

Dos Vícios do Consentimento

Silvio Rodrigues

Professor Catedrático de Direito Civil da Faculdade
de Direito da Universidade de São Paulo

2.^a edição

CELSO TRISTÃO DE LIMA
ALTA FIDELIDADE
Rua... 171
CEP 13137-5

edição SARAIVA

1982

Capítulo II

Dos vícios do consentimento

Sumário:

5. Ponto de partida: o ato jurídico é ato de vontade.
6. Conexão entre as teorias dos defeitos dos atos jurídicos e das nulidades.
7. A existência de vício do consentimento torna simplesmente anulável o ato assim defeituoso.
8. Esboço sobre o conflito entre a teoria da vontade e a da declaração.
9. O que representa a teoria da declaração. Reação: Teoria da responsabilidade.
10. Insuficiência da teoria da responsabilidade. Teoria da confiança.
11. A noção de ordem pública e sua hipertrofia.
12. A evolução do direito se faz, também, pela atividade jurisprudencial.
13. A idéia de causa, como instrumento para julgar.
14. Plano de tratamento da teoria dos vícios do consentimento.

5. *Ponto de partida: o ato jurídico é ato de vontade.* Adotando o legislador de 1916 o alvitre do Código alemão, de inserir na codificação uma Parte Geral¹, foi aí que tratou da teoria dos atos jurídicos e, portanto, dos defeitos que os podem invalidar. Tendo partido do pressuposto de que o ato jurídico é o ato lícito

1. Não foi com muito aplauso que vi a sugestão apresentada pela Comissão encarregada de elaborar o Anteprojeto de Código de Obrigações de 1941, no sentido de suprir-se a parte geral do Código Civil. Os argumentos expostos para sustentar tal tese não me convenceram e continuo a entender ter havido uma melhoria com a inserção, em nossa sistemática, da parte geral. O legislador decerto foi movido pela persuasão de que, compendiando ali matéria aplicável aos vários institutos da parte especial, evitaria a necessidade de repetir em cada caso particular uma disposição convinhável a todos.

Por ocasião da 2.^a edição deste livro, a reflexão constante desta nota ganhava atualidade, pois o Projeto de 1965, resultante dos Anteprojetos de CAIO MÁRIO e ORLANDO GOMES adotou tal orientação. Felizmente, o Projeto de Código Civil, de 1975, a repeliu.

de *vontade*, esta, naturalmente, constitui o substrato daquele, e as regras a seguir estatuídas são uma decorrência lógica de tal posição original.

6. *Conexão entre as teorias dos defeitos dos atos jurídicos e das nulidades.* O ato jurídico é o ato lícito de vontade capaz de criar, resguardar, transferir, modificar ou extinguir relações na órbita do direito. Representa uma prerrogativa que o ordenamento jurídico confere ao indivíduo capaz de, por intermédio de sua vontade, criar relações a que o direito empresta validade, uma vez que elas se conformem com a ordem social². A vontade é livre, e essa autonomia só encontra limite na lei de ordem pública.

Se o ato jurídico é fundamentalmente um ato de vontade, para que ele se aperfeiçoe faz-se mister que essa vontade, efetivamente, se externe livre e consciente. Se tal inoocorre, falta o elemento primordial do ato jurídico, que, por isso mesmo, logicamente, não pode prevalecer. Se a vontade traz em seu bojo um defeito que a vicia, o ato por ela aparentemente gerado é suscetível de ser desfeito.

Daí a íntima conexão entre a teoria dos defeitos dos atos jurídicos e a das nulidades. Se o consentimento, reflexo da manifestação volitiva, vem inquinado dum vício que o macula, a lei, no intuito de proteger quem o manifestou, permite-lhe promover a declaração de ineficácia de tal ato, estribado justamente naquela circunstância.

Esse é um corolário daquele pressuposto inicial, segundo o qual a vontade é o próprio substrato do negócio jurídico.

7. *A existência de vício do consentimento torna simplesmente anulável o ato assim defeituoso.* Todavia essa posição suscita alguns problemas. O primeiro diz respeito às conseqüências lógicas. Armado o silogismo, tal como fizemos acima, desde o

2. O Prof. BELEZA DOS SANTOS (*A simulação em direito civil*, ed. 1921, p. 3, nota 1) define negócios jurídicos em direito privado como as declarações de vontade tendo em vista um fim prático que o direito protege, reconhecendo ou atribuindo efeitos jurídicos a essa declaração de harmonia com o seu fim e com o presumido interesse social.

momento em que a vontade inexistisse em virtude de um defeito dentre aqueles capitulados na lei, a conseqüência deveria ser a de considerar-se o ato nulo, para não dizer inexistente. Entretanto, a regra do art. 147, II, de resto contradiz noutras legislações, o focaliza como anulável, tão-só.

Não será em todas as hipóteses que o consentimento inexistente. Mas, no caso de erro impróprio ou erro obstáculo, não houve conjugação de vontades; no caso da coação o consentimento que se externou não passa de mera aparência³, em nada se confundindo com o efetivo querer. Ora, faltante o elemento medular do ato jurídico, ou seja, a vontade, ele devia — se se levasse a extremos lógicos a posição inicial — ser considerado nulo, insuscetível de convalidação, irratificável, imprescritível. Não obstante, o legislador, atento à conveniência e a razões de ordem prática, enfileirou-o entre os simplesmente anuláveis.

