

88. MANIFESTAÇÃO DE VONTADE DEFETUOSA

O agente, em conformidade com a norma legal, e visando a uma produção de efeitos jurídicos. Elemento específico é, então, a emissão de vontade. Mas o direito não cogita de uma declaração de vontade qualquer. Cuida de sua realidade, de sua consonância com o verdadeiro e íntimo querer do agente, e de sua submissão ao ordenamento jurídico. Na verificação do negócio jurídico, cumpre de início apurar se houve uma declaração de vontade. E, depois, indagar se ela foi escorreita. Desde que tenha feito uma emissão de vontade, o agente desfechou com ela a criação de um negócio jurídico. Mas o resultado, ou seja, a produção de seus efeitos jurídicos, ainda se acha na dependência da verificação das circunstâncias que a envolveram. É que pode ter ocorrido uma declaração de vontade, mas em circunstâncias tais que não traduza a verdadeira atitude volitiva do agente, ou persiga um resultado em divórcio das prescrições legais. Nesses casos, não se nega a sua existência, pois que a vontade se manifestou e o negócio jurídico chegou a constituir-se. Recusa-lhe, porém, efeitos o ordenamento jurídico. Pode-se dizer então que há *negócio jurídico*, porém *defeituoso*, e nisto difere de todo daquelas hipóteses em que há ausência de vontade relativamente ao resultado, casos nos quais o negócio jurídico inexistente como tal e deve ser tido por nulo,¹ o que ocorre quando o agente apenas parece ter realizado uma emissão de vontade sem tê-la feito ou sem ter capacidade para fazê-la, e nesses casos há um ato aparente e não verdadeiro.²

São, na verdade, de duas categorias os *defeitos* que podem inquinare o ato negocial. Uns atingem a própria manifestação da vontade, perturbando a sua elaboração, e atuam sobre o consentimento. Por motivos vários, perturbam a própria declaração volitiva, e influem no momento em que se exterioriza a deliberação do agente. Denominam-se *vícios de consentimento*, em razão de se caracterizarem por influências exógenas sobre a vontade exteriorizada ou declarada, e aquilo que é ou devia ser a vontade real, se não tivessem intervindo as circunstâncias que sobre ela atuaram, provocando a distorção. Outros afetam o ato negocial, salientando a desconformidade do resultado com o imperativo da lei, e, nesses casos, o

1 Oertmann, *Introducción*, § 43.

2 Planiol, Ripert e Boulanger, *Traité Élémentaire*, n° 280.

negócio reflete a vontade real do agente, canalizada, entretanto, e desde a origem, em direção oposta ao mandamento legal. Nenhuma oposição se apresenta entre a vontade íntima e a vontade externada, porém entre a vontade do agente e a ordem legal. Há, portanto, um negócio jurídico, existe uma declaração de vontade, mas esta, por fatores endógenos, traduz uma violação que visa a resultados condenados ou condenáveis. Com razão, Clóvis Beviláqua os denomina *vícios sociais*, em oposição aos outros que são *vícios do consentimento*, por não estabelecerem, como estes, uma desarmonia entre o querer do agente e sua manifestação externa, mas uma insubordinação da vontade às exigências legais, no que diz respeito ao resultado querido.³

Todos, no entanto, sejam os vícios do consentimento, sejam os vícios sociais, formam um conjunto de *defeitos dos atos jurídicos*, que conduzem a consequências próximas ou análogas, e vão dar na invalidade do negócio realizado, assunto que versaremos nos n.ºs 108 e ss., *infra*.

Tradicionalmente, considerava o nosso direito como *vícios do consentimento* o erro, o dolo e a coação e como *vícios sociais* a simulação e a fraude contra credores. Vizinha dos vícios do consentimento é a *lesão*, que por isso encontra perfeita localização topográfica entre os defeitos do negócio jurídico, assim como o negócio praticado em *estado de perigo*.

Embora em doutrina distingam-se os vícios do consentimento dos vícios sociais, o Código os compreendeu a todos na mesma abrangência, e subdividiu o capítulo nas várias seções, englobando o erro e a ignorância; o dolo; a coação; o estado de perigo; a lesão; e a fraude contra credores (art. 171, II). Deixou de considerar a simulação como defeito que conduz à *anulabilidade* do negócio jurídico (como fazia o Código anterior), erigindo-a em fundamento de sua *nulidade* (art. 167), embora incidida em deformação conceitual, ao admitir a subsistência daquilo que foi dissimulado.⁴ Abrigando a lesão, preencheu lacuna aberta em nosso ordenamento, alinhando-se entre os códigos modernos que deram ao velho instituto da lesão feição mais compatível com a validade das declarações de vontade.⁵

Antes, porém, de entrarmos no estudo específico de cada um deles, cumpre-nos salientar o que existe de comum a todos, ou seja, o fundamento ontológico da teoria dos defeitos dos negócios jurídicos. Tal teoria

irá deduzir-se como corolário natural do fundamento ético do negócio jurídico. Este, já vimos, e mal não há em repetir, é um fenômeno de dupla causação, pois que se origina da atuação conjunta da vontade e da lei. Quando falta a vontade, ou falta o preceito autorizador das consequências, *placef* legal, constitui-se e produz seus efeitos regulares e queridos. Mas, quando é rompido o binômio vontade-norma legal, o negócio se forma, porém maculado ou inquinado de um defeito. O traço de comunicação entre todos os vícios (do consentimento e sociais), que atingem o ato negocial, situa-se na ruptura do equilíbrio de seus elementos essenciais.

Com efeito, é uma questão que atrai a atenção do jurista esta que se refere à valorização do elemento volitivo no negócio jurídico, e que se formula na indagação se deve prevalecer a teoria da vontade ou a da declaração, questão tanto mais séria quanto diversas têm sido as respostas que no correr do tempo tem recebido (cf. n.º 83, *supra*). O direito romano primitivo, impressionado com a materialização externa dos atos, e dominado pelo formalismo verdadeiramente sacramental ou ritual, atentou para a declaração, e cogitou da eficácia e produção de efeitos dos atos em razão da verificação objetiva da declaração. Valia, como fenômeno causador do ato, a exteriorização material da declaração e não propriamente a vontade interna do agente. Mas o mesmo direito romano, no período clássico, já quase se desvinculou do fetichismo da forma e condicionou a validade e a produção de efeitos dos negócios jurídicos à verdadeira vontade do agente. O direito brasileiro afirma a predominância da vontade sobre a declaração (Código Civil, art. 112), sem, contudo, deixar de admitir os casos em que prevalece a declaração sobre a vontade real (negócios abstratos), regulando-se a produção das consequências jurídicas do negócio sem se permitir a indagação da realidade psíquica.

Por outro lado, a atuação da vontade não é e não pode ser soberana, de vez que a própria convivência humana é condicionada à restrição do princípio da autonomia à regra da disciplina social. Se o negócio jurídico é o efeito de uma emissão volitiva no sentido da produção de consequências queridas, estas não de subordinar-se ao imperativo da obediência à ordem legal e, consequentemente, o negócio tornar-se-á impuro se o resultado a que visou a declaração de vontade vai ofender as exigências do ordenamento jurídico.

3 Clóvis Beviláqua, *Teoria Geral*, § 50.

4 Sobre a simulação, remete-se para o n.º 109-A, *infra*, neste volume.

5 Cf. meu livro *Lesão nos Contratos*, Forense, em que desenvolvo o tema sob todos os seus aspectos.

6 Concordeância, autorização.

7 Enneccerus, Kipp e Wolff, *Tratado*, § 155.

Conformidade da declaração de vontade com a vontade real e com o ordenamento jurídico produz o negócio escorreito; desconformidade com uma ou com outro gera o negócio defeituoso. A teoria dos defeitos dos negócios jurídicos tem, então, por fundamento o desequilíbrio na atuação da vontade relativamente à sua própria declaração ou às exigências da ordem legal.

