

## POR UMA ANÁLISE TAMBÉM ECONÔMICA DA LESÃO DO ART. 157 DO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO

A further economic analysis of lesion as established under article 157 of the Brazilian Civil Code  
Revista de Direito Civil Contemporâneo | vol. 30/2022 | p. 129 - 162 | Jan - Mar / 2022  
DTR\2022\5522

### **Antonio José Maristrello Porto**

Doutor e Mestre em Direito pela University of Illinois: Urbana-Champaign (Estados Unidos da América). Professor do Mestrado em Direito da Regulação e da Graduação da Fundação Getulio Vargas – FGV Direito Rio. Coordenador do Centro de Pesquisa em Direito e Economia (CPDE) da Fundação Getulio Vargas FGV Direito Rio. antonio.maristrello@fgv.br

### **Gustavo Kloh Muller Neves**

Doutor e Mestre em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Membro do Instituto de Advogados do Brasil. Professor de Direito Civil nos Cursos de Graduação e Pós-Graduação da Fundação Getulio Vargas – FGV Direito Rio. gustavo.neves@fgv.br

### **Paulo Fernando de Mello Franco**

Doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense (UFF) com estágio doutoral na Universidade de Vigo (UVIGO). Mestre em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO). Pesquisador do Centro de Pesquisa em Direito e Economia (CPDE) da Fundação Getulio Vargas – FGV Direito Rio. Professor de Direito Civil e Análise Econômica do Direito dos Cursos de Graduação e de Pós-Graduação da Fundação Getulio Vargas – FGV Direito Rio. paulo.mello@fgv.br

### **Área do Direito:** Civil

**Resumo:** Dispõe o art. 157 do CC que “ocorre a lesão quando uma pessoa, sob premente necessidade, ou por inexperiência, se obriga a prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta”. Da leitura do referido artigo, não há menção ao dolo de aproveitamento, isto é, o interesse de uma das partes em se locupletar à custa da outra, o qual costuma ser desprezado pela doutrina e pelas jurisprudências pátrias. O propósito do artigo é problematizar esse desprezo, levando em consideração, por evidente, as vozes doutrinárias que, a despeito da literalidade do art. 157, enxergam o dolo de aproveitamento como pertencente à lesão. A ideia é estudar o instituto da lesão presente no Código Civil, sem adentrar nas especificidades da “lesão” do Código do Consumidor, utilizando exemplos aplicáveis no cenário da pandemia da Covid-19, mas também fora dele. Para tanto, investigaremos como o instituto da lesão contratual é tratado nas legislações do direito comparado, em especial, na Itália, em França, nos EUA, na Áustria, na Alemanha, em Portugal e no UNIDROIT. Em seguida, promoveremos uma interlocução entre Direito e Economia para, com as lentes de uma análise também econômica do direito, revisitar os contornos jurídicos da lesão a partir da perspectiva econômica do holdup contratual. Finalmente, concluiremos, de forma propositiva, oferecendo duas possíveis alternativas para o Brasil, as quais têm em comum a necessidade de que os direitos de propriedade sejam bem definidos pelo ordenamento jurídico brasileiro, o que deverá ocasionar ou a superação do Enunciado 150 do CJF ou uma inflação legislativa para reescrever o art. 157 do CC e acabar com a indefinição que o permeia.

**Palavras-chave:** Lesão – Vícios do negócio jurídico – Análise econômica do direito – Holdup contratual – Dolo de aproveitamento

**Abstract:** Article 157 of the Brazilian Civil Code states that “lesion occurs when a person, under grounds of necessity, or due to inexperience, agrees to perform an overtly disproportional obligation in face of the value of the opposite obligation”. By analyzing such article, it is certain that there is no mention of either an intention to commit fraud by one of the parties or to economically exploit their counterpart (dolo de aproveitamento), an aspect that is usually neglected by legal scholarship and precedents in Brazil. In this sense, the purpose of this paper is to criticize the literal interpretation of such provision, while taking into consideration the legal scholarship views that include such malicious intent as a requirement to the occurrence of lesion. This paper shall focus on the study of “lesion” as defined in the Brazilian Civil Code and shall not analyze “lesion” as established under the Brazilian Consumer Law. The paper shall also bring examples of situations, including some of those which have risen in the context of Covid-19 pandemic. In order to set the proper framework for the analysis, the paper shall investigate the legal framework of lesion in contract law in several jurisdictions,

specially in Italy, France, the US, Austria, Germany and Portugal, as well as UNIDROIT regulations. In sequence, the paper shall promote an analysis of lesion under the lens of law and economics, with an economic perspective on the contract holdup doctrine. Finally, the paper concludes that there are two possible alternatives for the understanding of lesion in Brazilian law. Both alternatives have in common the need for well-defined ownership rights in the Brazilian legal system, while overcoming the interpretation set forth on Statement (Enunciado) 150 of the Brazilian Federal Justice Council or demanding legislative initiative to rewrite article 157 in order to address the issue analyzed herein.

**Keywords:** Lesion – Contract irregularities – Economic analysis of law – Contractual holdup – Fraud intention.

**Para citar este artigo:** Porto, Antonio José Maristrello; Neves, Gustavo Kloh Muller; Franco, Paulo Fernando de Mello. Por uma análise também econômica da lesão do art. 157 do Código Civil Brasileiro. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. vol. 30. ano 9. p. 129-162. São Paulo: Ed. RT, jan./mar. 2022. Disponível em: [inserir link consultado](#). Acesso em: DD.MM.AAAA.

### Sumário:

Introdução - I.O conteúdo jurídico do instituto da lesão - II.O conteúdo também econômico do instituto da lesão - Conclusão - Referências

### Introdução

Palavras como pandemia, Covid-19, coronavírus, quarentena e *lockdown* passaram a ocupar o cotidiano e o imaginário do Planeta em 2020. O mundo mudou com espantosa velocidade e, obviamente, as pessoas e os mercados reagiram a todo o pessimismo que se generalizou. As pessoas acordavam nervosas e dormiam preocupadas com o contágio em massa das populações e com os impactos sociais, políticos e econômicos da disseminação global de um vírus de letalidade expressiva. Tudo isso refletiu sobremaneira no Direito.

Nesse cenário, imagine-se a seguinte situação: um empresário muito honesto do ramo de calçados se viu obrigado a fechar suas lojas em razão de um decreto estadual que determinou o *lockdown*, por tempo indeterminado, de todas as atividades consideradas pelo governador como não essenciais. Sem poder funcionar, sem receita e com receio de não conseguir honrar seus compromissos e pagar os salários de seus funcionários, esse empresário decide vender o único bem do qual é proprietário, a fim de manter seu bom nome: um Porsche Cayenne 2020, avaliado em R\$ 600.000,00. Os filhos desse empresário gostavam muito do automóvel e não concordaram com a decisão de vender o Porsche. Contudo, o empresário explicou que, para ele, nada era mais importante na vida do que a reputação dele e de sua empresa, exercida desde 1960, ano de inauguração de sua primeira loja de calçados. Superada a divergência em família, o veículo foi então anunciado por R\$ 600.000,00, que era o valor de mercado do bem. No entanto, não houve interessados.

Os dias se passam, a pandemia se prolonga no tempo e comprador algum se interessa pelo Porsche 2020. Desesperado e preocupado em manter seu nome limpo na praça, o empresário resolve reduzir gradativamente o valor do anúncio de seu veículo até que apareça alguém disposto a pagar a quantia da qual necessitava. Depois dos sucessivos descontos, interessados aparecem e, finalmente, o Porsche 2020 é vendido pelo valor anunciado de R\$ 200.000,00, valor este que coincide exatamente com o montante das pendências financeiras com seus funcionários. Com o dinheiro da venda, o empresário conseguiu quitar todos os seus débitos e, com isso, manteve incólume a reputação da qual tanto se orgulhava.

Não muito tempo depois, a humanidade descobre a cura do coronavírus e desenvolve uma vacina que consegue vencer a Covid-19. Pós-pandemia, quando tudo se acalma, o empresário, já restabelecido e com suas lojas reabertas, contrata um advogado para pleitear, em face do comprador do Porsche 2020, a anulação da compra e venda eis que desproporcional e motivada, segundo argumentou o vendedor, exclusivamente por sua necessidade. Afinal, alegou o empresário, o abismo entre o valor pago pelo bem (R\$ 200.000,00) e seu valor de mercado (R\$ 600.000,00) indicaria a ocorrência de lesão como vício de consentimento do negócio jurídico celebrado.

Narrado o caso, pergunta-se: a compra e venda voluntária do Porsche 2020 deveria ser anulada pelo

Poder Judiciário? Ou, justamente por ser voluntária, a troca deveria ser mantida em deferência à autonomia privada e à segurança jurídica?

*Uma primeira possível resposta* diria que todo aquele que se obriga a uma prestação manifestamente desproporcional por premente necessidade ou por inexperiência incorre no vício de consentimento da lesão<sup>1</sup>, ainda que a parte que se aproveita da lesão desconheça ou sequer possa conhecer a necessidade ou a inexperiência da parte prejudicada. A consequência da lesão é a anulabilidade do negócio jurídico<sup>2</sup>.

A lesão pressupõe, *ex vi* do art. 157 do Código Civil (LGL\2002\400), um elemento objetivo – que é a desproporção das prestações – e um elemento subjetivo – que é a necessidade ou a inexperiência daquele que se obrigou à prestação desproporcional –, sendo ambos originários e coetâneos à formação do negócio jurídico. Não há, nesse dispositivo, menção expressa à intenção de se locupletar à custa alheia como requisito indispensável à lesão, pelo que o dolo de aproveitamento costuma<sup>3</sup> ser desconsiderado por alguma parcela da doutrina<sup>4</sup> e da jurisprudência<sup>5</sup> pátrias como condição à configuração da lesão negocial, sendo certo que há autores de elevado escol que, apesar do silêncio do art. 157 do CC (LGL\2002\400), reconhecem o dolo de aproveitamento como ínsito à lesão<sup>6</sup>. É, também no sentido de desconsideração do dolo de aproveitamento à lesão, o Enunciado 150 da III Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal que dispõe que “a lesão de que trata o art. 157 do Código Civil (LGL\2002\400) não exige dolo de aproveitamento”.

Entretanto, o presente artigo não se contenta com essa primeira visão tão só jurídica da lesão, pelo que seus autores pretendem dar *uma segunda possível resposta* à questão. À luz de uma análise também econômica do direito, talvez não se justifique, ao menos no Brasil, desprezar o dolo de aproveitamento como premissa à lesão. Isso porque prescindir do dolo de aproveitamento como requisito implícito do art. 157 do CC (LGL\2002\400) implica facilitar a configuração de lesão e isto pode propiciar e até mesmo incentivar comportamentos oportunistas e nos conduzir a uma solução injusta, ineficiente e socialmente indesejável. Um olhar míope que enxergue os aspectos jurídicos da lesão, mas ignore as repercussões econômicas do instituto pode fazer com que o art. 157 do CC (LGL\2002\400) padeça do mesmo mal que visa a combater, que é o risco moral das partes de um negócio jurídico. Aliás, é por esse motivo que, independentemente das circunstâncias imprevisíveis e extraordinárias provocadas pela Covid-19, pensamos que a solução de Direito e Economia para o art. 157 do CC (LGL\2002\400) seria, pré ou pós-pandemia, estritamente a mesma.

A lesão é vício congênito de consentimento, incide no plano da validade, e, como tal, sua presença ou ausência deve ser verificada no *t0*, ou seja, no momento no qual o negócio jurídico é celebrado. Logo, se um Porsche 2020 é vendido em plena pandemia, simplesmente não dá para presumir que houve lesão apenas porque o valor de compra e venda do Porsche era consideravelmente menor do que seu valor de mercado: as circunstâncias imprevisíveis e extraordinárias do coronavírus eram imprevisíveis e extraordinárias tanto para o vendedor (a quem o Código Civil (LGL\2002\400) presumiu ser vítima) quanto para o comprador (a quem a Lei pressupôs ser o ofensor). O comprador certamente precisou fazer algum esforço ou renunciar a algo para poder aproveitar a oportunidade, ou seria isto oportunismo? O dolo de aproveitamento é que, na visão destes autores, indicaria se o fiel da balança apontaria para o dirigismo ou para o absentismo contratual. Porém, sem o dolo de aproveitamento, o art. 157 do CC (LGL\2002\400) infantiliza o vendedor, vilaniza o comprador e se presta a sedimentar a um paternalismo judicial que, na seara contratual, faz pouco ou nenhum sentido.

Esse paternalismo exacerbado nos contratos tem como uma de suas possíveis consequências perversas o chamado efeito cobra<sup>7</sup> ou efeito Peltzman<sup>8</sup> ou qualquer outro nome que se queira dar para o fato de que toda ação provoca uma reação. Neste artigo, o efeito cobra ou o efeito Peltzman podem ser associados ao oportunismo negocial que emerge desse protecionismo que, não raro, o Direito acaba endossando. Mesmo em momentos excepcionais, como é o caso de uma pandemia como a do coronavírus, os indivíduos não podem achar que têm salvo-conduto para, com o aval do Direito, excepcionar a moral e agir de forma oportunista. Em relação à lesão, como superar esse risco de oportunismos? Com uma análise consequencialista do art. 157 do CC (LGL\2002\400)<sup>9</sup>.

