordo simulatório)<sup>91</sup>; a reserva mental carece do último elemento.

Os elementos caracterizadores da simulação podem ser apreciados no dispositivo de lei do Código Civil português, que trata da simulação:

Art. 240. (Simulação)

1. Se, por acordo entre declarante e declaratório, e no intuito de enganar terceiros, houver divergência entre a declaração negocial e a vontade real do declarante, o negócio diz-se simulado.

2. O negócio simulado é nulo<sup>92</sup>.

<sup>88</sup> LIMA, Pires de; VARELA, Antunes. *Código civil anotado*. 4. ed. rev. e atual. Coimbra: Coimbra 198. v. I, p. 231.

<sup>89</sup> *Código Civil Alemão*. Trad. Souza Diniz. Biblioteca de Legislação Estrangeira. Rio de Janeiro: Record, 1960.

<sup>90</sup> NERY JÚNIOR, Nelson., op.cit., p. 47.

<sup>91</sup> Idem, ibidem, p. 46.

<sup>92</sup> LIMA, Pires de; VARELA, Antunes, op.cit., p. 227.

Em consonância com a doutrina brasileira, da análise do artigo transcrito, na lição de Pires de Lima e Antunes Varela<sup>93</sup>, extrai-se três requisitos para a configuração da simulação: 1. divergência entre a vontade real e a vontade declarada; 2. intuito de enganar terceiros; 3. acordo simulatório.

O Código Civil português atribui nulidade ao negócio jurídico simulado.

Na nossa lei civil, a simulação também passará a integrar a categoria dos atos nulos, no capítulo V, que trata da invalidade do negócio jurídico, no art. 167:

Art. 167. É nulo o negócio jurídico simulado, mas subsistirá o que se dissimulou, se válido for na substância e na forma.

Pires de Lima e Antunes Varela afirmam que o legislador, ao consagrar a nulidade do negócio simulado, quis afirmar:

a) que a simulação pode ser invocada por qualquer interessado e ser oficiosamente declarada;

b) que o vício do negócio pode ser argüido a todo o tempo, tanto por meio de ação como por via de exceção [...] <sup>94</sup>”.

A *simulação absoluta* é a situação em que os agentes não pretendem negócio algum, buscam apenas uma aparência, hipótese em que o negócio é inexistente, ou seja, nele não há o intuito de criar, modificar ou extinguir direitos. Por exemplo, a falsa confissão de dívida perante um amigo, com constituição de garantia real, com a intenção de esquivar-se de execução de credores quirografários.

Contudo, a *simulação relativa* desmembra-se em dois negócios: o *simulado*, utilizado para aparentar aquilo que não existe, utilizado para ocultar; e o *dissimulado*, oculto, mas efetivamente desejado. Utilizando-se de um negócio inexistente, realiza-se outro efetivamente ambicionado. Ocorre, por exemplo quando um homem casado simula uma venda a terceiro que posteriormente transmitirá à sua concubina, diante da proibição legal de fazer doações a esta. Ainda, na escrituração de um bem por valor inferior ao real, nulo o valor declarado, subsistirá o valor real, conforme dispõe o art. 167, *caput*, a nova lei, o negócio dissimulado subsistirá se for lícito.

---

<sup>93</sup> Idem, ibidem, p.227.

<sup>94</sup> Idem, ibidem, p.227.

## 9 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os institutos lesão e estado de perigo são derivados da política social que se encontra imbuída no novo Código, com o escopo de regular a autonomia privada que regula os negócios jurídicos. Estes institutos, entre outros, como a cláusula *rebus sic stantibus*, a teoria da imprevisão, com o passar do tempo vêm se concretizando em doutrina e em lei e são trazidas como fórmulas operacionais próprias à sociedades instáveis.

O Novo Código Civil, de forma geral, atentou-se para as situações em que do direito deve comportar-se com maior flexibilidade em busca do equilíbrio social.

O direito positivo, em princípio tinha como meta normatizar o máximo de situações possíveis, cujo intuito foi o de se evitar válvulas de escape, atuando com um sistema fechado. Tendo por consequência a regulamentação de forma rígida, causando o engessando do sistema.

Com o advento do Iluminismo retomaram-se as preocupações com o bem estar social e com o homem, como indivíduo integrante de uma sociedade. Passou-se a questionar se o direito, elaborado pelo homem deve ser soberano e situar-se de forma absoluta ou estar apto a melhorar a qualidade de vida voltando-se à uma política social.

Na metade do século passado, o direito natural reacendeu-se no espírito do jurista, após anos de frieza causados pelo positivismo e pelos excessos cometidos por seus seguidores.

A corrente Jusnaturalista trouxe então a concepção de um direito que atuasse de forma a conjugar os direitos natural, que considera o homem em sua essência íntima; e positivo, que delimita normas de conduta, possibilitando-se organização e desenvolvimento social. Seria a idéia do Direito perfeito, ideal, mas não no sentido utópico, mas um ideal alcançável.

O direito deve ser entendido como uma ciência evolutiva, como o homem. Não é uma ciência estática, ao contrário, acompanha o homem em toda sua trajetória história. O sistema jurídico deve estar atento a mudanças e atuar com um sistema aberto, pois como expressa Eros Roberto Grau<sup>95</sup>, é incompleto, evolui e se modifica.

---

<sup>95</sup> GRAU, Eros Roberto. *O Direito Posto e o Direito Pressuposto*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 145.