89. ERRO DE FATO E ERRO DE DIREITO

O mais elementar dos vícios do consentimento é o erro. Quando o agente, por desconhecimento ou falso conhecimento das circunstâncias, age de um modo que não seria a sua vontade, se conhecesse a verdadeira situação, diz-se que procede com erro. Há, então, na base do negócio jurídico realizado, um estado psíquico decorrente da falsa percepção dos fatos, conduzindo a uma declaração de vontade desconforme com o que deveria ser, se o agente tivesse conhecimento dos seus verdadeiros pressupostos fáticos. Importa na falta de concordância entre a vontade real e a vontade declarada.⁸

O Código de 2002, reproduzindo o anterior, cogita, sob a mesma epígrafe, do erro e da ignorância. Ontologicamente não se confundem. No erro existe uma deformação do conhecimento relativamente às circunstâncias que revestem a manifestação de vontade. A *ignorância* importa no desconhecimento do que determina a declaração de vontade. Juridicamente, entretanto, não há cogitar da distinção. Quando o agente, por falso conhecimento das circunstâncias, age de um modo que não seria a sua vontade real, realiza um ato negocial defeituoso. Para efeito da validade da declaração de vontade é irrelevante indagar se o agente procedeu por erro ou por ignorância. E, em consequência, trata-se, na teoria do negócio jurídico, do mesmo defeito. Mas deixa de ser escusável a ignorância, *conscientemente* uma declaração de vontade sem completo conhecimento do seu alcance.

No negócio jurídico inquinado de erro há uma vontade declarada, porém defeituosa. Há um descompasso entre o querer manifestado e o que deveria ser o querer efetivo, no que difere o erro, de um lado, da

8 Salles, *La Déclaration de Volonté*, p. 12.

ausência de vontade; de outro lado, da vontade declarada sob coação, em que o agente manifesta o que não é aquilo que efetivamente quer, porém em virtude de uma violência psíquica que o leva a externar uma emissão volitiva em divergência de deliberação interior (ver n.º 91, *infra*). Costumava a doutrina, principalmente estrangeira, distinguir o erro vício do consentimento do chamado *erro obstativo* ou erro impróprio (*erreur obstacle*, *errore ostativo*, que se verifica quando recai sobre a natureza jurídica do contrato (quero *alugar* e escrevo *vender*) ou seu objeto (compro por 100 e escrevo 1000) ou sobre a transmissão errônea da vontade (pego a alguém que escreva 10 e ela transmite 1000), o qual se diz impedir ou obstar a formação do negócio jurídico porque não existia propriamente vontade de emitir aquela declaração: por isto, o § 119 do BGB (Código Civil alemão) atribui-lhe o efeito de tornar nulo o ato. Em nosso direito positivo não constitui, contudo, figura específica de defeito, sendo, por isso, de se aplicar a teoria do erro vício da vontade.⁹ A doutrina legal brasileira, desacolhendo a distinção, equiparava-os, por lhe parecer que o erro sobre a natureza do negócio ou sobre a identidade do objeto traduz, em última análise, uma declaração volitiva, cujo resultado jurídico difere do efetivo querer do agente, mas que nem por isto deixa de ser uma declaração de vontade.

Partindo de que o agente não faria a declaração de vontade que realizou, se lhe fosse dado, no momento, conhecer a realidade material, pensa Ruggiero que, quando ocorre o erro, há duas vontades, uma, formada sob a falsa influência da representação, e desta maneira manifestada, e uma outra, que não foi declarada por se não ter constituído, e que seria a vontade efetiva do agente.¹⁰ Não nos parece satisfatória a explicação, pois que a única vontade elaborada é a que se exterioriza – defeituosa, entretanto, e não espelhante do que seria a volição real, se o agente conhecesse perfeitamente os fatos. Exatamente nisto difere, aliás, da teoria do erro a coação, pois que nesta há duas vontades, uma real e interior e outra extorquida e externada.

O problema do erro constitui, ao ver de De Page, um dos mais delicados que o direito procura resolver, principalmente porque envolve um conflito entre dois princípios superiores e graves, informativos da conduta humana ao comércio jurídico: um, *individualista*, assente no respeito à

9 Emmeccerus, Kipp e Wolff, *Tratado*, § 157; Oertmann, *Introducción*, § 43; Guillermo A. Borba, *Error de Hecho y Error de Derecho*, n.º 70; Ruggiero e Maroi, *Istituzioni*, § 26; Mazeaud et Mazeaud, *Leçons*, II, n.º 161; De Page, I, n.º 35.

10 Ruggiero, *Istituzioni*, § 27. Este modo de ver parece, entretanto, ter sido rejeitado, pois na 8.ª edição da obra já não aparece. Cf. Ruggiero e Maroi, p. 117.

vontade real do agente, e outro, *social*, determinado pela necessidade da segurança dos negócios. Assegurar o primeiro, nas suas extremas consequências, pode constituir estímulo à imprudência, à imperícia, ao descuido, à negligência ou à preguiça, e a consequência seria a anulação de qualquer negócio em que o agente se enganasse. O extremo oposto, prevalente na teoria romana, sacrificando a vontade individual, fazia sobrelevar a segurança social. No meio-termo está a virtude, conciliando os dois princípios, e para isto levando em conta a vontade (tendência individualista), mas apenas quando o erro envolve o *elemento principal* da convenção.¹¹ É o princípio que informa os Códigos modernos, entre os quais o brasileiro.

Para que tome então defeituoso o ato negocial, e, pois, anulável, o erro há de ser, primeiro, a sua *causa determinante* e, segundo, alcançar a declaração de vontade na sua substância, e não em pontos acidentais (Código Civil, art. 138). É o que se denomina *erro essencial* ou *substancial* (definido pelo art. 139), em contraposição ao *erro acidental*.

Causa determinante do ato, conduz a elaboração psíquica do agente e influencia na sua deliberação de maneira imediata, falscando a verdade volitiva.

Substancial é o erro que diz respeito à natureza do ato, ao objeto principal da declaração, ou a algumas qualidades a ele essenciais (art. 139, I). É o que se dizia nas fontes em expressões até hoje consagradas: *error in negotio*, quando é afetada a própria natureza do ato, por exemplo, se alguém faz doação supondo estar vendendo; *error in corpore*, quando versa sobre a identidade do objeto, por exemplo, se alguém adquire um quadro de um troca-tintas vulgar, supondo tratar-se de tela de um pintor famoso; *error in substantia*, quando diz respeito às qualidades essenciais da coisa, como se dá no fato de uma pessoa supor que está comprando uma estatuetta de marfim e, na verdade, adquire uma escultura em osso; *error in persona*, essenciais, no caso em que a consideração relativa à pessoa ou suas qualidades principal e determinante,¹² como se uma jovem de boa formação moral desposa um indivíduo que vem a saber depois ser um desclassificado (art. 139, II). Em suma, para ser considerado como defeito viciador da vontade, o erro há de constituir uma opinião errada sobre condições essenciais determinantes da manifestação de vontade, cujas consequências não são

realmente queridas pelo agente.¹³ É claro que vigora franca relatividade na apreciação das circunstâncias que o envolvem, embora não se possa reduzir a uma apuração meramente subjetiva. Deve ser, em cada caso, não relativamente às qualidades que, para o negócio jurídico em foco, são fundamentais, ainda que pudessem em outras circunstâncias de ordem pessoal ou material ser diferentes.¹⁴ A dificuldade aqui se situa na apuração do em que consiste a substância da coisa. Na sua definição pode atuar um critério puramente *objetivo* (conjunto dos elementos materiais de sua composição) ou puramente *subjetivo* (qualidades dependentes da intenção dos interessados), mais habitualmente considerado.¹⁵ Na apuração do defeito em cada espécie, opinamos que ambos os critérios são úteis, ora prevalecendo um, ora outro, conforme o negócio atacado. Como se trata de defeito do consentimento, predomina o subjetivo, que, entretanto, não é o único sempre.

Acidental é o erro que recai sobre motivos ou sobre qualidades secundárias do objeto ou da pessoa, e não altera a validade do negócio, porque não seria de presumir que o agente procedesse diferentemente se os pressupostos circunstanciais fossem diversos. Do erro acidental são classes: o *error in qualitate*, propriamente dito, quando estão em jogo qualidades secundárias, como se uma pessoa adquire um carro de marca diferente daquela que supunha; *error in quantitate*, quando existe diferença entre o que recebe e o que tenciona adquirir. Se, porém, a qualidade e a quantidade são tomadas como razão determinante do ato, o erro sobre elas passa à categoria de substancial.¹⁶

O *erro de cálculo* também é erro acidental, que não anula o ato; apenas sugere ratificação (art. 143).