O debate acerca dos contornos jurídicos e econômicos do art. 157 do CC (LGL\2002\400), que já sobrelevava importância mesmo antes da pandemia da Covid-19, tornou-se ainda mais relevante. O Direito, naturalmente constante em suas variações, precisa estar sempre atento às consequências também econômicas das regras e princípios jurídicos, sob pena de, ao se distanciar da realidade, se

afastar também da eficiência e da própria justiça. Em um contexto de incertezas, o Direito precisa ser responsivo e o objetivo deste artigo é promover um estudo crítico e interdisciplinar das implicações inclusive econômicas do instituto jurídico da lesão.

Para tanto, no Capítulo I, trataremos do conceito de lesão aqui e alhures, pelo que nos valeremos de outros ordenamentos jurídicos e do direito pátrio para investigar as origens do instituto. Duas advertências têm lugar neste Capítulo: 1) o artigo se concentrará exclusivamente na análise do instituto da lesão do art. 157 do CC (LGL\2002\400), pelo que as conclusões aqui expostas não se aplicam à lesão do Código de Defesa do Consumidor<sup>10</sup>; e 2) o cotejo do direito comparado se dará em âmbito puramente legislativo, de modo que o trabalho não contemplará um estudo verticalizado da jurisprudência dos outros ordenamentos estudados, o que, por causa das minúcias da questão, demandaria um artigo específico. Em seguida, no Capítulo II, serão trazidos alguns casos e será feita uma revisão de literatura de Direito e Economia acerca do chamado *holdup* contratual, ocasião em que serão apresentados os argumentos também econômicos pelos quais o dolo de aproveitamento deve ser encarado, no Brasil, como requisito essencial da lesão que, enquanto vício de consentimento, se dispõe a (se e quando necessário) corrigir assimetrias de informação contratuais. Finalmente, o artigo relacionado à Teoria Geral do Direito Civil e à Teoria Geral dos Contratos, vistas sob a ótica do *Law and Economics*, será concluído no Capítulo III.

## I.O conteúdo jurídico do instituto da lesão

As origens do instituto jurídico da lesão nos remetem ao Direito Romano, que disciplinava a *laesio ultra dimidium*, i.e., a lesão além da metade, vício de natureza objetiva que comprometia os negócios jurídicos cujo valor da prestação era 50% maior (ou menor) do que o da contraprestação<sup>11</sup>, o que a *posteriori* seria chamado de *laesio enormis*<sup>12</sup>. Seguidamente, o direito canônico<sup>13</sup> também pode ser apontado como inspiração da proscricção jurídica da desproporção das prestações, a qual era assemelhada à usura.

Na Itália, a lesão tem assento no art. 1448 do Código Civil italiano<sup>14</sup> que, em linhas gerais, admite a *rescissione* do negócio jurídico quando a desproporção das prestações decorre de uma necessidade (não há menção à inexperiência) da qual a parte que dela se aproveitou a conhecia. Portanto, o art. 1448 do CC italiano não prescinde do dolo de aproveitamento (*e la sproporzione è dipesa dallo stato di bisogno di una parte, del quale l'altra ha approfittato per trarne vantaggio*). Aliás, o CC italiano não só não dispensa o *animus dolandi*, como também cria uma condição de procedibilidade às demandas judiciais nas quais se queira arguir a lesão como vício de consentimento: o Direito italiano replica a fórmula romana dos 50% e não admite a anulação de um contrato por lesão cuja desproporção alegada não exceda a metade do valor do proveito da parte prejudicada (por exemplo, a compra de um parafuso para um conserto de emergência por R\$ 10,00 somente poderia ser anulada se o preço de referência deste parafuso fosse menor do que R\$ 5,00).

Nos EUA, cite-se, por exemplo, o Código Civil de Louisiana que, em seu art. 2589<sup>15</sup>, condiciona a lesão a uma desproporção superior à metade do valor de mercado do bem sobre o qual paira a discussão a respeito de uma eventual excessiva onerosidade originária. Não há qualquer menção ao dolo de aproveitamento ou mesmo à necessidade ou à inexperiência da parte prejudicada com a lesão. O mesmo se diga acerca da Áustria que prevê no § 934 do Código Civil austríaco<sup>16</sup> o desfazimento do negócio jurídico em caso de *Verkürzung über die Hälfte*, ou seja, de ter o adquirente pago o dobro (ou o alienante ter vendido pela metade) do preço de referência. Em França, o Código Civil francês, embora não contenha uma cláusula geral de lesão aplicável a todo e qualquer negócio jurídico, vedou o desequilíbrio entre as prestações no caso da compra e venda de imóveis ao tratar da *rescision de la vente pour cause de lésion*; exprime eu seu art. 1674<sup>17</sup> que a lesão decorre do critério *sept douzièmes*, i.e., a desproporção das prestações tem a ver com um preço de venda (ou de aquisição) inferior a (ou superior a) 7/12 (sete doze avos) do preço de referência. Na Espanha, o art. 1074 do Código Civil espanhol<sup>18</sup> indica que haverá lesão na gênese do negócio jurídico se o valor deste se mostrar aquém (ou além) da quarta parte (25%) do maior valor aceitável para negociações de bens ou produtos similares. O dolo de aproveitamento é, tanto em França quanto na Espanha, prescindível.

Noutro giro, há exemplos (além do italiano que mencionamos anteriormente) de ordenamentos que vinculam o reconhecimento da lesão ao dolo de aproveitamento da parte que dela se beneficia, sem, contudo, indicar parâmetros para que se possa mensurar o que pode ser considerado desproporção. É o caso, por exemplo, da Alemanha que no § 138 do BGB<sup>19</sup> atrela a lesão à órbita da imoralidade.

O Código Civil alemão, visando a controlar o que chamou de transações imorais (*Sittenwidriges Rechtsgeschäft*), dispõe que é possível rediscutir um negócio jurídico cuja celebração de um acordo desproporcional derivou da exploração (donde extraímos o dolo de aproveitamento como requisito) da inexperiência, da falta de julgamento, da fraqueza substancial ou de uma situação difícil alheia. Também é merecedor de nota o Código Civil argentino, de 2014, ao propor a presunção do dolo de aproveitamento<sup>20</sup>, valendo notar a ênfase na conduta daquele que explora a necessidade, a debilidade ou a inexperiência da outra parte contratante. Com a mesma ênfase e presunção, regula a matéria o Código Civil de Quebec<sup>21</sup>.

O mesmo se diga de Portugal, cujo Código Civil (LGL\2002\400) disciplina, no art. 282º, a anulabilidade dos negócios jurídicos usurários, nos quais alguém explora (*i.e.*, com dolo de aproveitamento<sup>22</sup>) a situação de *necessidade, inexperiência, ligeireza, dependência, estado mental ou fraqueza de carácter de outrem*<sup>23</sup> a fim de obter vantagens manifestamente excessivas. É, na mesma linha, o Instituto Internacional para a Unificação do Direito Privado (UNIDROIT) que, em seu art. 3.2.7, regulamenta o que denomina de *gross disparity*, a partir da qual o Direito Privado Internacional autorizaria a flexibilização da força obrigatória dos contratos em razão do locupletamento de uma das partes às custas da falta de capacidade de barganha da outra por, por exemplo (tendo em vista que o art. 3.2.7 fala em *among other factors*), ignorância, inexperiência, imprevidência ou fragilidade econômica.

No Brasil, vimos que o art. 157 do CC (LGL\2002\400) é a atual morada da lesão no Código Civil (LGL\2002\400) vigente<sup>24</sup>, mas nem sempre foi assim. Embora, desde as Ordenações Manuais e Filipinas e a Consolidação das Leis Civis<sup>25</sup>, houvesse disposições legais nesse sentido, o Código Civil de 1916 silenciou o assunto e deixou de cuidar da lesão. Tempos depois, em 1951, a Lei 1.521/51 (LGL\1951\3) preencheu parte da lacuna deixada pelo CC (LGL\2002\400) anterior e passou a tipificar a chamada *usura real ou pecuniária*, por meio da qual é defeso que alguém, *abusando da premente necessidade, inexperiência ou leviandade de outra parte*<sup>26</sup>, aufera lucro patrimonial excedente a 1/5 do valor corrente ou justo da prestação feita ou prometida<sup>27</sup>. A partir dessa Lei 1.521/51 (LGL\1951\3), houve quem defendesse<sup>28</sup> que o enquadramento da lesão como crime contra a economia popular teria significado o seu retorno, pós-CC de 1916 e pré-CC de 2002, ao âmbito do Direito Civil. Anos depois, com a chegada do CC de 2002, a lesão foi reinserida no Código Civil (LGL\2002\400), desta vez, porém, como um *transplante jurídico*<sup>29</sup>, de outros ordenamentos jurídicos, descompromissado ou pouco comprometido com as peculiaridades de cada um dos sistemas nos quais nos inspiramos. Assim se diz por que o Brasil adotou um modelo híbrido de tutela jurídica da lesão ao justapor diferentes modelos comparados, não necessariamente conciliáveis entre si. Ao congregarem o aspecto objetivo (a desproporção das prestações, mas sem sugerir critérios para se defina esta desproporção) com o aspecto subjetivo (a necessidade ou inexperiência da parte lesada, mas não mencionando, ao menos *ipsis litteris*, a incursão no elemento subjetivo da parte que, em tese, se aproveita da lesão), o art. 157 do Código Civil de 2002 criou um verdadeiro *Frankenstein* jurídico.

O Brasil reproduziu o requisito objetivo da desproporção das prestações, como faziam o Direito Romano, a Áustria e a França, por exemplo, mas nada disse para definir ou ao menos sugerir o que é ou pode vir a ser esta desproporção (como, propositalmente insistimos, fazia o Direito Romano e como fazem os EUA, a Áustria e a França). O ordenamento jurídico brasileiro replicou o requisito subjetivo da necessidade ou inexperiência da parte prejudicada com a lesão, como fazem Itália, Alemanha, Portugal e UNIDROIT, por exemplo, mas silenciou a aferição do dolo de aproveitamento da contraparte que se beneficia com a lesão (como, vale insistir, fazem Itália, Alemanha, Portugal e UNIDROIT). Valeu-se o Brasil, em outras palavras, de uma técnica de aglutinação normativa para reunir, em um só ordenamento, fragmentos de outros ordenamentos jurídicos que, sem a devida adaptação, podem não funcionar ou, pior, funcionar mal.

### **1.1. Lesão versus estado de perigo: parecidas, porém diferentes**

Estudada a lesão como vício do negócio jurídico, parece pertinente contrapô-la ao estado de perigo tendo em vista que, a despeito das semelhanças, não se confundem. Ambos, tanto a lesão quanto o estado de perigo, se enquadram na categoria de vício de consentimento e têm como consequência a anulação do negócio jurídico que padeça destes males. A lesão e o estado de perigo têm em comum os requisitos da premente necessidade (ou inexperiência) e da onerosidade excessiva (ou manifesta desproporção), mas só o estado de perigo pressupõe que a parte em favor de quem ele aproveita conheça o grave dano que deu origem ao negócio jurídico celebrado (dolo de aproveitamento).

Dada a similitude entre a lesão e o estado de perigo, a doutrina costuma apontar, a fim de distingui-los, que a *necessidade* de um não é a mesma *necessidade* do outro, ao passo que a *necessidade* da lesão teria índole predominantemente patrimonial, a *necessidade* do estado de perigo teria cunho preeminentemente extrapatrimonial. Noutro dizer, a lesão se manifestaria quando a desproporção das prestações decorresse de uma necessidade (ou inexperiência) de cariz patrimonial (como, por exemplo, a contratação urgente e a peso de ouro de um chaveiro 24 horas depois de o contratante ter descoberto, em plena madrugada, que fechou a porta, mas esqueceu suas chaves dentro de casa; ou a convocação igualmente urgente de um bombeiro hidráulico durante um feriado para conter um vazamento ocasionado pelo proprietário que resolveu aproveitar seu período de descanso para pregar quadros na parede, ocasião em que acidentalmente atingiu um dos canos de seu apartamento). O estado de perigo, por sua vez, teria a ver com uma excessiva e desproporcional onerosidade em razão de uma necessidade de caráter extrapatrimonial (como, por exemplo, a exigência de cheque-caução<sup>30</sup> de elevado valor para internação emergencial em um hospital da rede privada ou a compra de um remédio para dor de estômago pelo quántuplo do preço de referência do mesmo medicamento em razão de o vendedor ter aumentado o preço ao ser comunicado, pelo próprio comprador, de que suas dores eram insuportáveis e que aquela era a única farmácia aberta na região).