O erro sobre os *motivos* da declaração de vontade é em regra inábil a afetar a sua validade, e somente passa a influir na sua eficácia quando assume a categoria de motivo erigido em razão determinante (Código Civil, art. 140). O princípio vem do direito romano: "*falsa causa non nocet. Sed si conditionaliter enunciata fuerit causa, aliud iuris est*".¹⁷ Representações

13 Clovis Beviláqua, *Teoria Geral*, § 51; Ruggiero, *loc. cit.*; Enneccerus, *loc. cit.*

14 Oertmann, *Introducción*, § 43.

15 Capitant, *ob. cit.*, p. 256; Sampa Lopes, *Curso*, I, nº 206.

16 Enneccerus, *loc. cit.*; Ruggiero, *loc. cit.*

17 *Institutas*, Livro II, tit. XX, § 31: "A causa falsa não prejudica, mas, se tiver sido enunciada sob condições, é outro o direito".

11 De Page, *Traité Élémentaire*, I, nº 38.

12 Capitant, *Introduction*, p. 257.

psíquicas internas ou razões subjetivas que aconselham a realização do negócio jurídico, não chegam, na verdade, a viciar a vontade, a não ser que se articulem determinadamente na constituição do ato. Ao erro sobre os motivos equipara-se o que incide sobre as consequências jurídicas da declaração, como se dá com o indivíduo que adquire uma coisa na crença de que o vendedor responde pelos seus vícios. Mas este erro somente será tido como defeito do negócio jurídico quando aquelas consequências forem o objeto da própria manifestação da vontade.¹⁸

Além de versar sobre pontos substanciais, o erro há de ser real,¹⁹ não podendo identificar a pessoa ou coisa indicada (Código Civil, art. 142).

A doutrina acrescenta ainda que somente é de se considerar o erro *escusável*, não afetando o negócio, quando o agente procede sem as cautelas normais, ou seja tal que não o cometeria um indivíduo de inteligência comum. Já o direito romano o consagrava: "*ignorantia emptori prodest quae non in supinum hominem cadit.*"²⁰ A escusabilidade (ou excusabilidade) do erro que não é requisito harmonicamente admitido, pois há escritores, como Oertmann, que a consideram despicenda, deve ser apreciada em cada caso, mas submetida sempre a um critério abstrato orientador, que consiste em perquirir se seria suscetível de ser evitado se o agente houvesse procedido com cautela e prudência razoáveis em um indivíduo de inteligência e conhecimento normais, relativamente ao objeto do negócio jurídico. Com aplicação desta teoria assinala De Page que a jurisprudência tem equiparado o erro inescusável à culpa, de que o seu autor (o declarante) corre os riscos, e, em consequência, não leva à ineficácia do ato.²¹

O Código de 2002 perfilhou uma distinção que a doutrina admite, embora sem visos de generalidade. Tendo em vista a situação de uma pessoa de diligência normal, ou de menor capacidade de observação, qualifica o erro grave e o erro leve, para assentar que o passível de consideração é o que pode ser percebido por aquele, e que é despicendo o segundo. Erigido em critério legal, exige cautela no julgador, porque as pessoas não são submetidas a um critério objetivo de aplicação. Todo juízo de valor

decorrente de dados assentados no subjetivismo do juiz pode conduzir a falhas, se não houver grande cautela no julgamento. O elemento concreto, contido no artigo 138 do Código, são as circunstâncias do próprio negócio. Mas estas não se devem influenciar pela motivação do ato, conforme comentado (art. 140).

A doutrina mais moderna tem interpretado o expresso teor do art. 138 com base na teoria da confiança, assentando que a pessoa de diligência normal a que se refere o Código, a quem o erro deve ser perceptível para que possa haver a anulação o contrato, não é o declarante, mas o destinatário da declaração, nos mesmos moldes do art. 1.428 do Código italiano. Acrescenta-se, pois, outro requisito na configuração do erro que leva à anulação do negócio: sua *recognoscibilidade* pelo outro contratante.

Segundo o nosso direito, equipara-se ao erro a transmissão defeituosa da vontade, seja quando o agente se serve de mensageiro, e este comunica com infidelidade a sua intenção; seja quando o instrumento de que se vale lhe trunca a declaração, como se dá com a mensagem telegráfica transmitida com defeito (Código Civil, art. 141). A nova redação do dispositivo, contudo, não é feliz. O que é atacável é o negócio jurídico, quando ocorre a transmissão errônea da vontade. Dizendo anulável esta última, pode parecer que ela se desfaz, preservando o ato. E isto não é verdade.

A existência do erro, como defeito do negócio jurídico, torna-o anulável judicialmente, o que será estudado no n.º 110, *infra*, inexistindo em nosso direito como condição legal da anulabilidade (exigida no direito alemão), a "declaração de impugnação" do ato, dirigida "sem demora" e extrajudicialmente pelo prejudicado à outra parte.²²

O Código Civil (art. 144) consignou o convallescimento do negócio evitado de erro, se o interessado, antes que o negócio possa causar prejuízo, oferece executá-lo na conformidade da vontade real. O interesse social está assentado em que as declarações de vontade produzam suas consequências normais, e somente se anulam por erro, quando ocorre o divórcio entre o que foi manifestado e o que efetivamente quer o agente. Emitida vontade evitada de erro, convallesce e deve ser tratada como se escorrelta, se a pessoa a quem é dirigida, ao contrário de se prevalecer do defeito, propõe executá-la com observância da vontade real do declarante e, desta maneira, sana a desconformidade entre o mencionado e o querido. Este conva-

18 Cf., a respeito do erro sobre os motivos: Enneccerus, *loc. cit.*; Colin e Capitant, *Cours*, I, n.º 66; De Page, *Traité*, I, n.º 41.

19 Dernburg, *Pandectae*, § 101.

20 *Digesto*, Livro XVII, tit. I, ff. 15, § 1.º; "A ignorância que recaí sobre um homem astuto favorece o comprador". Sobre a doutrina romana, Dernburg, *loc. cit.*

22 Enneccerus, *loc. cit.*

lescimento estará subordinado, entretanto, a que seja preservada a vontade real do manifestante.

Erro de direito. Cogitando, até aqui, do *erro de fato*, mencionamos agora o *erro de direito*, que se dá quando o agente emite a declaração de vontade no pressuposto falso de que procede segundo o preceito legal. Verificado o engano, poder-se-á escusar sob esta alegação? A doutrina alemã como a francesa e a belga vigoram no sentido de que não deve haver distinção entre *erro de fato* e *erro de direito*.²³ Já vimos (nº 23, *supra*) que a segurança da ordem jurídica assenta no princípio da obrigatoriedade da lei, segundo a qual ninguém pode escusar-se sob a alegação de sua ignorância. A teoria do *error iuris* alicença-se, entretanto, no pressuposto de que ele se define na circunstância de haver o agente efetuado uma declaração de vontade fundado na ignorância da norma de direito positivo ou baseado em sua falsa interpretação, e que não realizaria o negócio se estivesse perfeitamente informado. Ora, sendo certo que o homem do povo desconhece o direito, pois mesmo os técnicos às vezes não o podem dominar completamente, o fundamento da escusabilidade estaria em que o falso pressuposto jurídico conduz o agente à declaração errônea de vontade, da mesma forma que o falso pressuposto fático, e então, se o *error facti* conduz à impugnabilidade do negócio, igual consequência deveria ter o *error iuris*. Em contraposição à doutrina, há um raciocínio de elevado teor social. É que a invocação do erro de direito se baseia no *fato* individual do mau conhecimento da norma jurídica, que pode ser, e na verdade é, uma realidade palpável. Mas a obrigatoriedade do direito legislado é um princípio normativo da *segurança social* e da paz coletiva. Entre o risco de um indivíduo ser sacrificado nos seus interesses por se lhe recusar a escusativa fundada no desconhecimento da regra jurídica, e o sacrifício da tranquilidade pública decorrente da incerteza de quando o preceito legal tem aplicação e quando pode ser afastado pela alegação do *error iuris*, é preferível prestigiar o princípio da obrigatoriedade, e recusar guardada à teoria que defende a impugnabilidade do negócio jurídico com fundamento no *error iuris*. Não obstante o que possa haver de sedutor na doutrina, definiu-se o direito pátrio pela regra de política legislativa a ela adversa. A nossa doutrina, todavia, se contriveria, se contriveria. Enquanto, sob a vigência do Código anterior, Clóvis Beviláqua peremptoriamente sustentava que somente é de

acolher-se a alegação do *error facti*, Espinola entendia que o texto do art. 87 do Código Civil de 1916, não tendo distinguido, devia interpretar-se largamente, para conter um e outro. Já Serpa Lopes afirmava que o erro de direito não podia ser tão facilmente acolhido como o de fato, e adicionava-lhe um requisito anímico, que é a *boa-fé de quem o comete*.