Entende-se, com isso, que a jurisprudência cria um paradoxo no Código Civil (LGL\2002\400) ao desprezar o dolo de aproveitamento como requisito da lesão. Esse paradoxo fica evidente quando se contrapõem a *necessidade* da lesão e a *necessidade* do estado de perigo. Se a *necessidade* do estado de perigo tem a ver com uma necessidade extrapatrimonial e a *necessidade* da lesão tem a ver com uma necessidade patrimonial, o que parece ser mais grave (e socialmente indesejado): uma desproporção das prestações que se dá em consequência da usurpação de uma *necessidade* patrimonial ou de uma *necessidade* extrapatrimonial? O que parece ser mais odioso: uma onerosidade excessiva por lesão ou por estado de perigo? Parece, tendo em vista a gravidade dos direitos violados em situações típicas de estado de perigo, que se trata de instituto voltado para pessoa natural, que o estado de perigo provocaria (ou deveria provocar) uma tutela maior (ou ao menos igual) do Direito em comparação com a lesão. Ora, se é assim (e assim o é), faz pouco ou nenhum sentido que o Direito facilite o desfazimento de um negócio jurídico que padeça de lesão (tornando dispensável a presença do dolo de aproveitamento), mas dificulte a anulação de um negócio jurídico inquinado de estado de perigo (exigindo que, para tanto, a parte que dele se aproveita soubesse ou tivesse condição de saber da necessidade de quem se prejudicou). Exigir mais requisitos para anular um negócio jurídico celebrado em estado de perigo (extrapatrimonial) do que em lesão (patrimonial) é, com o devido respeito, absolutamente irracional.

## II.O conteúdo também econômico do instituto da lesão

Imagine-se o seguinte caso que se passa em um tempo pré-coronavírus, quando uma pandemia não passava de mera teoria da conspiração: o proprietário de uma casa decide vendê-la ao descobrir que sua esposa está com uma doença terminal e que, em razão da urgência, o tratamento demandaria um considerável dispêndio de dinheiro (no montante de R\$ 150.000,00). A casa é anunciada por R\$ 1.500.000,00, que é o valor de mercado do bem. Os dias se passam, comprador algum se interessa em comprar a casa, sua esposa piora e, desesperado, o marido resolve reduzir o valor do anúncio para R\$ 150.000,00, o que coincide com o custo do tratamento de sua mulher. Com o desconto, interessados aparecem e, finalmente, a casa é vendida. A esposa do proprietário inicia o tratamento, se cura da doença terminal que a acometia e, quando tudo se acalma, o vendedor contrata um advogado, se insurge contra o comprador e pleiteia a anulação da compra e venda em decorrência tanto da necessidade que o impulsionou a tomar a decisão de se desfazer de seu imóvel quanto a desproporção das prestações. Afinal, alegariam os vendedores, o abismo entre o valor pago pelo bem (R\$ 150.000,00) e seu valor de mercado (R\$ 1.500.000,00) indicaria a ocorrência de lesão como vício de consentimento do negócio jurídico.

Pergunta-se: o negócio jurídico deveria ser anulado? Provavelmente, uma resposta mais rápida caminhará no mesmo sentido da doutrina e da jurisprudência predominantes: a compra e venda deveria ser anulada, a casa deveria ser devolvida ao antigo proprietário e o valor pago pelo comprador deveria ser devolvido, com juros e correção monetária. O aparente hiato entre a prestação e a contraprestação tenderia a ser determinante. Isso, contudo, poderia não ser justo, tampouco eficiente, o que exigiria que pensássemos em uma resposta não tão rápida quanto essa.

Temos festejado com tanto entusiasmo a constitucionalização do Direito, especialmente a filtragem

constitucional do Direito Privado, que em tempos de *virada kantiana* e de (re)aproximação do Direito com a Moral, nos apaixonamos pelo(s) neoconstitucionalismo(s) e pelo pós-positivismo que, entre nós, têm expressiva acolhida. Esquecemo-nos, porém, de convidar a Economia para essa festa e, com esse esquecimento, talvez a *virada* tenha sido brusca demais<sup>31</sup>. Assim dizemos por que, na prática, se pensarmos na repercussão econômica dos contratos, a anulação desse negócio jurídico equivaleria a legitimar um empréstimo com juros baixíssimos, uma hipoteca disfarçada de compra e venda, que só beneficiaria uma das partes: o vendedor. A decisão judicial anulatória serviria para, nesse caso, além de comprometer a *confiança ótima* dos contratos, criar uma assimetria de informação em favor dos vendedores que, por *risco moral*, tenderiam a se comportar de modo oportunista ao saber da possibilidade de anular o referido contrato e do provável acolhimento da Jurisprudência. Por que o vendedor não procurou um advogado para exigir que o plano de saúde custeasse o tratamento? Por que o vendedor não procurou uma instituição financeira para tomar um empréstimo com os prazos e os juros do mercado? Por que o vendedor não inseriu uma cláusula de retrovenda no contrato? As escolhas do vendedor – no *t0* – se deram em razão de qualquer ação ou inação do comprador?

Quando as partes são capazes, o objeto é lícito, possível e determinado ou determinável, e o contrato segue a forma prescrita em Lei ou não segue alguma forma proscribida, o contrato deve ser considerado válido<sup>32</sup>. A função social do contrato é elemento que atenua a autonomia privada, mas jamais a elimina<sup>33</sup>. Concordam os autores que, *entre o fraco e o forte, a liberdade oprime*<sup>34</sup>, mas não parece ser esse o caso. Aqui, quem pode oprimir é o dirigismo contratual – que é ou deveria ser exceção da exceção – que, ao desconsiderar o dolo de aproveitamento, subverte a lógica do Direito Civil: quando presumimos que a desproporção das prestações e a necessidade ou inexperiência de *per si* atraem a configuração da lesão, o que ao fim e ao cabo fazemos é presumirmos a má-fé de um dos contratantes, o que não se coaduna com a ideia que orienta nosso ordenamento jurídico de que *bona fides semper praesumitur nisi mala adesse probetur*. A presunção de má-fé que se depreende do art. 157 do CC (LGL\2002\400) é míope e sugere ao julgador um olhar condescendente (e impertinente) à parte em favor de quem se presume a usurpação pela inexperiência ou necessidade: quem pagou mais pelo deveria custar menos (ou quem vendeu por menos algo que deveria cobrar mais) automaticamente é visto como vulnerável, o que funciona quase que como um convite para que o Poder Judiciário encare um processo (*inter partes*) como lócus de concretização (pela via oblíqua) de justiça social. Essa parcialidade, no entanto, não é eficiente (ou sequer justa). Cria a falha de mercado, aplicável aos contratos, da assimetria de informação (por *moral hazard*) e, a depender do caso concreto, pode estimular a má-fé dos contratantes: se os vendedores e os compradores sabem que, ao vender por menos algo que costuma custar mais (ou pagar mais por algo que usualmente custa menos), o Direito os enxergará como necessitados ou inexperientes, estes compradores tenderão a adotar uma postura displicente ou oportunista em relação à(s) sua(s) contraparte(s). Pagarão caro ou venderão barato nesses casos por saberem que, resolvida a questão que os motiva a vender ou a comprar por preços dissonantes ao costumeiramente praticados, poderão requerer (ainda que de modo injusto, ineficiente e oportunista) o restabelecimento de um *status quo ante* dolosamente alterado em desfavor de um terceiro de boa-fé. A simetria de informação (que, para o Direito, corresponde ao dever de cooperação inerente à boa-fé objetiva) se quebra quando temos um comprador desejoso e um vendedor que finge ser desejoso (e vice-versa). O *willingness to pay* e o *willingness to sell* ficam distorcidos em um cenário de assimetria de informação.

Um comprador oportunista pode aceitar pagar um valor muito mais alto do que estaria disposto a pagar por saber que conseguiria anular o negócio jurídico ou reduzir o proveito econômico do vendedor desejoso, sendo, *a posteriori*, reembolsado do excesso (e, mais uma vez, vice-versa). O mesmo acontece com um vendedor oportunista que pode baixar drasticamente seu preço para chamar atenção do mercado e, com isso, conseguir, com maior rapidez, a quantia de que necessita (a exemplo do que ocorreu no caso da compra e venda da casa de R\$ 1.500.000,00 por R\$ 150.000,00).

O Direito, se acatasse o requisito dolo de aproveitamento – que pode advir sem o custo da mudança legislativa – como indispensável à lesão, teria como resultado a redução dos custos para *lubrificar* ou calibrar as relações *inter privados* a fim de reduzir os custos de transação<sup>35</sup> envolvidos, os quais, quando nulos ou suficientemente baixos, propiciarão, à luz do Teorema de Coase, um acordo privado eficiente em virtude da barganha. Inexistindo quaisquer vícios de consentimento, faz pouco ou nenhum sentido transferir para o outro contratante a necessidade ou a inexperiência de uma das

partes: a interferência jurídica em situações de custos de transação baixos ou nulos é absolutamente impertinente e desnecessária. Tal somente poderia acontecer se e somente se uma das partes do contrato, de má-fé, se locupletasse da necessidade ou inexperiência da(s) outra(s). No caso gerador proposto no início deste Capítulo, o comprador da casa desconhecia (e sequer poderia conhecer) a condição fragilizada da saúde da esposa do vendedor, sendo inimputável a ele a terceirização dos custos e das agruras privadas de alguém que (voluntariamente, vale insistir) decide abrir mão de um bem por um valor inferior ao que ele realmente vale no mercado<sup>36</sup>.

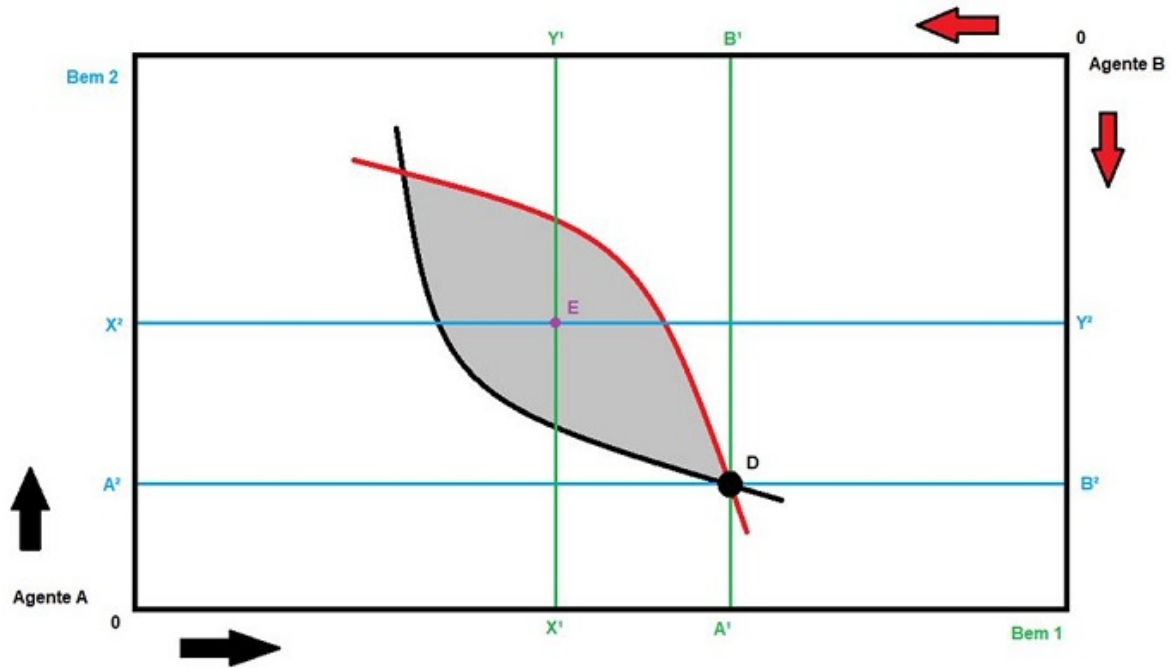
O que se quer dizer, em termos econômicos, é que intuitivamente há uma razão pela qual o vendedor aceitou alienar seu imóvel por 1/10 de seu valor de mercado: o custo de oportunidade<sup>37</sup> dessa escolha. Vale questionar: no momento da tomada de decisão, o que o vendedor mais valorizava e tinha condição de pagamento? Sua casa ou a saúde de sua esposa? Se a casa valia R\$ 1.500.000,00 e o vendedor aceitou R\$ 150.000,00 para se desfazer de seu bem é porque certamente valorizava mais a saúde de sua esposa do que sua casa. R\$ 150.000,00 (*i.e.*, o valor exato que o vendedor precisava para cuidar de sua mulher) foi sim o valor da venda, mas a utilidade esperada pelo vendedor com essa venda era muito maior do que R\$ 1.500.000,00, pelo que, naquela ocasião, a vida da esposa valia muito mais do que o valor de mercado da casa vendida. Se o alienante valorizasse sua casa (e tivesse condição de pagamento) mais do que valorizava a saúde de sua esposa, teria preferido manter sua propriedade (avaliada em R\$ 1.500.000,00, mas sem compradores interessados em adquiri-la nesse valor) e não arcar com os custos do tratamento (R\$ 150.000,00) de sua amada.

Ainda, sobre o custo de oportunidade, o mesmo se pode dizer em relação ao caso que apresentamos na introdução deste artigo: na compra e venda do Porsche 2020, o vendedor valorizava mais a sua reputação do que seu automóvel, tanto que renunciou ao valor de mercado deste (R\$ 600.000,00, sua 2ª melhor opção) e optou por vender seu veículo por R\$ 200.000,00 e pagar em dia seus funcionários (ou seja, a integridade de sua reputação era equivalente a R\$ 600.000,00 + X, sua 1ª melhor opção). A pandemia da Covid-19 não alteraria o raciocínio aqui exposto porque, como visto, as circunstâncias extraordinárias e imprevisíveis do coronavírus eram extraordinárias e imprevisíveis para todos, isto é, tanto para o vendedor quanto para o comprador do Porsche 2020. A anulação dessas duas compras e vendas não seria justa, tampouco eficiente, porque tão só transferiria ao comprador as mazelas (*in casu*, intransferíveis por não serem conhecidas pelo adquirente ou, em relação à Covid-19, compartilhadas por ambos) do vendedor. A decisão judicial não parece ser, no entender dos autores, o lugar adequado para fazer justiça social, especialmente quando versar sobre uma vontade declarada em um contrato livremente estipulado pelas partes: não foi o comprador que, de má-fé ou se aproveitando da situação de fragilidade emocional do proprietário ou da pandemia do coronavírus, sugeriu (ou impôs silenciosamente) pagar R\$ 150.000,00 pela casa de R\$ 1.500.000,00 ou R\$ 200.000,00 pelo Porsche de R\$ 600.000,00; foi o vendedor que, por desespero (ou má-fé ou oportunismo de efeitos diferidos), ofereceu sua casa ou seu veículo (sem quaisquer vícios de consentimento) por esses valores<sup>38</sup>.

Todo o mais constante, as situações de compra e venda supradescritas se dão em um mercado competitivo porque os vendedores da casa e do carro e os compradores destes bens não têm o poder de alterar os preços de mercado (o que é verdadeiro se e somente se o comprador não sabe ou não tem como saber da doença da esposa do vendedor e se a pandemia da Covid-19 repercutiu economicamente para ambos). Em equilíbrio geral, a interação entre o comprador (Agente A) e o vendedor (Agente B) poderia ser economicamente ilustrada pela chamada *Caixa de Edgeworth*, assim representada:

### Figura 1 – Caixa de Edgeworth





Fonte: VARIAN, Hal. *Microeconomia: Uma abordagem moderna*. 8. ed. Rio de Janeiro: Campus/Elsevier, 2012.

Os lados horizontais da Caixa (superior e inferior) exprimem a quantidade que os agentes têm do bem 1 (dinheiro); os lados verticais da Caixa (superior e inferior) expressam a quantidade que os agentes têm do bem 2 (casa). As setas pretas da ilustração indicam a quantidade que o Agente A (comprador) tem dos bens 1 e 2; as setas vermelhas denotam a quantidade que o Agente B tem dos bens 1 e 2. O ponto D do gráfico indica as dotações iniciais dos Agentes: o Agente A possui inicialmente as quantidades  $A^1$  do bem 1 e  $A^2$  do bem 2; e o agente B tem as quantidades  $B^1$  do bem 1 e  $B^2$  do bem 2. A alocação de A é  $(A^1, A^2)$  e a de B é  $(B^1, B^2)$  e, como as dotações iniciais de A e B são identificadas pelo ponto D, a utilidade inicial dos Agentes é demarcada por curvas de indiferença que passem pelo ponto D: a curva preta é a curva de indiferença de A; e a curva vermelha é a curva de indiferença de B. Todos os pontos nessa curva têm a mesma utilidade que as cestas de consumo  $(A^1, A^2)$  e  $(B^1, B^2)$ , o que significa dizer que é indiferente para A e para B ter quaisquer alocações localizadas nessas curvas. A interseção das curvas de indiferença de A e B (destacada na cor cinza) nos mostra que, como ambos têm interesse em melhorar suas próprias situações, eles irão realizar algum contrato ou negociação. O ponto E é eficiente de Pareto porque nele a maior curva de indiferença de um Agente tangencia a curva de indiferença do outro Agente. Todas as alocações eficientes segundo Pareto podem ser localizadas em uma curva que passa por todos os pontos tangentes de inúmeras curvas de indiferença de A e B, o que se denomina *curva de Pareto* ou *curva de contrato*, pois ela representa todos os pontos nos quais os contratos de troca são finais. Em um cenário no qual compradores e vendedores são *price takers*, a compra e a venda só acontecem porque as preferências de A foram ao encontro das preferências de B. Isso ocorre porque, quando as curvas se interseccionam, há alocações vantajosas para ambas os agentes dentro da área de interseção. Logo, existem incentivos para que trocas voluntárias sejam realizadas. Afinal, se não existissem alocações vantajosas para A e B, não faria sentido algum um agente realizar uma troca que piorasse a sua situação.

No âmbito da boa-fé objetiva, mais importante do que verificar se alguém sabia ou não de alguma coisa é verificar se esse alguém teria ou não condição de saber dessa coisa. O vendedor tinha condição de saber (por *due diligence*) que sua casa valia R\$ 1.500.000,00, assim como o comprador tinha condição de saber (também por dever de diligência) qual era o valor de mercado do imóvel que estava comprando por R\$ 150.000,00. O mesmo ocorreu com o Porsche de R\$ 600.000,00 vendido por R\$ 200.000,00. Logo, vendedor ou comprador não poderiam alegar que não sabiam da desproporção das prestações porque ambos tinham condição de saber dessa diferença. Em outras palavras, por dever (anexo à boa-fé objetiva) de diligência, o custo da precaução de pesquisar (ou verificar ou investigar) o preço do que queriam e comprar e vender era exigível das partes. Contudo,

o mesmo não se pode dizer da doença da esposa do vendedor da casa que permaneceu em *reserva mental*<sup>39</sup> deste. O custo da obtenção dessa informação seria muito alto (o que outrossim impactaria nos custos de transação dessa compra e venda), pelo que não seria exigível que o comprador soubesse de algo que não tinha condição de saber (salvo se o vendedor expusesse *a priori* os motivos pelos quais pretendia vender sua casa). Entender de modo diverso afrontaria o art. 110 do Código Civil (LGL\2002\400), segundo o qual, a menos que o declaratório (o comprador) tivesse conhecimento da vontade do declarante (o vendedor), a reserva mental deste é inoponível àquele.

Parece-nos relevante, ainda, sobre como uma interpretação indevida do instituto da lesão pode comprometer a eficiência das trocas voluntárias, invocar as contribuições de Kristoffel Grechenig em *seminal paper* sobre o tema intitulado *The Economics of the Rule of Laesio Enormis*<sup>40</sup>. Tratando da intersecção entre Direito e Economia da lesão como vício do negócio jurídico, Grechenig nos oferece o exemplo de uma compra e venda de uma obra de arte pelo valor 100 quando o preço de referência desta mesma obra de arte é de 600. A evidente desproporção (entre 100 e 600), provavelmente, atrairia algum remédio judicial (ou a anulação do negócio jurídico ou a redução do proveito econômico). Em um cenário de assimetria de informação como esse 1) o vendedor teria pouco ou nenhum incentivo para investir em buscar informações para saber o verdadeiro valor da obra de arte que desejava vender; e 2) o comprador desejoso, com receio de que o contrato não fosse cumprido em razão dos baixos níveis de *enforcement* do pacto celerado, poderia oferecer 300 pela obra de arte, o que sugeriria ao vendedor que, provavelmente, a pintura valia mais do que o que ele estava cobrando por ela. O resultado disso seria uma produção subótima de informações, o que, aponta Grechenig, é prejudicial para o bem-estar social<sup>41</sup>.

Na perspectiva econômica, uma solução pode ser considerada eficiente se não é possível melhorar a situação de alguém a um custo menor; ou se não é possível melhorar ainda mais a condição desse mesmo alguém com os mesmos custos. Em outras palavras, haverá eficiência se, por exemplo, com um funcionário e dez máquinas, um empresário conseguir produzir 100 automóveis, não sendo possível produzir o mesmo com menos custos; ou mais com os mesmos custos. Assim, pouco ou nada adiantaria (e, portanto, não seria eficiente) que o vendedor da casa se mantivesse com o imóvel que desejou vender se, sem o dinheiro da venda, sua esposa morresse mais rápido do que morreria se tivesse tido acesso ao tratamento (que poderia ser custeado caso a venda fosse concluída). A casa de R\$ 1.500.000,00 foi vendida por R\$ 150.000,00 provavelmente porque, embora um imóvel tenha liquidez, essa liquidez não é imediata, mas a urgência do vendedor em obter o dinheiro da venda era. Seria absolutamente impertinente (e, mais do que isso, injusto e ineficiente) que se permitisse que a venda fosse concluída, que o vendedor salvasse sua esposa, mas que, tempos depois, o contrato fosse anulado para retornar as partes a um *status quo ante* que não retornaria de fato: a casa seria devolvida, o dinheiro pago pela casa seria devolvido, mas nem a esposa do vendedor devolveria o tratamento recebido e, talvez, nem o comprador pudesse comprar uma nova casa. O caso do Porsche 2020, embora tenha a peculiaridade de ter se dado em plena pandemia, experimentaria, a nosso ver, a mesma solução: a extraordinariedade e a imprevisibilidade da Covid-19 eram semelhantes tanto para o comprador quanto para o vendedor, inexistindo *holdup* contratual: este não era refém daquele e vice-versa.

Cooter e Ulen ensinam que quanto maiores os riscos e as incertezas, igualmente, maiores serão os obstáculos às trocas e à cooperação nos acordos privados<sup>42</sup>. Uma interferência jurídica de anulação do contrato traria dois possíveis problemas de ordem econômica: criaria um risco moral nesses vendedores, para que, por assimetria de informação das partes, se comportassem de modo oportunista (o que também poderia acontecer em relação aos demais vendedores de imóveis ou de automóveis que, por externalidade e efeito multiplicador, poderiam se comportar de modo igual em situações semelhantes); e ainda, seria incapaz de reparar o custo de oportunidade dos antigos compradores que, com a anulação dos respectivos contratos, talvez não mais pudessem adquirir um outro imóvel ou um outro Porsche 2020.

### II.1.A análise também econômica do holdup contratual

É evidente que contratos injustos e ineficientes não devem ser cumpridos: estes (ineficientes), em virtude da teoria da quebra eficiente de contrato; aqueles (injustos), porque superada a teoria da barganha, em razão da equidade. Uma teoria também econômica dos contratos de modo algum endossaria que uma parte se locupletasse indevidamente às custas de outra. A Economia dos contratos jamais sugeriria que, mesmo diante de, e.g., dolo, erro, coação, estado de perigo e lesão, se impusesse o cumprimento de um contrato com consentimento viciado. A explicação para isso é

que, segundo uma Análise também Econômica do Direito, o *holdup* contratual justificaria o abrandamento da força obrigatória dos contratos. Portanto, a preocupação do Direito com o instituto da lesão tem a ver com a Economia do *holdup*, como ensina Shavell<sup>43</sup>.

Em linhas gerais, o *holdup* contratual acontece quando uma das partes se torna refém da outra. O Direito e a Economia se preocupam com isso porque quem se vê nessa situação de refém tem seu poder de barganha tolhido, se dispondo a assumir obrigações com ônus maiores do que usualmente estaria disposto a aceitar se não estivesse em *holdup*, ou seja, em *holdup*, as partes tendem a aceitar valores além ou aquém dos preços de referência<sup>44</sup>. Trebilcock, ao enfrentar a questão dos limites da liberdade de contratar<sup>45</sup>, reconheceu que o *holdup* contratual pode criar o que chamou de monopólios situacionais, *i.e.*, aqueles nos quais, diante das circunstâncias, uma das partes pode se tornar, momentaneamente, *price maker*. A interferência do Direito seria nesse caso desejável porque, diante da falha de mercado, ainda que situacional, do monopólio, os custos de transação não seriam suficientemente baixos para propiciar a alocação eficiente de recursos àqueles que mais valorizam e têm capacidade de pagamento.

É nesse ponto que os autores enxergam o dolo de aproveitamento como requisito indispensável à caracterização da lesão contratual no Brasil. A doutrina do *holdup* contratual se estrutura na premissa de que os contratos e as barganhas em geral em que há reféns são jogos de soma zero, ou seja, são acordos nos quais o ganho de um dos jogadores necessariamente implica perda dos demais, o que, em termos contratuais, equivale, nos contratos comutativos, à ruptura do sinalagma. Ocorre que, para que tal se dê, *i.e.*, para que uma das partes do contrato ou do acordo ganhe às custas da perda de outra, é preciso que aquele que se aproveita da lesão tenha pretendido se locupletar desta em desfavor de quem a desproporção das prestações prejudica. Sem isso, a suposta perda da parte prejudicada não pode ser impositiva à outra que, de boa-fé (de índole objetiva), não sabia ou não tinha condição de saber da inexperiência ou da necessidade desta. Desconsiderar o dolo de aproveitamento possivelmente tornaria a relação contratual pouco custosa para um contratante displicente e assaz onerosa para um contratante diligente. E, se a boa-fé objetiva visa a fomentar que os jogos sejam cooperativos, parte desse estímulo à cooperação compreende desestimular comportamentos oportunistas dos contratantes.