No estado atual da ciência jurídica, ganhou terreno a aceitação do erro de direito, como causa de anulação do negócio. Assim é que o direito italiano virou de polo, pois que na vigência do Código de 1865 não o admitia (Ruggiero), mas o Código de 1942 acolhe-o quando o *error iuris* tiver sido a razão única ou principal do contrato (art. 1.429, nº 4), excluída, porém, a transação (art. 1.969). No direito suíço, na ausência de disposição que autorize o juiz a acolher defesa fundada em erro de direito, a doutrina se inclina no sentido de que seria desejável a sua adoção, desde que a ignorância da lei seja manifesta e escusável, e a jurisprudência propendeu para a assimilação do erro de direito ao erro de fato, orientação que, ali, não se choca contra a ordem pública, devido à inexistência de um preceito, como o nosso art. 3º da Lei de Introdução, que exprima a velha parêntia *nemo ius ignorare censetur*.²⁴ O jurista moderno sente-se constrangido entre dois planos: de um lado, a sensível realidade da vida, que aconselha acolhimento do erro de direito; e, de outro lado, o princípio da obrigatoriedade da lei, que é fundamental elemento de segurança social. Numa tentativa de conciliação, ora a doutrina do *error iuris* vem espiritualizada com o elemento boa-fé, ora se lhe faz aderir a ressalva de ser admissível a defesa fundada no erro de direito, desde que não vise à recusa de aplicação de uma norma de ordem pública.

O Código anterior pode tê-lo afastado. No entanto, o Código Civil atual cogitou dele expressamente (art. 139, III), atendendo a que foge à realidade objetiva da vida a presunção absoluta de conhecimento da lei. O erro de direito é aceito como gerador da anulação do ato negocial quando tenha sido determinante da declaração de vontade, no sentido de que o declarante não a emitiria se tivesse real conhecimento do que dispõe a norma legal. E, ao mesmo tempo, não implique recusa à aplicação da lei.²⁵

²⁴ "Considera-se que ninguém ignora a lei".

²⁵ Sobre erro de direito: Rossel e Menha, *Droit Civil Suisse*, I, nº 44; Espinola, *Treatado de Direito Civil Brasileiro*, I, p. 87; Serpa Lopes, *Lei de Introdução*, I, nº 38; Ruggiero e Maroi, *Istituzioni*, 27; Aubry e Rau, *Droit Civil*, IV, p. 495; Marraud et Marraud, II, nº 172; Guillermo Borda, *Error de Hecho y Error de Derecho*.

²³ Oertmann, *loc. cit.*; Emmeccerus, *loc. cit.*; Planiol, Ripert e Boulanger, *loc. cit.*; Capitant, *loc. cit.*; Colin e Capitant, *loc. cit.*; De Page, nº 42.

90. DOLO

Inscrito entre os vícios da vontade, que levam à anulação do negócio, o dolo consiste nas práticas ou manobras maliciosamente levadas a efeito por uma parte, a fim de conseguir da outra uma emissão de vontade que lhe traga proveito, ou a terceiro. Repete-se em todas as obras a definição que Ulpiano atribui a Labéon: "*dolum malum esse omnem calliditatem, fallaciam, machinationem ad circumvenientium, fallendum, decipiendum aliterum adhibitam*".²⁶ Este dolo, aludido nas fontes, e erigido em defeito subjetivo do negócio jurídico pelo direito moderno, é o *dolus malus* caracterizado pela perversidade de propósito, e não o *dolus bonus* ou inocente, que consiste em blandícias, no apregoamento publicitário de qualidades, desde que não "enganosa" na utilização de artifícios menos graves que uma parte adote para levar a outra a contratar, ou para obter melhores proveitos do ajuste.²⁷

A malícia humana encontra meios variadíssimos de obrar, a fim de conseguir seus objetivos. Pode alguém proceder de maneira ativa, falseando a verdade, e se diz que procede por *ação* ou *omissão*. Mas é igualmente doloso, nos negócios bilaterais, o silêncio a respeito de fato ou qualidade que a outra parte haja ignorado, a sonegação da verdade, quando, por comissão de circunstâncias, alguém conduz outrem a uma declaração proveitosa a suas conveniências, *sub conditione*, porém, de se provar que sem ela o contrato não se teria celebrado (Código Civil, art. 147).²⁸

O mecanismo psíquico do dolo, por *ação* ou *omissão*, é o mesmo, e se verifica na utilização de um processo malicioso de convencimento, que produza na vítima um estado de erro ou de ignorância, determinante de uma declaração de vontade que não seria obtida de outra maneira.²⁹ Em todo dolo há, então, uma emissão volitiva enganosa ou eivada de erro, na qual, porém, é este relegado a segundo plano, como defeito em si, uma vez que sobreleva aqui a causa geradora do negócio jurídico, e é por isso que o procedimento doloso de uma parte leva à ineficácia do ato, ainda que atinja seus elementos não essenciais ou a motivação interna.³⁰ Não se pode, pois,

26 *Digesto*, Livro IV, tit. III, fr. I, § 2º: "Dolo mau é toda astúcia, engano, maquinação empregada para ludir, enganar, burlar a outrem".

27 Ruggiero, *Istituzioni*, § 27; De Page, *Traité*, n.º 50.

28 Emmeccerus, Kipp e Wolff, *Tratado*, I, § 162.

29 Oertmann, *Introduction*, § 44.

30 Ruggiero, *loc. cit.*; Colín e Capitant, *Cours*, I, n.º 67.

confundir o erro vício do consentimento, que somente atinge a eficácia do negócio quando revestido das circunstâncias estudadas no n.º 89, *supra*, anulação sob condição apenas de ser determinante do negócio.³¹

Não importa, repetimos, seja o procedimento doloso uma *ação* ou *omissão*. O que se tem de indagar é se o dolo foi a causa determinante do ato (*dolus causam dans*), chamado dolo principal, que conduz o agente à declaração de vontade, fundado naquelas injunções maliciosas,³² o que de outra maneira dito significa que o dolo só tem o efeito de anular o negócio jurídico quando chegue a viciar e desnaturar a declaração de vontade. Reversamente, pode o dolo ser *accidental* (*dolus incidens*), quando não influi diretamente na realização do ato, que se teria praticado independentemente da malícia do interessado, porém em condições para este menos vantajosas, e é por isso que somente o dolo principal conduz à anulação do negócio, obrigando o dolo *accidental* exclusivamente à satisfação de perdas e danos (Código Civil, arts. 145 e 146). A distinção entre o dolo principal e o dolo incidente é sutil, e às vezes difícil de se conseguir na prática. A questão deverá ser solvida assentando-se que é de ser deixado ao prudente arbítrio do juiz fixar quando ocorre o dolo principal, conducente à anulação do ato, ou quando *incidente* o dolo, impositivo de perdas e danos apenas, e aplicá-los, flexível e humanamente, sob a inspiração de uma exigência de moralidade para os negócios.³³

De regra, o dolo que conduz à ineficácia do negócio é o que provém da *outra parte* (o destinatário da declaração), e *não de terceiro*, cujo procedimento fundamentará apenas a obrigação de indenizar o prejudicado. Mas se um dos contratantes o conheceu e dele se beneficiou, constitui motivo de anulação (Código Civil, art. 148). A redação do dispositivo no Código peca pela extensão e casuismo desnecessários. A regra é singela. A manobra dolosa que parte de *terceiro* anula o ato negocial apenas no caso de ser conhecido de uma das partes. Se esta não preveniu a outra, compactuou de malícia, e assumiu as consequências. Sendo ignorado de ambos, o negócio jurídico prevalece, sujeitando-se o terceiro, autor do dolo, ao ressarcimento das perdas e danos a quem foi enganado.