Concordam os autores que um monopólio, ainda que situacional, eleva os custos de transação e, de acordo com uma *Análise também Econômica do Direito*, dificulta a barganha. Contudo, há situações nas quais esse “monopólio” não deriva do abuso de poder econômico da parte que (em tese) dele se aproveita, sendo certo que, quando isso acontece, sequer se tem tecnicamente um monopólio. No exemplo da casa de R\$ 1.500.000,00 vendida por R\$ 150.000,00, não há monopólio tampouco monopsonio. Havia outras casas para serem vendidas e outros compradores que poderiam, se quisessem, pagar os mesmos R\$ 150.000,00 ou mais pela casa anunciada. O vendedor não era refém do comprador que desconhecia ou sequer podia conhecer as circunstâncias pelas quais o valor do imóvel estava muito abaixo do preço de referência. O comprador poderia, pelo preço consideravelmente baixo, desconfiar dos documentos do vendedor, da situação fiscal do imóvel ou mesmo da localização da casa (que poderia estar em área de risco ou insegurança), mas jamais deduzir que o valor do imóvel se dava por questões de saúde da esposa do alienante. O vendedor não foi colocado em *holdup* pelo comprador (como se fosse um monopsonio situacional) justamente porque foi o próprio vendedor desejoso que ofertou aquele preço ao comprador igualmente desejoso. O *holdup* somente aconteceria se, sabedor de que a saúde da esposa do vendedor que o motivou a vender sua casa, o comprador seduzisse o vendedor a aceitar um preço menor do que estaria disposto se o pano de fundo da compra e venda fosse outro. O *holdup*, pois, surgiria de um eventual dolo de aproveitamento de uma das partes em detrimento da outra e não simplesmente da inexperiência ou a necessidade e da desproporção das prestações.

Prestigiar a inexperiência e a necessidade e desconsiderar o dolo de aproveitamento, sem que o legislador infraconstitucional tenha estabelecido parâmetros para que se defina o que é ou pode ser a desproporção das prestações característica da lesão, aproxima o Direito muito mais do campo da boa-fé subjetiva do que da boa-fé objetiva, o que não é desejável. Ao passo que a necessidade e a inexperiência têm mais a ver com boa-fé subjetiva, o dolo de aproveitamento é mais palpável à luz da boa-fé objetiva. Isso porque, enquanto a necessidade e a inexperiência dependem de análises consideravelmente subjetivas, o dolo de aproveitamento pode ser aferido a partir do comportamento da parte que aparenta ter *animus dolandi*, de modo que bastaria a comprovação de que o comprador tinha condição de saber (ainda que não soubesse) da doença da esposa do vendedor do exemplo supramencionado para que, a partir disto, se detectasse um oportunismo da parte que se aproveitou

da lesão. Não que a inexperiência e a necessidade não possam ser analisadas pela ótica da boa-fé objetiva, mas o ponto (e o problema) é que, nos moldes do art. 157 do CC (LGL\2002\400), o desequilíbrio entre prestação e contraprestação e a necessidade ou inexperiência de uma das partes têm sido suficientes para que se induza uma presunção (quase absoluta) de má-fé da parte contrária àquela que alega o vício de lesão.

O contra-argumento à adição do dolo de aproveitamento à equação dos requisitos da lesão reside na dificuldade (ou nos custos) que as vítimas possivelmente teriam para provar o oportunismo de quem delas se aproveitou. A crítica tem pertinência, no entanto, o argumento contrário poderia ser superado de duas maneiras: uma mais simples e outra não tão simples assim. A solução mais simples reconhecera o dolo de aproveitamento como requisito lesão mas, nos moldes do que determina a distribuição dinâmica<sup>46</sup> do *onus probandi* do Novo CPC (LGL\2015\1656), atribuiria àquele que se aproveitou da desproporção das prestações e não a quem a alegou, pelo que incumbiria àquele e não a este a prova de não ter agido de má-fé ou com dolo de aproveitamento, o que poderia ser feito, por exemplo, mediante a comprovação de que em momento algum foram mencionadas, tampouco escritas, as circunstâncias nas quais se encontrava a saúde da esposa do vendedor ou, simplesmente, que o preço foi ofertado ao oblato<sup>47</sup> pelo vendedor, sendo este o autor da proposta, a qual aceitou o comprador<sup>48</sup>. A outra possível solução, não tão simples quanto a anterior, demandaria uma inflação legislativa para que o CC (LGL\2002\400) fosse alterado para incluir no *caput* do art. 157 ou em um eventual § 3º a estipulação de um percentual acima ou abaixo do qual se configuraria a lesão nos negócios jurídicos, o qual poderia coincidir com quaisquer dos percentuais que, em direito comparado, costumam ser aplicados (como, por exemplo, os já estudados 50%, 7/12, 25% e 2/3).

Por fim, merece comentários a possibilidade aventada pelo § 2º do art. 157 do CC (LGL\2002\400). Andou bem o CC (LGL\2002\400) ao prever que a anulação do negócio jurídico não será decretada pelo Poder Judiciário *se for oferecido suplemento suficiente, ou se a parte favorecida concordar com a redução do proveito*<sup>49</sup> por razões de conservação do negócio jurídico e de “segurança jurídica” e, principalmente, por preservar a autonomia privada da parte que supostamente se aproveitou da lesão<sup>50</sup>. Todavia, o § 2º do art. 157 do CC (LGL\2002\400) concentra em si mesmo duas contradições. A primeira, mais fácil de ser percebida, é a de que só há como falar em parte “favorecida” se o dolo de aproveitamento for requisito da lesão. Como então não o reconhecer? A segunda, não tão simples de ser detectada, tem a ver com os custos de oportunidade. A aceitação da redução de um eventual proveito não seria necessariamente capaz de promover alocação eficiente de recursos porque, caso o contratante que aceita esta redução não tenha agido de má-fé ou com dolo de aproveitamento, o Direito poderia endossar a má-fé da outra parte e tornar o negócio jurídico muito mais vantajoso para esta do que para aquela. Vale pensar: o comprador do nosso exemplo supra, que pagou R\$ 150.000,00 pela casa de R\$ 1.500.000,00, poderia ter outras intenções com o valor que dispendeu para comprar o imóvel em questão. Poderia, *e.g.*, ter comprado uma outra casa de valor semelhante ou maior ou ter investido no mercado de capitais. Poderia ter viajado ou comprado o automóvel que sempre sonhou. Enfim, escolher investir aqueles R\$ 150.000,00 na casa em discussão possivelmente implicou uma renúncia a alguma outra opção disponível e que, à época, o comprador também tinha condição de pagamento. Suponha-se que esse comprador, que estava juntando dinheiro há bastante tempo para adquirir uma casa própria, tinha pesquisado o mercado imobiliário e encontrado um imóvel no valor de R\$ 750.000,00. A casa de R\$ 750.000,00 havia lhe despertado interesse porque, além de ter gostado bastante dela, o preço era exatamente igual ao valor que tinha conseguido juntar para comprar um apartamento. No entanto, ao encontrar uma casa tão boa e em uma quantia consideravelmente menor (R\$ 500.000,00 mais barata), agarrou essa oportunidade. Ao ter confiado, em legítima expectativa, que o negócio jurídico de R\$ 150.000,00 seria cumprido (porque existente, válido e eficaz), o comprador renunciou a sua segunda melhor opção (que era comprar a casa de R\$ 750.000,00) e uma eventual anulação da compra e venda não pode desconsiderar esse custo de oportunidade. Portanto, caso esse comprador conseguisse provar que 1) havia outra casa disponível (*v.g.*, cópias das conversas com o vendedor da casa mais cara ou um prospecto de proposta de compra e venda); e que 2) tinha condição de pagamento para adquirir quaisquer das duas opções (R\$ 750.000,00 disponíveis no momento da escolha), seu custo de oportunidade deveria ser ressarcido<sup>51</sup>, caso contrário, o *holdup* se inverteria. Em suma, o que queremos dizer é que, com ou sem a Covid-19, a lesão pressupõe o *holdup* e o *holdup* deve pressupor, no Brasil, o dolo de aproveitamento.

## Conclusão

Em um cenário de igualdade formal, não há motivos para que o Direito interfira na liberdade de contratar que caracteriza a livre-iniciativa. Todavia, é dever do Estado que, por uma questão de igualdade material, o dirigismo contratual possa reconduzir, se e quando necessário, os rumos da autonomia privada, da força obrigatória dos contratos e da relatividade das obrigações para o caminho dos princípios da boa-fé, do equilíbrio contratual e da função social dos contratos. Assim, por uma Análise também Econômica do Direito, é socialmente desejável que negócios jurídicos viciados ou abusivos sejam desfeitos, pelo que o Direito e tampouco a Economia jamais concordariam que alguém pudesse executar um acordo privado iníquo ou injusto. No entanto, a situação se mostra notadamente problemática quando a dosagem do remédio jurídico eleito pelo Poder Judiciário aniquila os aspectos econômicos de um negócio jurídico. A intersecção entre Direito e Economia se torna interessante quando consegue fornecer um método adequado para pensarmos, sem excessos, a justiça e a eficiência das regras e dos princípios jurídicos, especialmente em tempos de coronavírus, a fim de encontrarmos o ponto ótimo de confluência entre esses dois mundos.

Ao desconsiderar o dolo de aproveitamento como requisito da lesão, o art. 157 do CC (LGL\2002\400) acaba autorizando e, mais do que isto, estimulando que as partes de uma relação jurídica obrigacional se comportem de modo oportunista e, mais grave, incentiva que algumas decisões judiciais corroborem esse comportamento e façam, mesmo que pela via imprópria e às custas do outro contratante, uma espécie de justiça social. Uma aplicação desmesurada e pseudoprotecionista do art. 157 do CC (LGL\2002\400) tende a gerar, por efeito cobra ou por efeito Peltzman, mais prejuízos do que benefícios. Em tempos de pandemia, o impacto deste efeito se avoluma, e é mais fácil esconder o oportunismo na bruma da convulsão social.

Uma compra e venda, tal qual todo e qualquer negócio jurídico, mesmo os unilaterais e os aleatórios, pressupõe o cumprimento dos deveres anexos da boa-fé. Deveres esses que, em via de mão dupla, obrigam e coordenam todos os contratantes, sem exceção. Assim, ao mesmo tempo que um comprador tem o dever anexo de diligência (de, por exemplo, desconfiar de um preço tão baixo que possa configurar lesão), é também dever do vendedor ter a mesma diligência para pesquisar o valor de mercado do bem que pretende vender e, com base nele, estipular um preço de venda que entenda adequado e que o torne indiferente à alienação de seu patrimônio (ou seja, que o dinheiro obtido com a venda o traga mais utilidade do que se se mantivesse com o que optou por vender).

O raciocínio dos custos de oportunidade não pode ser desprezado pelo Direito. Na visão econômica, ao escolher vender um determinado bem, o proprietário deste bem certamente valoriza mais o dinheiro que pode obter com a venda do que a utilidade que espera ter ao continuar com o bem consigo. O que estamos querendo dizer é que, quando um negócio jurídico não tem vícios de consentimento ou sociais e os custos de transação são baixos, o acordo privado – a barganha – é eficiente para ambos, ou seja, as partes provavelmente estão, posteriormente à celebração do contrato ( $t_0$ ), em uma situação melhor do que a que estariam caso a avença não tivesse saído do papel. O Direito não deve obstar que um empresário pague em dia os salários de seus funcionários ou que um marido consiga salvar sua esposa com o dinheiro da compra e venda de um imóvel. Não podemos nos esquecer também de que, durante a pandemia do coronavírus, as circunstâncias eram imprevisíveis e extraordinárias para todos indistintamente, compradores e vendedores. Portanto, *antes* ou *durante* ou *depois* da pandemia da Covid-19, o Direito não deve interferir em questões nas quais inexitem falhas de mercado ou entraves à barganha, sendo certo que, nestes casos, a intervenção judicial compromete a órbita da eficiência (e, certamente, da segurança jurídica).

Por outro lado, com suporte em uma Análise também Econômica do Direito, precisamos entender que só haverá lesão quando houver *holdup* e que só haverá *holdup* quando houver aproveitamento. A questão é estabelecer parâmetros sobre o que é ou pode ser esse aproveitamento. Como vimos, Direito e Economia vão convergir quando o aproveitamento inerente à lesão estiver bem definido pelo ordenamento jurídico. Temos, portanto, três possíveis soluções: *ou* o Direito estipula quando há desproporção das prestações (estabelecendo, *v.g.*, percentuais comparativos com o preço de referência de bens ou serviços semelhantes, como fizeram a Consolidação das Leis Cíveis de Teixeira de Freitas, o Direito romano, o Direito francês e o Direito austríaco); *ou* o Direito impõe que se afira *in concreto* a presença do dolo de aproveitamento (como fizeram o Direito alemão e o Direito português); *ou* o Direito congrega as duas alternativas anteriores (como é o caso do Direito italiano). O que não se admite é que se faça como o Brasil fez: *nem uma coisa nem outra*. O art. 157 do CC (LGL\2002\400) não definiu parâmetros ou sequer indicou um método para que se diga o que é e o

que não é a mencionada desproporção das prestações, tampouco previu o dolo de aproveitamento como requisito da lesão.

Como superar isso? Enxergamos duas saídas: uma mais rápida, mas mais insegura, pelo Poder Judiciário e outra mais demorada, porém, menos arriscada, pelo Poder Legislativo: *ou* a doutrina (sugestão: cancelar o Enunciado 150 da III Jornada de Direito Civil do CJF) e a jurisprudência reconhecem, de uma vez por todas, o dolo de aproveitamento como integrante da equação dos requisitos da lesão contratual; *ou* o art. 157 do CC (LGL\2002\400) é alterado para elencar percentuais ou o dolo de aproveitamento como pressuposto da lesão. Em síntese, *ou* definimos em lei que a desproporção das prestações que justifica a lesão é aquela cujo valor é tantos por cento aquém ou além do valor de mercado do bem ou serviço contratado; *ou* continuamos lacônicos quanto a isto, mas exigimos em contrapartida a aferição do dolo de aproveitamento de *todos* os envolvidos. Quem será o protagonista de uma Análise também Econômica do Direito da lesão contratual? O Judiciário ou o Legislativo? Não sabemos. O que sabemos é que não dá para deixarmos o estado de coisas do jeito que está. O artigo é, portanto, um trabalho *de lege ferenda*, não *de lege lata*. É isso o que, nestas breves linhas, aos autores parece.