31 Capitant, *Introduction*, p. 263; De Page, *Traité*, I, n.º 49.

32 Clóvis Bevilacqua, *Teoria Geral*, § 52.

33 De Page, *Traité*, I, n.º 51.

Nos atos e negócios unilaterais, porém, o dolo de terceiro afeta-lhes a validade em qualquer circunstância,³⁴ como se vê, por exemplo, na aceitação e renúncia de herança e na validade das disposições testamentárias. Aquela doutrina, que nos vem do direito romano, baseia-se em que ali o dolo não era fundamentalmente um vício do consentimento, mas um delito, e por isso não inquinava de nulidade o negócio senão quando vinha da outra parte. Modernamente sofre críticas, sob o raciocínio de que a vontade tanto é viciada quando o dolo emana da outra parte, quanto de terceiro.³⁵

Não pode, porém, ser considerado terceiro o *representante de uma das partes*, que tenha agido dolosamente, pois, em razão desta qualidade, ele procede como se fosse o próprio representado,³⁶ e sujeita-o às consequências, limitada contudo a responsabilidade à importância do proveito que advém do negócio (Código Civil, art. 149), com ação regressiva contra o representante.³⁷ Esta solução é exata, e resolve uma velha controversia, notadamente no que diz respeito à representação dos incapazes, na qual a doutrina tradicionalmente pendia para a inadmissibilidade da anulação do negócio por dolo do representante.³⁸ Guardada fidelidade à tradição, não fica impune a malícia do representante, nem dela tira proveito o representado. Novamente, o casuismo do dispositivo do Código prejudica o seu entendimento. O que estabelece é que o representado só é obrigado a responder pelo dolo do representante, na medida do proveito auferido. Em se tratando de representação voluntária, o representado responde solidariamente com o representante, se este houver procedido dentro dos limites da outorga recebida. Agindo com excesso de poderes, não produz efeitos em relação ao representado (art. 116). Ignorando este as manobras e maquinacões maliciosas do representante, não pode ser acusado de má-fé, e, desta sorte, descaberá a responsabilidade solidária. Seu dever ressarcitório não poderá, portanto, ultrapassar a importância do proveito obtido.

34 Ruggiero, *loc. cit.*; Capitant, *loc. cit.*; Colin e Capitant, *loc. cit.*
35 De Page, *Traité*, I, n° 51.

36 Cf. Clovis Bevilacqua, *loc. cit.*, que esclarece ter o Código Civil feito aplicação da teoria da representação voluntária e necessária, já antes consignada no *Esboço*, de Teixeira de Freitas, art. 481, e no Projeto Coelho Rodrigues, art. 332.

37 Emmeccerus, *loc. cit.*
38 De Page, *loc. cit.* Se o representado se acumpliciar com o representante, ou podendo opor-se às manobras dolosas, não o fizer, deve responder solidariamente com este, sem a limitação do art. 149. V. Serpa Lopes, I, n° 219.

Se ambas as partes se houverem reciprocamente enganado, compen-sam-se os dolos respectivos (Código Civil, art. 150), a nenhuma delas sendo permitido alegá-lo, para anular o ato, ou reclamar indenização, pois, do contrário, beneficiar-se-ia da própria torpeza, o que o direito não tolera: "*nemo de improbitate sua consequitur actionem.*"³⁹

91. COAÇÃO

Em vez de usar manobras e maquinacões, pode alguém proceder com violência, forçando a declaração de vontade. De dois processos valer-se-á, e então diz-se que de duas maneiras pode o agente ser compelido ao negócio jurídico: ou pela violência física, que exclui completamente a vontade, a chamada *vis absoluta*, que implica a ausência total de consentimento; ou pela violência moral, *vis compulsiva*, que atua sobre o ânimo do paciente, levando-o a uma declaração de vontade viciada. No primeiro caso, da violência física, não se pode dizer que houve uma emissão volitiva do agente, como se daria na hipótese de ser ele levado, contra a vontade e pela força, a assinar documento, ou de que se despojou de seus bens sob a ameaça de uma arma apontada à cabeça. Não há uma declaração de vontade, nem mesmo qualquer vontade na vítima, e esta falta completa de consentimento deve implicar a nulidade total do ato.⁴⁰ No outro caso, da violência moral ou *vis compulsiva*, há uma declaração volitiva, embora imperfeita, porque ela não aniquila o consentimento do agente; apenas lhe rouba a liberdade.⁴¹

Agora tratando da *violência* como defeito do negócio jurídico, cogitamos da *coação* como vício do consentimento. Enquanto uma, a *violência física*, anula totalmente a vontade, e impede a formação do ato negocial, a outra, *violência moral*, perturba o querer sem aniquilá-lo, permitindo que o coato formule uma emissão de vontade, se bem que maculada. Há aqui uma atuação sobre o psiquismo, por via de processo de intimidação, que impõe ao agente uma declaração não querida, porém existe certa manifestação de vontade. Daí dizer o direito romano "*quamvis coactus tamen voluit*", isto é, que a pessoa coagida pronuncia uma declaração de vontade.

39 "Ninguém consegue ação fundada na própria improbidade".

40 Oertmann, *Introducción*, § 42; Savigny, *Droit Romain*, III, § 114; Colin e Capitant,

Cours, I, n° 68; De Page, *Traité Élémentaire*, I, n° 283.

41 Planiol, Ripert e Boulanger, *Traité Élémentaire*, I, n° 283.

Mas, na sua análise psíquica, verifica-se a existência de *duas vontades*: a vontade íntima do paciente, que ele emitiria se conservasse a liberdade, e a vontade exteriorizada, que não é a sua própria, porém a do coator, a ele imposta pelo mecanismo da intimidação. Esta diversidade de atuações volitivas é que macula o negócio jurídico e conduz à sua ineficácia, pois se o agente houvesse feito uma declaração de vontade na conformidade do que o agente houvesse feito obrado validamente, mas como ocorreu um divórcio quer interior teria obrado validamente, o negócio pode ser anulado.

Implica sempre a coação ameaça, cuja apreciação se reveste de certas características, que são outros tantos requisitos de verificação por quem deve apreciá-la, e que, concorrendo, levam à conclusão da manifestação defeituosa da vontade, e, portanto, à anulação do negócio jurídico. Pode a coação manifestar-se por *ação* ou *omissão*, desde que por uma atuação positiva ou por uma abstenção qualificada obtenha o interessado a pressão anormal e injusta no sentido de extorquir o consentimento.⁴²

Não é mister que a coação se dirija diretamente à pessoa do paciente. Pode este ser ameaçado, indiretamente, de um dano que atinja o seu patrimônio, ou a uma pessoa de sua família (Código Civil, art. 151), compreendida esta no direito francês restritamente ao cônjuge, descendentes ou ascendentes.⁴³ O Código Civil, acompanhando os ensinamentos doutrinais mais recentes, estende o conceito de coação a pessoas estranhas à família do paciente, como um amigo íntimo ou alguém a ele ligado por vínculo afetivo estreito, tendo o cuidado de relegar ao prudente arbítrio do juiz a apreciação da ameaça, em face das circunstâncias.

A ameaça deve ser *séria* e *injusta*, e de tal monta que coloque o paciente numa alternativa entre o mal iminente e o negócio extorquido, levando-o razoavelmente a suportar este último com todas as suas consequências. Não é necessário, porém, que a ameaça seja de mal atual. Pode ser futuro, desde que em termos da mesma inevitabilidade que o atual.⁴⁴ O receio, entretanto, deve ser fundado e sério, tendo como objeto um mal que o agente razoavelmente tema sofrer. Não constitui, portanto, coação o exercício regular de um direito (Código Civil, art. 153); se existe a ameaça de praticar um ato amparado pela lei, não há coação, como na hipótese de o credor acenar ao devedor com a execução judicial ou o pedido de falên-

cia. Mas, se esta ameaça é erigida em motivo para obtenção de vantagens excessivas, teria ocorrido um excesso que lhe retiraria a característica regular exercício de um direito, constituindo então esta transposição de limite da legalidade um extremo de intimidação que se traduz em processo coativo. A isto acrescenta a doutrina que a anti-juridicidade do meio empregado pode conduzir à impugnação do negócio realizado, ainda que o coator tenha em princípio direito a ele, porque a ordem jurídica não reconhece eficácia à vontade manifestada por intimidação, de modo contrário ao direito.⁴⁵

Não constitui defeito do consentimento a ameaça de um mal impossível ou remoto, como de mal evitável ou menor do que o negócio extorquido,⁴⁶ porque, então, não se desenha aquela *alternativa* entre o mal em perspectiva e a declaração de vontade capaz de impor ao paciente a escolha deste sem possibilidade de resistência. É o que no direito romano se dizia *timor maioris malitatis*.⁴⁷ Entre os dois sacrifícios, a vítima razoavelmente opta pela declaração de vontade, como mal menor.⁴⁸ A lei o quer considerável, isto é, de proporções ponderáveis, não consistindo coação a ameaça de um dano irrelevante. O Código Civil de 1916 oferecia o parâmetro, comparando-o ao ato extorquido, e exigindo que fosse, ao menos, igual a este. Mas, mesmo então, a apreciação desta característica não se submete a critérios *a priori* por ver que a sensibilidade moral do coator pode conduzi-lo a escolher o negócio incriminado ante o receio de um atentado à sua honra, à sua dignidade pessoal ou a um membro de sua família.

Não constitui também coação o *temor reverencial*, o receio de desagradar aos pais, aos mestres ou qualquer pessoa por quem o paciente tenha respeito, ou a quem se ligue por uma relação de dependência ou subordinação hierárquica, salvo se o *timor reverentialis*, pela sua gravidade e pela determinação que imponha à vítima, possa converter-se em verdadeira força de intimidação, geradora da declaração de vontade nas mesmas condições que a coação específica (Código Civil, art. 153).⁴⁹

Para que se considere defeituoso o consentimento é ainda necessário se estabeleça uma relação entre a intimidação ou ameaça e a declaração de vontade. Se esta ocorreu, ou teria de ocorrer, ainda que não houvesse

42

43 Capitant, *Introduction*, p. 267; De Page, n° 61.44 Ruggiero e Maroi, *Istituzioni*, § 27.45 Enneccerus, Kipp e Wolff, *loc. cit.*46 Teixeira de Freitas, *Esboço*, arts. 494 e 495.

47 "O temor de um mal maior".

48 Ruggiero e Maroi, *loc. cit.*49 Ruggiero, *loc. cit.*; Orosimbo Nonato, *ob. cit.* n° 85.

o processo de intimidação, é válido o ato, porque falta o vínculo entre a vontade íntima e a vontade declarada, que não se deve, então, atribuir à atitude injusta do coator. Daí dizerem alguns escritores que não será defeituoso senão o *negócio determinado* pela ameaça.⁵⁰

A apreciação da *vis compulsiva* é feita, no direito moderno, em termos diversos do direito romano. Aferia-se este em razão de um *padrão abstrato* de homem forte (*vir constantissimus*)⁵¹ para concluir que o ato jurídico era atacável somente quando a ameaça fosse de molde a intimidá-lo. Nosso direito, como a generalidade dos sistemas legislativos modernos, não adota este paradigma, nem, ao contrário, coloca a intimidação em condições de traduzir sempre a atuação sobre o psiquismo do agente, como se todo indivíduo fosse suscetível de facilmente sofrê-la. Determina que se aprecie subjetivamente a violência moral, levando-se em conta a idade do paciente, seu sexo, seu estado de saúde, seu temperamento, sua educação, como qualquer circunstância, de natureza temporária ou permanente, que possa graduar a sua gravidade; a mesma ameaça que um homem ponderado repele, cala no ânimo de uma tímida donzela; o mesmo indivíduo, que em circunstâncias normais de saúde, se ri de um fato a ele dirigido como veículo de intimidação, pode sentir-se atemorizado quando debilitado por uma enfermidade. O princípio é mantido no Código de 2002, art. 152.

No caracterizar a coação, se bem que frequentemente provenha daquele a quem a declaração de vontade beneficia, admite-se que possa partir de um *terceiro*, independentemente de ser ou não do conhecimento da parte a quem beneficia (Código Civil, art. 154). Se tiver conhecimento do processo intimidativo, ou devesse ter por qualquer motivo, responde solidariamente com o coator pelas perdas e danos que sofrer a vítima. Se, ao revés, o desconhece, somente o coator as suporta, e o artigo 155, rompendo com a sistemática das nulidades, manda que o negócio subsista, não obstante viciada a vontade do declarante, o que não é boa solução.

A doutrina muito controverte ao caracterizar a situação daquele que se encontra em perigo iminente e faz promessa de premiar a quem o livre ou o salve. É o indivíduo acometido por ladrões, que oferece uma recompensa ao seu libertador; é a pessoa em risco de afogamento, que promete uma soma vultosa a quem a ponha a salvo; é o dono da embarcação fazendo água, que se compromete a remunerar desatrazadamente a quem o

leve ao porto. Nesses casos indagava a doutrina se há coação. Entendemos que não se pode conceituar aqui a *vis compulsiva*. Se é certo que não se considera livre a vontade da pessoa que age sob a premência de tais circunstâncias, que a levam a prometer aquilo que razoavelmente não pode ou não deve fazer,⁵² não admitimos que se possa enquadrá-la na etiologia da violência moral, pois que a declaração de vontade não foi motivada pela ameaça de quem dela se beneficiaria, mas teria emanado do imponderável ou do fato das coisas. O favorecido não extorquiu a emissão de vontade sob ameaça de um dano, porém aproveitou-se do risco a que a vida ou a fazenda do agente estava exposta, para obter uma vantagem. Não realizou um processo de intimidação, mas aferiu o benefício por via de um dolo de aproveitamento, que entra na composição de outro defeito do negócio jurídico, objeto de estudo no n° 94, *infra*. Parece-nos que não há aqui coação, como ao *direito romano* também se não afigurava tal,⁵³ e neste sentido, de que não há os requisitos da violência, milita aquela doutrina que caracteriza esta situação como um “estado de perigo”, como analisaremos.⁵⁴

Alguns autores entendem que a aferição da violência relativamente aos atos a título gratuito (testamento, doação) dever-se-á fazer sem que se tenha de exigir que as ameaças apresentem a mesma gravidade que para os atos onerosos.⁵⁵ Não vemos, no direito brasileiro, razão para esta distinção, já que o legislador estruturou a dogmática da coação como defeito dos negócios jurídicos em geral, abrangendo-os todos, sem distinção, portanto.

92. SIMULAÇÃO (REMISSÃO)

Não há na simulação um vício do consentimento, porque o querer do agente tem em mira, efetivamente, o resultado que a declaração procura realizar ou conseguir. Mas há um defeito do ato, ou um daqueles que a doutrina apelida de *vícios sociais* (cf. n° 88, *supra*), positivado na conformidade entre a declaração de vontade e a ordem legal, em relação ao resultado daquela, ou em razão da técnica de sua realização. Consiste a

52 Clóvis Beviláqua, *Teoria Geral*, § 43.

53 *Digesto*, Livro IV, tit. II, § 9.

54 De Page, n° 62.

55 Capitant, *loc. cit.*

50 Enneccerus, Kipp e Wolff, *Tratado*, I, § 161; De Page, *loc. cit.*

51 *Digesto*, Livro IV, tit. II, ff. 6.

bens que são garantia de seu crédito, ou que rompe a igualdade de condições entre os credores (*par conditio creditorum*) por via da concessão de garantias ou antecipação de pagamento a um credor. A Lei de Falências (Lei nº 11.101/2005, arts. 130 e ss.) disciplina a ação revocatória que deve ser proposta pelo administrador judicial em benefício do conjunto dos credores, por qualquer credor ou pelo Ministério Público no prazo de três anos contado da decretação da falência (art. 132). A agravação das condições da ação revocatória na falência está em que se dispensam para alguns atos os extremos da *ação pauliana*: assim é que, se a anulação dos contratos onerosos subordina-se aos requisitos normais da ação rescisória por fraude contra credores, a revogação de outros atos praticados pelo falido é determinada, tenha ou não o contraente conhecimento do estado do devedor, seja ou não intenção deste fraudar os credores, tais como, pagamento de dívida não vencida realizado dentro no período suspeito da falência; a constituição de direitos reais de garantia dentro desse termo, se a dívida foi contratada antes; os atos de liberalidade, salvo quanto a donativos de pequeno valor; a renúncia à herança ou legado até dois anos antes da declaração da falência; a restituição antecipada do dote; a venda ou transferência de estabelecimento feita sem expresso consentimento ou pagamento de todos os credores.⁶⁸

Fraude à execução. Da fraude contra credores distingue-se a *fraude à execução*, que assim se considera (Código de Processo Civil, art. 593):

I – quando sobre os bens for movida a ação real ou reipersecutória; II – quando, ao tempo da alienação, já pendia contra o alienante demanda capaz de alterar-lhe o patrimônio, reduzindo-o à insolvência; III – quando transcrita a alienação depois de decretada a falência; e IV – nos casos expressos em lei. Diversamente da fraude contra credores, que torna o negócio anulável, como acaba de ser visto, a alienação em fraude à execução é absolutamente nula,⁶⁹ ficando os bens sujeitos à execução (Código de Processo Civil, art. 592, V).