### Referências

- ABREU FILHO, José de. *O negócio jurídico e sua teoria geral*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- ANDORNO, Luis O. La lesion. *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*, São Paulo, n. 18, 1981.
- BALDWIN, Diane M.; WHITESIDE, Francis B. *Introduction to contracts*. Dallas: Prentice Hall, 2000.
- BECKER, Anelise. *Teoria geral da lesão nos contratos*. São Paulo: Saraiva, 2000.
- BETTI, Emilio. Causa del negozio giuridico. In: *Novissimo digesto italiano*. Torino: Utet, 1961. t. III.
- BIANCA, C. Massimo. *Diritto Civile: Il Contrato*. 2. ed. Milano: Giuffrè, 2000. t. III.
- BITTAR FILHO, Carlos Alberto. *Da lesão no direito civil brasileiro atual*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- BLIACHERIENE, Ana Carla; DOI, Lucas Kenji. Estudos econômicos aplicados à lesão do Código Civil (LGL\2002\400). *Civilistica.com*, v. 7, p. 1-21, 2018.
- BORGHI, Hélio. *A lesão no direito civil*. São Paulo: Editora Leud, 1988.
- BRANDÃO, Wilson de Andrade. *Lesão e contrato no direito brasileiro*. 3. ed. Rio de Janeiro: Aide, 1991.
- BRITO, Rodrigo Toscano. Estado de perigo e lesão: entre a previsão de nulidade e a necessidade de equilíbrio nas relações contratuais. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo (Coords.). *Questões controvertidas no novo Código Civil (LGL\2002\400)*. São Paulo: Método, 2005. v. 4.
- CHAZAL, Jean-Pascal. Le contrainte économique: violence ou lésion? *Recueil Le Dalloz*, Paris, n. 43, 2000.
- COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Direito & economia*. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010.
- COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: FGV, 2006.
- EIRÓ, Pedro. *Do negócio usurário*. Coimbra: Almedina, 1990.
- FRIED, Charles. *Contract as promise*. Cambridge: Harvard University Press, 1981.
- GODINHO, Adriano Marteleto. *A lesão no Código Civil (LGL\2002\400) brasileiro*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008.
- GRECHENIG, Kristoffel R. The economics of the rule of laesio enormis (Die laesio enormis als enorme läsion der sozialen wohlfahrt?). *Journal für Rechtspolitik*, n. 1, 2006. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=820187>. Acesso em: 14.07.2019.

HALE, Robert H. Bargaining, duress and economic liberty. *Columbia Law Review*, New York, v. 43, 1943.

HALSON, Roger. Opportunism, economic duress and contractual modifications. *The Law Quarterly Review*, London, v. 107, 1991.

JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. A lesão como vício do negócio jurídico. A lesão entre comerciantes. Formalidades pré-contratuais. Proibição de *venire contra factum proprium* e ratificação de atos anuláveis. Resolução ou revisão por fatos supervenientes. Excessiva onerosidade, base do negócio e impossibilidade da prestação. In: *Estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2004.

LEAL, Fernando. Consequencialismo, racionalidade e decisão jurídica: o que a teoria da decisão e a teoria dos jogos podem oferecer? In: PINHEIRO, Armando Castelar; PORTO, Antônio José Maristrello; SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro (Orgs.). *Direito e economia – Diálogos*. Rio de Janeiro: FGV, 2019. v. 1, p. 85-113.

LEAL, Fernando. Seis objeções ao direito civil constitucional. *Direitos fundamentais e justiça*, v. 9, n. 33, p. 123-165, out.-dez. 2015.

LOPEZ, Teresa Ancona. O estado de perigo como defeito do negócio jurídico. *Revistado Advogado*, São Paulo, v. 22, n. 68, p. 49-60, 2002.

MANKIW, N. Gregory. *Introdução à economia*. Trad. Allan Vidigal Hastings, Elisete Paes e Lima. 3. ed. 5. reimp. São Paulo: Cengage Learning, 2018.

MARTINS, Fernando Rodrigues. *Estado de perigo no Código Civil (LGL\2002\400)*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MARTINS, Marcelo Guerra. *Lesão contratual no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado – Sistema e tópica no Processo obrigacional*. 2. tir. São Paulo: Ed. RT, 2000.

MOSSET ITURRASPE, Jorge. *Interpretación económica de los contratos: Justicia contractual*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 1994.

NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: Novos Paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PELTZMAN, Sam. The effects of automobile safety regulation. *Journal of Political Economy*, v. 83, n. 4, p. 677-726, 1975.

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

PORTO, Antonio José Maristrello; FRANCO, Paulo Fernando de Mello. Uma análise também econômica do direito de propriedade. *Economic Analysis of Law Review*, v. 7, 2016.

PORTO, Antônio José Maristrello; FRANCO, Paulo Fernando de Mello. A teoria da perda de uma chance e a microeconomia. In: *Economic Analysis of Law Review*, v. 9, p. 212, 2018.

RIPERT, Georges. *A regra moral nas obrigações civis*. São Paulo: Saraiva e Cia., 1937.

RODRIGUES JR., Otavio Luiz. *Revisão judicial dos contratos: autonomia da vontade e teoria da imprevisão* 2. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2006.

ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 1988.

SHAVELL, Steven. Contractual holdup and legal intervention. *Journal of Legal Studies*, v. XXXVI, n. 2, p. 344, 2007.

SILVA, Luís Renato Ferreira da. A lesão enorme e o direito brasileiro. In: MEDEIROS, Antonio Paulo Cachapuz de (Org.). *O ensino jurídico no limiar do novo século*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1997.

SMITH, Stephen A. *Contract theory*. Oxford: Oxford University Press, 2004.

TREBILCOCK, Michael J. *The limits of freedom of contract*. Cambridge: Harvard University Press, 1997.

VARIAN, Hal. *Microeconomia – Uma abordagem moderna*. 8. ed. Rio de Janeiro: Campus/Elsevier, 2012.

---

1 .Art. 157 do CC (LGL\2002\400). Ocorre a lesão quando uma pessoa, sob premente necessidade, ou por inexperiência, se obriga a prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta.

2 .Art. 171 do CC (LGL\2002\400). 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.

3 .São raros os julgados nos quais o dolo de aproveitamento é levado em consideração pelos Tribunais, como o REsp n. 1.265.890: “Civil. Acordo extrajudicial. Quitação. Validade. Ação objetivando ampliar indenização. Descabimento. Vício na declaração de vontade. Inexistência. [...] 4. Em sua origem, a ilicitude do negócio usurário era medida apenas com base em proporções matemáticas (requisito objetivo), mas a evolução do instituto fez com que se passasse a levar em consideração, além do desequilíbrio financeiro das prestações, também o abuso do estado de necessidade (requisito subjetivo). Ainda que esse abuso, consubstanciado no dolo de aproveitamento – vantagem que uma parte tira do estado psicológico de inferioridade da outra –, seja presumido diante da diferença exagerada entre as prestações, essa presunção é relativa e cai por terra ante a evidência de que se agiu de boa-fé e sem abuso ou exploração da fragilidade alheia. 5. Ainda que, nos termos do art. 1.027 do CC/16 (LGL\1916\1), a transação deva ser interpretada restritivamente, não há como negar eficácia a um acordo que contenha outorga expressa de quitação, se o negócio foi celebrado sem qualquer vício capaz de macular a manifestação volitiva das partes. Sustentar o contrário implicaria ofensa ao princípio da segurança jurídica, que possui, entre seus elementos de efetividade, o respeito ao ato jurídico perfeito, indispensável à estabilidade das relações negociais. 6. Recurso especial parcialmente provido.” (STJ, REsp 1.265.890/SC, rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª T., j. 01.12.2011, DJe 09.12.2011.)

4 .Com o fundamento de que sua comprovação é difícil. Ver BECKER, Anelise. *Teoria geral da lesão nos contratos*. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 117.

5 .STJ, REsp n. 434.687/RJ, rel. Min. Fernando Gonçalves, 4ª T., j. 16.09.2004, DJ 11.10.2004. “Ementa: Civil. Compra e venda. Lesão. Desproporção entre o preço e o valor do bem. Ilicitude do objeto. 1. A legislação esporádica e extravagante, diversamente do Código Civil de 1916, deu abrigo ao instituto da lesão, de modo a permitir não só a recuperação do pagamento a maior, mas também o rompimento do contrato por via de nulidade pela ilicitude do objeto. Decidindo o Tribunal de origem dentro desta perspectiva, com a declaração de nulidade do negócio jurídico por ilicitude de seu objeto, em face do contexto probatório extraído do laudo pericial, a adoção de posicionamento diverso pelo Superior Tribunal de Justiça encontra obstáculo na súmula 7, bastando, portanto, a afirmativa daquela instância no sentido da desproporção entre o preço avençado e o valor do imóvel. 2. Recurso especial não conhecido [...] Declina o acórdão, com âncoras no laudo pericial, haver sido o imóvel (Jardim Itanhangá, em área de 1500 m<sup>2</sup>, com 761,27 m<sup>2</sup> de construção, em frente ao Itanhangá Golf Clube, na Estrada da Barra da Tijuca) avaliado, à época, por Cz\$ 62.597.928,38 e vendido por Cz\$ 18.500.000,00, fato suficiente a configurar ‘lesão enorme’.”

6 .“Em resumo, de acordo com a sistemática do Código a lesão é objetiva. Diferentemente, no estado de perigo há dois elementos. [...] Em ambos os institutos é necessária a existência do dolo de aproveitamento.” (LOPEZ, Teresa Ancona. O estado de perigo como defeito do negócio jurídico. In: *Revista do Advogado*, v. 22, n. 68, p. 49-60, 2002). Ver ainda: MARTINS, Fernando Rodrigues.



*Estado de perigo no Código Civil (LGL\2002\400)*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008; RODRIGUES JR., Otavio Luiz. *Revisão judicial dos contratos: autonomia da vontade e teoria da imprevisão*. 2. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2006.

7 .O efeito cobra é assim intitulado em referência a uma política pública britânica implantada na Índia, então colônia da Inglaterra, segundo a qual todo aquele que entregasse cobras mortas ao Estado seria recompensado em dinheiro. O índice de mortalidade por picada de cobras na Índia era consideravelmente alto e foi justamente por este motivo que se pensou que premiar os caçadores de cobra estimularia a prática e que, em tese, isto diminuiria o número de mortos por acidentes ofídicos. O tiro, entretanto, saiu pela culatra. Os indianos enxergaram no mercado de cobras mortas uma ótima oportunidade para criar cobras, afinal, quanto mais cobras tivessem, mais cobras poderiam matar e mais dinheiro ganhariam por elas. Toda ação tem uma reação. Ao perceber a reação dos indianos e do aumento de número de cobras, o governo abandonou a política pública de recompensa. Com isso, sem saber o que fazer com tantas cobras que passaram a valer pouco ou quase nada, os criadores de cobras as liberaram de seus cativeiros. Resultado? A emenda foi pior do que o soneto. O número de cobras não diminuiu. Ao contrário, aumentou. V. SIEBERT, Horst: *Der kobra-effekt. Wie man irrwegen der wirtschaftspolitik vermeidet*. München: Deutsche Verlags-Anstalt, 2001.

8 .PELTZMAN, Sam. The effects of automobile safety regulation. *Journal of Political Economy*, v. 83, n. 4, p. 677-726, 1975.

9 .LEAL, Fernando. Consequencialismo, racionalidade e decisão jurídica: o que a teoria da decisão e a teoria dos jogos podem oferecer? In: PINHEIRO, Armando Castelar; PORTO, Antônio José Maristrello; SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro (Orgs.). *Direito e economia – Diálogos*. Rio de Janeiro: FGV, 2019. v. 1, p. 85-113.

10 .Portanto, neste artigo, não se cuida do disposto no art. 51, IV, do CDC (LGL\1990\40), por entenderem seus autores que o mesmo não trata de lesão, mas sim de norma de propósito especificamente “protetivo” que, ao fim e ao cabo, em nada protege. O art. 51, IV, do CDC (LGL\1990\40), exige, para fins de nulidade (e não anulabilidade) ou revisão contratual, a mera desproporção das prestações e, em um cenário de insegurança jurídica como esse, a superproteção do mencionado artigo provavelmente traduziria os riscos do fornecedor ou em um preço maior a ser pago pelo consumidor ou em escassez.

11 .C.4.44.2. “De rescindenda venditione. Impp. Diocletianus et Maximianus AA. Aurelio Lupo. Rem maioris pretii si {{tu vel}} pater tuus minoris pretii distraxit humanum est ut vel pretium te restituente emptoribus fundum venditum recipias auctoritate intercedente iudicis vel si emptor elegerit quod deest iusto pretio recipies. minus autem pretium esse videtur si nec dimidia pars veri pretii soluta sit.”