68 Cf. sobre a ação revocatória no regime falimentar: Miranda Valverde, *Comentários à Lei de Falência*, I, nºs 361 e ss.; Bonelli, *Del Fallimento*, I, nºs 370 e ss.; Ripert, *Traité Élémentaire de Droit Commercial*, nºs 2.726 e ss. da edição de 1951; Bento de Faria, *Direito Comercial*, vol. IV, 2ª parte, nºs 86 e ss.

69 Clóvis Beviláqua, *Comentários ao Código Civil*, vol. I, ao art. 106, Observação 7; Amílcar de Castro, *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. X, nº 81; Orosimbo Nonato, *Fraude contra Credores*, p. 203.

94. LESÃO E ESTADO DE PERIGO

DIREITOS DO NEGÓCIO JURÍDICO

455

Originário de uma interpolação levada a efeito quando da codificação Justiniana sobre os textos de duas “Constituições” dos imperadores Diocleciano e Maximiliano,⁷⁰ o instituto da lesão tem passado pelas mais variadas vicissitudes desde seu aparecimento até os nossos dias. Pode-se genericamente definir lesão como o prejuízo que uma pessoa sofre na conclusão de um ato negocial, resultante da desproporção existente entre as prestações das duas partes.⁷¹

Tendo surgido primitivamente na compra e venda, levava ao desfazimento do contrato quando o comprador pagava menos da metade do justo preço que a coisa valia no tempo da operação. Por um processo de elaboração a que esteve sempre presente a inspiração da equidade e da moralização dos negócios, ampliou-se e generalizou-se na Idade Média a outras figuras de negócios jurídicos. No direito português das Ordenações, rescisão quando uma das partes tinha cabida nos contratos comutativos, e importava na sua rescisão quando uma das partes era enganada em mais de metade do preço justo, tal como na fonte romana se falava da *laesio ultra dimidium iustitiae*. Criou-se, também, no direito filipino, a chamada *laesio enormissima*, quando a desproporção de preço ultrapassava a casa dos dois terços. Nosso direito pré-codificado concebeu, portanto, o instituto da lesão com estas duas figuras, caracterizando-se a *laesio enorme* como defeito objetivo do contrato: o seu fundamento não era nenhum vício presumido do consentimento, mas assentava na injustiça do contrato em si; já a *laesio enormissima* fundava-se no dolo com que se conduzia aquele que do negócio tirava o proveito desarrazoado, porém *dolo presumido* ou *dolo ex re ipsa*, que não precisava de ser perquirido na intenção do agente.

O Código Civil de 1916, porém, aboliu a rescisão por lesão, não obstante sobreviver ela na generalidade dos Códigos ocidentais, nos quais sofreu certa restrição, que lhe reduzia o campo de atuação ao contrato de compra e venda e à partilha.

Leis posteriores, especialmente a que define os crimes contra a economia popular (Decreto-Lei nº 869/1938, modificado pela Lei nº 1.521/1951, art. 4º), restabeleceram-na, porém, em moldes diversos de como se con-

70 Os textos são do Código, Livro IV, tit. XLIV, ffs. II e VIII, de onde veio para o primeiro, mais importante na criação da rescisão lesionária, o nome de “Lei Segunda”.

71 De Page, *Traité Élémentaire*, I, nº 67.

ceitava no direito anterior, integrando-a na corrente da *lesão subjetiva* ou *lesão qualificada*, que encontrou disciplina no Código Civil alemão, § 138, no Código Suíço das Obrigações, art. 21, no Código Polonês das Obrigações, art. 42, e no Código Civil italiano, arts. 1.448 e 1.452.

O Código Civil atual, contrariamente ao antigo, considera a lesão como defeito do negócio jurídico, assinalando a presença do dolo presumido de aproveitamento como elemento subjetivo; e, como elemento objetivo, o fato de uma das partes auferir um lucro exagerado porque a outra parte assumiu obrigação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta (art. 157).

O primeiro reparo que merece a remodelação do instituto está na observação de que se generalizou a qualquer contrato, deslocando-se, portanto, do campo restrito da compra e venda, para abranger qualquer outro tipo de convenção. Embora contrarie o princípio da autonomia da vontade, vem encontrando, todavia, a melhor acolhida na doutrina, principalmente por conservar a mesma inspiração de equidade que ditou as disposições originárias lá no direito romano, e apresentar-se como o meio técnico de reprimir no terreno do contrato a exploração usurária de um por outro contratante. Curiosamente observa-se, contudo, que a sua repercussão jurisprudencial não é tão profunda quanto o seu fundamento moral sugeriria.

Não é a lesão puramente um vício do consentimento, de vez que o desfazimento do negócio não tem por fundamento uma desconformidade entre a vontade real e a vontade declarada. Difere a lesão do erro em que o agente no momento da declaração de vontade tem a consciência da realidade material das circunstâncias; não há nele o emprego de artifícios por parte de alguém que procure induzir o agente a realizar o negócio jurídico; difere da coação, em que falta o processo de intimidação sobre o ânimo do agente para compeli-lo ao negócio jurídico; e tanto se distancia da fraude que nem há mister salientar a diferença. Residindo, pois, a lesão na zona limítrofe dos vícios do consentimento, por aproveitar-se o beneficiário da distorção volitiva, para lograr um lucro patrimonial excessivo, é sem dúvida um defeito do negócio jurídico, embora diferente, na sua estrutura, dos até agora examinados, razão por que é chamado por alguns de vício excepcional.⁷²

Segundo a noção corrente, que o nosso direito adotou, a *lesão qualificada* ocorre quando o agente, premido pela necessidade, induzido pela

inexperiência ou conduzido pela insensatez, realiza um negócio jurídico que proporciona à outra parte um lucro patrimonial desatrazado ou exorbitante da normalidade.

Na sua caracterização devem ser apurados dois requisitos: um *objetivo* e outro *subjetivo*. O primeiro, *objetivo*, situa-se na desproporção possivelmente de auferir do negócio um lucro desabusadamente maior do que a prestação que pagou ou prometeu, aferida ao tempo mesmo do contrato. Na lesão enorme (lesão de mais de metade ou *laesio ultra dimidium*) havia mister que o preço recebido fosse menor do que a metade do valor da coisa. Para a Lei nº 1.521/1951, somente se caracterizava a lesão ou usura real, quando uma das partes auferia do negócio lucro maior do que um quinto da contraprestação da outra parte, paga ou prometida (art. 4º, "b"). De todas as legislações modernas que estruturaram a *lesão qualificada*, nenhuma delas se referiu a uma cifra determinada, instituída em paradigma do requisito objetivo, parecendo-nos que esta providência, incrustada no direito positivo brasileiro, provinha de ter sido a ressurreição da rescisão lesionária realizada em período de ausência de atividades parlamentares que melhor a esclareceriam, como ter ainda trabalhado uma reminiscência do velho instituto da lesão enorme, que era tarifada.

O Código abandona o critério do tarifamento, que sempre nos pareceu inconveniente, pois mais aconselhável é deixar ao prudente arbítrio do juiz verificar se o *iustum contrapassum*⁷³ entre as prestações recíprocas foi sacrificado. Exige, contudo, que a prestação a que se tenha obrigado o devedor seja manifestamente desproporcional ao valor da contraprestação recebida ou prometida. Não cabe, obviamente, colocar as questões em termos de se apurar o justo preço, pois que os valores das coisas oscilam ao sabor de um conjunto de circunstâncias. Desprezou, igualmente, o conceito de *valor corrente*, que constitui um conceito sem a necessária rigidez. Oferece, todavia, um elemento de relativa objetividade, ao estabelecer que à lesão há de concorrer a prestação *manifestamente* desproporcional, isto é, uma prestação cujo valor se distancia grandemente, evidentemente, da contraprestação.

O segundo requisito, *subjetivo*, é o que a doutrina denomina *dolo de aproveitamento*, e se configura na circunstância de uma das partes aproveitar-se das condições em que se encontre a outra, acentuatadamente a sua

72 Mazeaud et Mazeaud, *Leçons*, II, nº 159.

73 "Justo contrapasso".

inexperiência, a sua insensatez ou o estado de premente necessidade em que se acha, no momento de contratar. A necessidade, tal como a inexperiência apuram-se no momento e em face da natureza do negócio jurídico realizado, independentemente de não se verificarem em outras circunstâncias e para os negócios em geral. A aferição do aproveitamento, oriunda da necessidade contratual (e não necessidade no sentido de miséria, penúria, insuficiência de meios de subsistência ou manutenção), ou da inexperiência, bem como da desproporção das prestações, não de ser contemporâneas da celebração do ato. Se em outro momento e em circunstâncias diferentes o agente não é necessitado ou inexperiente, ou se o valor da prestação recebida se distancia da prestação paga, ou prometida, por força de outras circunstâncias (depreciação do valor da moeda, realização de obras ou melhoramentos beneficiando a coisa), e venha a ocorrer desproporção ou melhoramentos beneficiando a coisa), e venha a ocorrer desproporção manifesta, não há falar em lesão (Código Civil, art. 157, § 1º).

Não há propriamente *dolo* no aproveitamento, pois não há mister que o beneficiado induza o agente a praticar o ato, levando-o à emissão de vontade por algum processo de convencimento, nem que tenha a intenção de explorá-lo. Basta que se aproveite conscientemente daquela situação de inferioridade, ainda que momentânea do agente, e com ele realize negócio de que aufrua lucro anormal. Assim, por exemplo, o advogado que, se valendo de situação de desespero da parte, firma contrato *quota litis* no qual fixa sua remuneração de êxito em 50% do benefício econômico gerado pela causa.⁷⁴

Verificada a existência destes dois extremos, o ato negocial é defeituoso, e, como tal, suscetível de desfazimento. A lesão, como defeito do negócio jurídico, conduz à sua anulabilidade, e não à sua nulidade. Em consequência, pode ele ser convalidado. Partindo de que o fundamento da invalidação é o atentado à justiça comutativa, pode o beneficiado restabelece-la de duas maneiras: oferecendo suplemento que desfaça a desproporção das prestações ou acordando com a redução do proveito (art. 157, § 2º). Tendo em vista que numa ou noutra hipótese a anulação do negócio não será pronunciada, entende-se que, mesmo depois de instaurada a instância processual, caberá ao demandado oferecer suplemento suficiente ou aceitar a redução do proveito, e, com isto, ilidir a prestação anulatória do lesado.

O problema da *renúncia* à faculdade de pleitear o desfazimento de negócio, que atormentou os juristas medievais, encontra solução na res-salva de que somente é válida, e apta a restituir eficácia ao ato, quando realizada fora totalmente das circunstâncias que induziram o agente ao ato lesivo.⁷⁵ A matéria, que constituía questão aberta no regime da legislação anterior, em que se indagava se o ato lesivo era nulo ou anulável, passou a pacífica, pelo fato de o Código caracterizar a lesão como defeito que conduz à anulabilidade, e não à nulidade de pleno direito (art. 178, II).

O Código de Proteção e Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990), embora não se lhe refira nominalmente, também absorveu o instituto da lesão.⁷⁶

Estado de Perigo. O Código aceitou a inovação que eu introduzi ao redigir o Anteprojeto de Obrigações, e se encontra consignada no art. 156. É defeituosa a declaração de vontade quando uma pessoa a emite premiada pela necessidade de salvar-se, ou a seu cônjuge, descendente, ascendente, ou mesmo alguém a ela ligada por laços de extrema afetividade, assumindo obrigação excessivamente onerosa. É elementar, nesta espécie, o fato de ter a outra parte conhecimento do estado de perigo. *

O defeito assemelha-se à coação, uma vez que a vontade não se manifesta livremente, porém influenciada pelas circunstâncias. Da coação se distingue, todavia, em que ocorre não uma ameaça, senão que alguém, co-nhecendo a existência do perigo, aproveita-se para extrair benefício excessivamente oneroso para o declarante. É o caso de quem promete quantia vultosa a quem o salve de naufrágio ou afogamento. O instituto é disciplinado no Código italiano, art. 1.447, que legitima o promitente a postular a rescisão do contrato, mas admite, conforme as circunstâncias, que o juiz, ao pronunciá-la assegure compensação equitativa a outra parte, pelo serviço prestado. O prejudicado decai do direito de pleitear a anulação em quatro anos a contar da realização do negócio (art. 178, II).

75 Cf., a respeito da lesão nos seus diversos aspectos: Caio Mário da Silva Pereira, *Lesão nos Contratos*; De Page, *Le Problème de la Lésion dans les Contrats*; Alberto Candian, *Contributo alla dottrina della usura e della lesione nel diritto positivo italiano*; René Dekkers, *La lésion enorme*; E. Demontès, *De la lésion dans les contrats entre majeurs*; Oertmann, *Introducción*, p. 276; Mazzeaud et Mazzeaud, *Leçons*, II, nº 209 e ss.; Wilson Andrade Brandão, *Lesão e Contrato*.

76 V. o nosso *Lesão nos Contratos*, nº 112.

1ª edição – 1961	19ª edição – 1998
2ª edição – 1966	19ª edição – 1998 – 2ª tiragem
3ª edição – 1971	19ª edição – 1999 – 3ª tiragem
4ª edição – 1974	19ª edição – 1999 – 4ª tiragem
5ª edição – 1976 – 1ª tiragem	19ª edição – 1999 – 5ª tiragem
5ª edição – 1978 – 2ª tiragem	19ª edição – 2000 – 6ª tiragem
5ª edição – 1980 – 3ª tiragem	19ª edição – 2000 – 7ª tiragem
6ª edição – 1982	19ª edição – 2001 – 8ª tiragem
7ª edição – 1983	19ª edição – 2001 – 9ª tiragem
8ª edição – 1984	19ª edição – 2002 – 10ª tiragem
9ª edição – 1985	20ª edição – 2004
10ª edição – 1987	20ª edição – 2004 – 2ª tiragem
11ª edição – 1989	20ª edição – 2005 – 3ª tiragem
12ª edição – 1990	21ª edição – 2005
13ª edição – 1992	21ª edição – 2005 – 2ª tiragem
14ª edição – 1993	21ª edição – 2005 – 3ª tiragem
15ª edição – 1994	21ª edição – 2006 – 4ª tiragem
16ª edição – 1994	22ª edição – 2007
17ª edição – 1995	22ª edição – 2008 – 2ª tiragem
18ª edição – 1996 – 2ª tiragem	23ª edição – 2009
18ª edição – 1996 – 3ª tiragem	23ª edição – 2010 – 2ª tiragem
18ª edição – 1997 – 4ª tiragem	23ª edição – 2010 – 3ª tiragem
18ª edição – 1997 – 5ª tiragem	24ª edição – 2011



O GEN | Grupo Editorial Nacional reúne as editoras Guanabara Koogan, Santos, Roca, AC Farmacêutica, Forense, Método, LTC, E.P.U. e Forense Universitária, que publicam nas áreas científica, técnica e profissional.

Essas empresas, respeitadas no mercado editorial, construíram catálogos inigualáveis, com obras que têm sido decisivas na formação acadêmica e no aperfeiçoamento de várias gerações de profissionais e de estudantes de Administração, Direito, Enfermagem, Engenharia, Fisioterapia, Medicina, Odontologia, Educação Física e muitas outras ciências, tendo se tornado sinônimo de seriedade e respeito.

Nossa missão é prover o melhor conteúdo científico e distribuí-lo de maneira flexível e conveniente, a preços justos, gerando benefícios e servindo a autores, docentes, livreiros, funcionários, colaboradores e acionistas.

Nosso comportamento ético incondicional e nossa responsabilidade social e ambiental são reforçados pela natureza educacional de nossa atividade, sem comprometer o crescimento contínuo e a rentabilidade do grupo.

CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA
 Professor Emérito na Universidade Federal do Rio de Janeiro
 e na Universidade Federal de Minas Gerais.

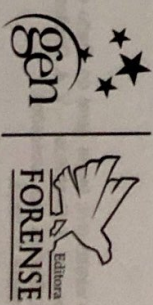
INSTITUIÇÕES DE DIREITO CIVIL

VOLUME I
 INTRODUÇÃO AO DIREITO CIVIL
 TEORIA GERAL DE DIREITO CIVIL

25ª edição

De acordo com o Código Civil de 2002

Revista e atualizada por
Maria Celina Bodin de Moraes



Rio de Janeiro