12 .“A preocupação com o equilíbrio das prestações contratuais esteve presente nas civilizações antigas, como exigência moral. No direito romano, em 286 d.C. (Lei Segunda), a lesão foi referida pela primeira vez como fundamento para a rescisão, assim se mantendo em 294 d.C. (Lei Oitava), sob a designação de *laesio enormis*. Ao que parece, as referências à lesão enorme – entendida esta como a venda de uma coisa imóvel por menos da metade de seu valor – tiveram origem em uma resposta a uma consulta concreta. No entanto, ao serem transcritas no *Corpus Iuris Civilis*, as soluções concretas assumiram a condição de norma geral, advindo daí a difusão que a figura viria a conquistar ao longo dos tempos, chegando até aos nossos dias.” Cf. NEGREIROS, Teresa. *Teoria dos contratos – Novos Paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 169. Ainda neste mesmo tópico, “É a Lei Segunda que contém o preceito relativo à *laesio enormis* vigente a partir do *Corpus Iuris Civilis*. Trata-se da resposta a uma consulta feita por Lupus, cujo pai teria vendido certo bem por preço inferior à metade do justo. Diante da excessiva desproporção, ter-se-ia admitido a rescisão da venda, por amor à equidade, se os vendedores não concordassem em pagar a diferença”. (FREITAS, Augusto Teixeira de. *Consolidação das leis civis*. Brasília: Senado Federal, 2003. p. 145.)

13. “Caracterizada ali uma lesão *ultra dimidium* (além da metade), cujo único requisito era o dado objetivo do desequilíbrio entre as prestações. Os canonistas expandiram a ideia para todos os contratos e nela incluíram o dolo in re ipsa, pela qual o dolo está na própria conduta de quem usa o negócio para causar lesão enorme (1/2 de justo valor) ou lesão enormíssima (2/3 do justo valor).” (AGUIAR JR., Ruy Rosado de. Cláusulas abusivas no Código do Consumidor. In: MARQUES, Claudia Lima (Org.). *A proteção do consumidor no Brasil e no Mercosul*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1994. p. 15.)

14. Art. 1448 do Código Civil italiano. *Azione generale di rescissione per lesione. Se vi è sproporzione tra la prestazione (art. 166) di una parte e quella dell'altra, e la sproporzione è dipesa dallo stato di bisogno di una parte, del quale l'altra ha approfittato per trarne vantaggio, la parte danneggiata può domandare la rescissione del contratto. L'azione non è ammissibile se la lesione non eccede la metà del valore che la prestazione eseguita o promessa dalla parte danneggiata aveva al tempo del contratto. La lesione deve perdurare fino al tempo in cui la domanda è proposta. Non possono essere rescissi per causa di lesione i contratti aleatori (1934, 1970). Sono salve le disposizioni relative alla rescissione della divisione (761 e seguenti)*. Em tradução livre: Ação geral de rescisão por lesão. Se houver desproporção entre a prestação (art. 166) de uma parte e o da outra, e a desproporção depender do estado de necessidade de uma parte, de que a outra se aproveitou para tirar proveito, o lesado pode pedir rescisão do contrato. A ação não é admissível se o prejuízo não ultrapassar a metade do valor que o serviço prestado ou prometido pelo lesado tinha no momento da celebração do contrato. A lesão deve durar até o momento em que a pergunta for proposta. Contratos aleatórios (1934, 1970) não podem ser rescindidos devido a lesões. As disposições relativas ao encerramento da divisão (761 e seguintes) são reservadas.

15. Art. 2589 do Código Civil de Louisiana. The sale of an immovable may be rescinded for lesion when the price is less than one half of the fair market value of the immovable. Lesion can be claimed only by the seller and only in sales of corporeal immovables. It cannot be alleged in a sale made by order of the court. The seller may invoke lesion even if he has renounced the right to claim it. Em tradução livre: A venda de um imóvel pode ser rescindida por lesão quando o preço for inferior à metade do valor justo de mercado do imóvel. A lesão só pode ser reclamada pelo vendedor e apenas nas vendas de bens imóveis. Não pode ser alegada em uma venda feita por ordem do Poder Judiciário. O vendedor pode invocar a lesão mesmo que tenha renunciado ao direito de reivindicá-la.

16. § 934 do Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch (ABGB). § 934. Hat bey zweyseitig verbindlichen Geschäften ein Theil nicht einmahl die Hälfte dessen, was er dem andern gegeben hat, von diesem an dem gemeinen Werthe erhalten, so räumt das Gesetz dem verletzten Theile das Recht ein, die Aufhebung, und die Herstellung in den vorigen Stand zu fordern. Dem andern Theile steht aber bevor, das Geschäft dadurch aufrecht zu erhalten, daß er den Abgang bis zum gemeinen Werthe zu ersetzen bereit ist. Das Mißverhältniß des Werthes wird nach dem Zeitpuncte des geschlossenen Geschäftes bestimmt. Em tradução livre: No caso de negócios bilaterais, se uma parte não tiver recebido metade do que deu à outra no valor comum, a Lei concede ao lesado o direito de cancelar e restaurar o *status quo ante*. A outra parte, porém, tem a oportunidade de manter o negócio se oferecer para repor a diferença até o valor comum. O valor desproporcional é determinado de acordo com o tempo do negócio fechado.

17. Art. 1674 do Código Civil francês. Si le vendeur a été lésé de plus de sept douzièmes dans le prix d'un immeuble, il a le droit de demander la rescision de la vente, quand même il aurait expressément renoncé dans le contrat à la faculté de demander cette rescision, et qu'il aurait déclaré donner la plus-value. Em tradução livre: Se o vendedor foi prejudicado em mais de 7/12 no preço de um imóvel, ele tem o direito de solicitar a rescisão da venda, mesmo que tenha expressamente renunciado no contrato ao direito de solicitar essa rescisão, e que ele teria declarado dar a mais-valia.

18. Artículo 1074 do Código Civil espanhol. Podrán también ser rescindidas las particiones por causa de lesión en más de la cuarta parte, atendido el valor de las cosas cuando fueron adjudicadas. Em

tradução livre: As partilhas também podem ser rescindidas por lesão em mais de um quarto, considerando o valor das coisas no momento da adjudicação.

19. § 138 do Bürgerliches Gesetzbuch (BGB). Sittenwidriges Rechtsgeschäft; Wucher. (1) Ein Rechtsgeschäft, das gegen die guten Sitten verstößt, ist nichtig. (2) Nichtig ist insbesondere ein Rechtsgeschäft, durch das jemand unter Ausbeutung der Zwangslage, der Unerfahrenheit, des Mangels an Urteilsvermögen oder der erheblichen Willensschwäche eines anderen sich oder einem Dritten für eine Leistung Vermögensvorteile versprechen oder gewähren lässt, die in einem auffälligen Missverhältnis zu der Leistung stehen. Em tradução livre: Transação legal imoral; Usura. (1) Um negócio jurídico que ofende a moralidade é nulo. (2) É nulo um negócio jurídico através do qual alguém, explorando a situação de inexperiência, falta de julgamento ou a considerável fraqueza de vontade de outrem, promete a si mesmo ou a terceiros vantagens pecuniárias por um serviço, o que se dá em uma desproporção ao valor da prestação.

20. Sección 1ª – Lesión Artículo 332. Lesión Puede demandarse la nulidad o la modificación de los actos jurídicos cuando una de las partes explotando la necesidad, debilidad síquica o inexperiencia de la otra, obtuviera por medio de ellos una ventaja patrimonial evidentemente desproporcionada y sin justificación. Se presume, excepto prueba en contrario, que existe tal explotación en caso de notable desproporción de las prestaciones. Los cálculos deben hacerse según valores al tiempo del acto y la desproporción debe subsistir en el momento de la demanda. El afectado tiene opción para demandar la nulidad o un reajuste equitativo del convenio, pero la primera de estas acciones se debe transformar en acción de reajuste si éste es ofrecido por el demandado al contestar la demanda. Sólo el lesionado o sus herederos pueden ejercer la acción. Em tradução livre: Lesão. A nulidade ou modificação de atos jurídicos pode ser demandada quando uma das partes, explorando a necessidade, fraqueza psíquica ou inexperiência da outra, obtém por meio delas vantagem financeira evidentemente desproporcional e sem justificativa. Presume-se, salvo prova em contrário, que tal exploração existe em caso de notável desproporção de benefícios. Os cálculos devem ser feitos de acordo com os valores à época do ato e a desproporção deve subsistir no momento da reclamação. O afetado tem a opção de exigir a nulidade ou o reajuste equitativo do contrato, mas a primeira dessas ações deve ser transformada em ação de reajustamento se for proposta pelo réu na contestação da demanda. Apenas a parte lesada ou seus herdeiros podem intentar a ação.

21. Art. 1406. La lésion résulte de l'exploitation de l'une des parties par l'autre, qui entraîne une disproportion importante entre les prestations des parties; le fait même qu'il y ait disproportion importante fait présumer l'exploitation. Elle peut aussi résulter, lorsqu'un mineur ou un majeur protégé est en cause, d'une obligation estimée excessive eu égard à la situation patrimoniale de la personne, aux avantages qu'elle retire du contrat et à l'ensemble des circonstances. A lesão decorre da exploração de uma das partes pela outra, o que resulta em significativa desproporção entre o desempenho das partes; o próprio fato de se verificar uma desproporção significativa dá lugar à presunção de exploração. Também pode resultar, quando se trate de menor ou adulto protegido, de uma obrigação considerada excessiva em face da situação patrimonial da pessoa, vantagens que deriva do contrato e para todas as circunstâncias.

22. Cf., por exemplo, o Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra no Processo n. 2430/07.8TBCBR.C1, de 20.11.2012, assim ementado: "I – O artigo 282.º do CC (LGL\2002\400) exige como requisito da anulabilidade ou da modificação do negócio usurário prevista no artigo 283.º da mesma codificação legal, a consciência da situação de necessidade, inexperiência, dependência, ou deficiência psíquica de alguém. Porém, não basta a verificação dum daqueles estados, sendo necessário que haja a consciência de que se está a tirar proveito da inferioridade de outrem para alcançar um benefício manifestamente excessivo ou injustificado, em proveito próprio ou de terceiro, ficando esta determinação entregue ao prudente arbítrio do julgador e só verificados todos estes requisitos pode o negócio ser havido como usurário. [...]".

23. Artigo 282º do Código Civil português. (Negócios usurários). 1. É anulável, por usura, o negócio jurídico, quando alguém, explorando a situação de necessidade, inexperiência, ligeireza, dependência, estado mental ou fraqueza de carácter de outrem, obtiver deste, para si ou para

terceiro, a promessa ou a concessão de benefícios excessivos ou injustificados. 2. Fica ressalvado o regime especial estabelecido nos artigos 559º-A e 1146º. (Redação do Dec.-Lei 262/83, de 16-6).

24 .Portanto, neste artigo, não se cuida do disposto no art. 51, IV, do CDC (LGL\1990\40), por entenderem seus autores que o mesmo não trata de lesão, mas sim de norma de propósito especificamente “protetivo” que, ao fim e ao cabo, em nada protege. O art. 51, IV, do CDC (LGL\1990\40), exige, para fins de nulidade (e não anulabilidade) ou revisão contratual, a mera desproporção das prestações e, em um cenário de insegurança jurídica como esse, a superproteção do mencionado artigo provavelmente traduziria os riscos do fornecedor ou em um preço maior a ser pago pelo consumidor ou em escassez.

25 .A *consolidação das leis civis* de Teixeira de Freitas tratou do instituto da lesão nos arts. 359, 560 e 859. O art. 359 da Consolidação dizia que: “Todos os contractos, em que se-dá, ou deixa, uma cousa por outra (18), podem sêr rescindidos por acção da parte lesada, se a lesão fôr enorme; isto é, se excedêr metade do justo valôr da cousa (19).” O art. 560 da Consolidação, por sua vez, trazia um parâmetro para que se definisse a desproporção: “Pelo vício da lesão a compra e venda póde sêr rescindida, quando qualquer das partes fôr enganada além da metade do justo prêço.”

26 .Art. 4º da Lei 1.521/51 (LGL\1951\3). 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 leviandade de outra parte, lucro patrimonial que exceda o quinto do valor corrente ou justo da prestação feita ou prometida.

27 .Idem.

28 .PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Lesão nos contratos bilaterais*. Belo Horizonte: Imprensa Oficial, 1949.

29 .TAVARES, Ana Lucia de Lyra. O estudo das recepções de direitos. In: *Estudos jurídicos em homenagem ao professor Haroldo Valladão*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1983.

30 .Art. 135-A do CP (LGL\1940\2), incluído pela Lei 12.653/12 (LGL\2012\1888). Exigir cheque-caução, nota promissória ou qualquer garantia, bem como o preenchimento prévio de formulários administrativos, como condição para o atendimento médico-hospitalar emergencial: Pena – detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, e multa.

31 .A crítica não é inédita e já foi brilhantemente apresentada e aprofundada em, por exemplo, LEAL, Fernando. Seis objeções ao Direito Civil constitucional. *Direitos fundamentais e justiça*, v. 9, n. 33, p. 123-165, out.-dez. 2015; RODRIGUES JR., Otavio Luiz. *Direito civil contemporâneo: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais* 2. ed. São Paulo: Forense, 2019.

32 .Art. 104 do CC (LGL\2002\400) – A validade do negócio jurídico requer: I – agente capaz; II – objeto lícito, possível, determinado ou determinável; III – forma prescrita ou não defesa em lei.

33 .Consoante o Enunciado 23 do CJF que assim dispõe: “A função social do contrato, prevista no art. 421 do Código Civil (LGL\2002\400), não elimina o princípio da autonomia contratual, mas atenua ou reduz o alcance desse princípio quando presentes interesses metaindividuais ou interesse individual relativo à dignidade da pessoa humana.”

34 .Parafraseando Henri Lacordaire, a quem se credita a oração: “Entre lefort et lefaible, entre le riche et lepauvre, entre lemaître et leserviteur, c’estla liberte qui oprime, et la loi qui affranchit?”

35 .“Os custos de transação são os custos das trocas ou comércio. Podemos dar os seguintes nomes às três formas de custos de transação que correspondem a esses três passos de uma transação [...] (1) custos da busca para a realização do negócio, (2) custos da negociação; e (3) custos do cumprimento do que foi negociado.” (COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Direito & economia*. 5. ed. Porto Alegre: Brokman Companhia, 2010. p. 105.)

36 .Isso tem a ver com o que se chamou anteriormente de visão míope da lesão. O Judiciário enxerga com muito mais facilidade que quem compra algo muito abaixo do valor de mercado provavelmente se locupleta do vendedor que, usurpado, aceitou vender por menos algo que valia mais. Todavia, à luz da boa-fé objetiva, assim como podemos exigir que o comprador saiba (por poder saber) que a casa adquirida valia mais do que o que estava pagando, o Direito também exige, por dever anexo de diligência, que o vendedor soubesse (por poder saber) que estava desvalorizando um bem que poderia ser vendido por um valor maior.

37 .“É sabido que escolhas importam em renúncias. No entanto, o que não se sabe é o valor de cada uma dessas oportunidades renunciadas ou perdidas. Quanto custa o sacrifício de escolher uma dentre duas ou mais opções possíveis? É disso que cuida a teoria econômica dos custos de oportunidade. Durante esse processo decisório constante em que nos encontramos, por vezes tomamos decisões menos vantajosas do que outras. Quando isso acontece, incorremos em um sacrifício por não termos escolhido alguma ou algumas das demais opções que poderiam significar maior satisfação de nossos interesses. Nesse cenário, o custo de oportunidade corresponde ao valor do benefício que seria gerado àquele a quem incumbia a decisão caso ele tivesse escolhido agir de modo diverso ao que agiu.” Cf. PORTO, Antônio José Maristrello; FRANCO, Paulo Fernando de Mello. A teoria da perda de uma chance e a microeconomia. In: *Economic Analysis of Law Review*, v. 9, p. 212, 2018.

38 .Do mesmo modo, em negócios empresariais, como o do exemplo da Introdução, deve-se sopesar os riscos e as condições, que podem estar divididos ou alocados de tal sorte que aplicação do instituto da lesão pode ser deveras injustas. Essa consideração é tão evidente que a cláusula de *force majeure* padrão adotada pela Câmara de Comércio Internacional (ICC) contempla o evento epidemia: “Presumed Force Majeure Events. In the absence of proof to the contrary, the following events affecting a party shall be presumed to fulfil conditions (a) and (b) under paragraph 1 of this Clause, and the Affected Party only needs to prove that condition (c) of paragraph 1 is satisfied: The Presumed Force Majeure Events commonly qualify as Force Majeure. It is therefore presumed that in the presence of one or more of these events the conditions of Force Majeure are fulfilled, and the Affected Party need not prove the conditions (a) and (b) of paragraph 1 of this Clause (i.e. that the event was out of its control and unforeseeable), leaving to the other party the burden of proving the contrary. The party invoking Force Majeure must in any case prove the existence of condition (c), i.e. that the effects of the impediment could not reasonably have been avoided or overcome. a) war (whether declared or not), hostilities, invasion, act of foreign enemies, extensive military mobilisation; b) civil war, riot, rebellion and revolution, military or usurped power, insurrection, act of terrorism, sabotage or piracy; c) currency and trade restriction, embargo, sanction; d) act of authority whether lawful or unlawful, compliance with any law or governmental order, expropriation, seizure of works, requisition, nationalisation; e) plague, epidemic, natural disaster or extreme natural event; f) explosion, fire, destruction of equipment, prolonged break-down of transport, telecommunication, information system or energy; g) general labour disturbance such as boycott, strike and lock-out, go-slow, occupation of factories and premises”. Em tradução livre: Eventos Presumidos de Força Maior. Na ausência de prova em contrário, os seguintes eventos que afetam uma parte devem ser presumidos para cumprir as condições (a) e (b) nos termos do parágrafo 1º desta Cláusula, e a Parte Afetada só precisa provar essa condição (c) do parágrafo 1º for satisfeita: Os Eventos de Força Maior Presumidos geralmente qualificam-se como de Força Maior. Portanto, presume-se que, na presença de um ou mais desses eventos, as condições de Força Maior são atendidas, e a Parte Afetada não precisa provar as condições (a) e (b) do parágrafo 1 desta Cláusula (ou seja, que o evento estava fora de seu controle e imprevisível), cabendo à outra parte o ônus de provar o contrário. A parte que invoca Força Maior deve, em qualquer caso, provar a existência da condição (c), ou seja, que os efeitos do impedimento não poderiam ser razoavelmente evitados ou superados. a) guerra (declarada ou não), hostilidades, invasão, ato de inimigos estrangeiros, ampla mobilização militar; b)

guerra civil, motim, rebelião e revolução, poder militar ou usurpado, insurreição, ato de terrorismo, sabotagem ou pirataria; c) restrição de moeda e comércio, embargo, sanção; d) ato de autoridade, lícito ou ilícito, cumprimento de qualquer lei ou ordem governamental, expropriação, apreensão de obras, requisição, nacionalização; e) praga, epidemia, desastre natural ou evento natural extremo; f) explosão, incêndio, destruição de equipamentos, paralisação prolongada de transporte, telecomunicações, sistema de informação ou energia; g) distúrbios trabalhistas em geral, como boicote, greve e lockout, ir devagar, ocupação de fábricas e instalações.

39 .Art. 110 do CC (LGL\2002\400). 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 conhecimento.

40 .GRECHENIG, Kristoffel R. The economics of the rule of *laesio enormis* (Die *laesio enormis* als enorme *läsion* der sozialen wohlfahrt?). *Journal für Rechtspolitik*, n. 1, 2006. Disponível em: [https://ssrn.com/abstract=820187]. Acesso em: 14.07.2019.

41 .Ademais, uma “teoria jurídica que frustra os desejos das pessoas afetadas pela lei pode ser chamada de dogmática. Em contraposição a isso, uma teoria jurídica que satisfaz os desejos das pessoas afetadas pela lei pode ser chamada de responsiva. Em geral, uma teoria responsiva maximiza o bem-estar das pessoas, ao passo que uma teoria dogmática sacrifica o bem-estar das pessoas em favor de outros fins. Os tribunais contemporâneos nos Estados Unidos preferem ser responsivos a ser dogmáticos. Conseqüentemente, os tribunais contemporâneos nos Estados Unidos muitas vezes determinam o cumprimento de ofertas firmes e promessas de presentes”. (COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Direito & economia*. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010. p. 207.)

42 .“Incertezas e riscos representam obstáculos às trocas e à cooperação. Um comprador cauteloso talvez se recuse a pagar agora por uma promessa inexecutável de entregar mercadorias no futuro. O comprador cauteloso quer algo mais forte do que a obrigação moral do vendedor de entregar as mercadorias. Além disso, ele quer uma obrigação legal do vendedor de entregar as mercadorias. O comprador cauteloso talvez esteja disposto a pagar agora por uma promessa executável de fornecer bens no futuro. Assim, a executabilidade das promessas incentiva a troca e a cooperação entre as pessoas.” (COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Direito & economia*. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010. p. 208.)

43 .“Hence, the principle of *laesio enormis* functioned to prevent holdup, and this was intended.” (SHAVELL, Steven. Contractual holdup and legal intervention. *Journal of Legal Studies*, v. XXXVI, n. 2, p. 344, 2007.)

44 .Preço de referência é o maior valor aceitável para a aquisição/contratação.

45 .TREBILCOCK, Michael J. *The limits of freedom of contract*. Cambridge: Harvard University Press, 1997.

46 .Art. 373, § 1º, do Código de Processo Civil. O ônus da prova incumbe: I – ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito; II – ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. § 1º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.

47 .Da Formação dos Contratos. Art. 427 do CC (LGL\2002\400). A proposta de contrato obriga o proponente, se o contrário não resultar dos termos dela, da natureza do negócio, ou das

circunstâncias do caso.

48 .O STJ já reconheceu a possibilidade de o mero desequilíbrio resultar em modificação da execução contratual, na aplicação do que se denominou “teoria da base objetiva do negócio jurídico”, todavia, limitando aos contratos consumeristas, jamais aos cíveis e empresariais: “Direito civil e do consumidor. Hipótese de inaplicabilidade da teoria da base objetiva ou da base do negócio jurídico. A teoria da base objetiva ou da base do negócio jurídico tem sua aplicação restrita às relações jurídicas de consumo, não sendo aplicável às contratuais puramente civis. A teoria da base objetiva difere da teoria da imprevisão por prescindir da imprevisibilidade de fato que determine oneração excessiva de um dos contratantes. Pela leitura do art. 6º, V, do CDC (LGL\1990\40), basta a superveniência de fato que determine desequilíbrio na relação contratual diferida ou continuada para que seja possível a postulação de sua revisão ou resolução, em virtude da incidência da teoria da base objetiva. O requisito de o fato não ser previsível nem extraordinário não é exigido para a teoria da base objetiva, mas tão somente a modificação nas circunstâncias indispensáveis que existiam no momento da celebração do negócio, ensejando onerosidade ou desproporção para uma das partes. Com efeito, a teoria da base objetiva tem por pressuposto a premissa de que a celebração de um contrato ocorre mediante consideração de determinadas circunstâncias, as quais, se modificadas no curso da relação contratual, determinam, por sua vez, consequências diversas daquelas inicialmente estabelecidas, com repercussão direta no equilíbrio das obrigações pactuadas. Nesse contexto, a intervenção judicial se daria nos casos em que o contrato fosse atingido por fatos que comprometessem as circunstâncias intrínsecas à formulação do vínculo contratual, ou seja, sua base objetiva. Em que pese sua relevante inovação, a referida teoria, ao dispensar, em especial, o requisito de imprevisibilidade, foi acolhida em nosso ordenamento apenas para as relações de consumo, que demandam especial proteção. Ademais, não se admite a aplicação da teoria do diálogo das fontes para estender a todo direito das obrigações regra incidente apenas no microsistema do direito do consumidor. De outro modo, a teoria da quebra da base objetiva poderia ser invocada para revisão ou resolução de qualquer contrato no qual haja modificação das circunstâncias iniciais, ainda que previsíveis, comprometendo em especial o princípio pacta sunt servanda e, por conseguinte, a segurança jurídica. Por fim, destaque-se que, no tocante às relações contratuais puramente civis, quer dizer, ao desamparo das normas protetivas do CDC (LGL\1990\40), a adoção da teoria da base objetiva, a fim de determinar a revisão de contratos, poderia, em decorrência da atuação jurisdicional, impor indesejáveis prejuízos reversos àquele que teria, em tese, algum benefício com a superveniência de fatos que atinjam a base do negócio.” (STJ, REsp n. 1.321.614/SP, rel. p/ac. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 16.12.2014, *DJe* 03.03.2015.).

49 .Art. 157 do CC (LGL\2002\400). Ocorre a lesão quando uma pessoa, sob premente necessidade, ou por inexperiência, se obriga a prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta. § 2º Não se decretará a anulação do negócio, se for oferecido suplemento suficiente, ou se a parte favorecida concordar com a redução do proveito.

50 .É que, sendo a força obrigatória dos contratos a regra e, o reequilíbrio contratual, a exceção, faz pouco ou nenhum sentido que se imponha a alguém o cumprimento de algo diverso do que, por sua livre e expressa manifestação de vontade, anteriormente se obrigou a cumprir. Por exemplo, se um vendedor desejoso se dispôs a alienar uma caneta por R\$ 15,00, a interferência judicial jamais deveria impô-lo a aceitar vendê-la por R\$ 1,50, a menos que esta fosse a sua vontade. O mesmo se diga de um comprador desejoso que adquire uma outra caneta por R\$ 1,50 quando seu verdadeiro valor é de R\$ 15,00. Caberá a esse comprador escolher se quer ou não suplementar o valor, de modo que uma eventual discordância deste comprador deverá gerar a anulação do negócio jurídico, mas nunca a imposição de uma obrigação diferente da que volitivamente assumiu. É papel do Direito lubrificar, parafraseando Ulen e Cooter, as relações privadas para, definindo os direitos de propriedade que estão em jogo, propiciar a barganha. É possível e até mesmo desejável que o Estado intervenha em acordos privados injustos ou ineficientes para anulá-los ou declará-los nulos, nunca para invadir a vontade dos contratantes e substituir a vontade das partes pela do Poder Judiciário.

51 .“O remédio jurídico para a quebra de uma promessa executável é a concessão do valor esperado da barganha. O fato da barganha estabelece a executabilidade, e o valor esperado da barganha

---

serve para medir a indenização.” Cf. COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Direito & economia*. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010. p. 206.