8. *Esboço sobre o conflito entre a teoria da vontade e a da declaração.* A segunda questão provocada por aquela definição inicial é da eventual disparidade entre a vontade e a declaração. As várias teorias provocadas pela propositura de tal problema serão expostas quando se tratar do erro⁴.

Todavia, mister notar, desde agora, a tendência no sentido de se abandonar a teoria da vontade por uma concepção que atenda melhor aos interesses gerais. Com efeito, a teoria da vontade real, prestigiando a intenção das partes, visa proteger o autor da declaração, permitindo o desfazimento do ato quando sua forma externa não representa a vontade do agente. Mas esta é uma posição excessivamente individualista, que destoa, talvez, da vocação do direito atual. Este parece mais preocupado com o bem do maior número, e a ampliação da idéia de ordem pública, ou o fastígio da noção de abuso de direito, entre outros fatores, de um certo modo revelam tal tendência.

3. Em contrário, SAVICNY, *Traité de droit romain*, trad. Guenoux, 1845, v. 3, p. 104, § 114: "La violence, en soi, ne détruit ni l'existence et ni l'efficacité de la volonté; mais l'immoralité qui accompagne la violence et entreprend sur le domaine du droit demande à être réprimée".

4. Isso porque, quando a divergência entre o consentimento e sua manifestação é involuntária, configura-se o erro, quer em virtude de um lapso gerador da expressão que não traduz o pensamento, quer pela transmissão infiel da idéia por aparelho ou através de um nuncio (cf. BELEZA DOS SANTOS, ob. cit., p. 4).

Reagindo contra a teoria da vontade real, a teoria da declaração atinge extremo oposto, pois tem em vista assegurar, de preferência, proteção ao destinatário daquela. Desconsidera a vontade, para ater-se ao reflexo externado, almejando garantir a estabilidade das relações negociais. A declaração, uma vez externada, separa-se da vontade de quem a emite, da mesma forma que a lei, depois de publicada, fica independente da vontade do legislador⁵. Julgar-se-á a declaração com objetividade, depois de devidamente interpretada; tal interpretação não visa descobrir o que seu autor eventualmente queria, mas a apurar a maneira como uma pessoa normal, de acordo com os princípios da boa fé, a entenderia.

9. *O que representa a teoria da declaração. Reação: Teoria da responsabilidade.* Repare-se como esta teoria representa um passo audaz na fuga à concepção individualista, rumo a um entendimento, digamos, mais socializante; o interesse da comunidade preferindo ao do indivíduo; a segurança das relações sociais sobrepondo-se ao querer de um só. Isso a despeito de tal ponto de vista refletir uma transigência lógica com aquela definição inicial do ato jurídico.

Uma reação contra o extremismo da teoria de declaração, que, desatendendo à vontade, representaria um desprezo àquele fator elementar, no conceito de ato jurídico, é a teoria da responsabilidade. Por ela, o erro justificaria a promoção da nulidade, só quando quem nele incorreu se houvesse comportado sem dolo, nem culpa, agindo na melhor boa fé (v., *infra*, n. 25).

10. *Insuficiência da teoria da responsabilidade. Teoria da confiança.* Mas, dentro desta teoria, que representa apenas uma atenuante à da vontade real, a parte a quem se destina a declaração fica desprotegida e corre o risco de ver desfazer o negócio em que legitimamente confiou, apenas porque o emissor da declaração incidiu em erro, ainda que de boa fé. O recuo, representado pela teoria da responsabilidade, também se mostra, assim, insuficiente para assegurar a estabilidade das relações sociais; no fundo, embora coerente com o conceito de ato jurídico,

5. SALEILLES citado por BELEZA DOS SANTOS, ob. cit., p. 21.

a teoria da responsabilidade pode instalar uma desconfiança geral e, portanto, uma ameaça ao próprio ato jurídico.

Em matéria de erro — onde o problema se propõe com maior intensidade, se não exclusivamente — a solução foi determinar que ele só seria causa de anulação do contrato quando, além de essencial, fosse reconhecível pelo outro contraente (v. Código italiano, arts. 1.428 e 1.431).

Aqui se nota, mais uma vez, o abandono daquela posição individualista original, em atenção ao interesse geral. Se a declaração diverge da vontade, o ato será válido ainda que sem consentimento, se o defeito que o vicia é insuscetível de ser reconhecido pelo outro contratante. É a chamada teoria da confiança (do *affidamento*), a qual está para a teoria da declaração, como a da responsabilidade para a da vontade⁶.

11. *A noção de ordem pública e sua hipertrofia.* Acima, referi-me à noção de ordem pública, e disse que a ampliação de tal conceito revela a vocação do direito atual de desertar daquela posição individualista anterior, para abraçar uma outra, norteadada pela idéia de assegurar o bem do maior número.

A extensão da idéia de ordem pública é um problema que deflui do conflito entre o ato jurídico e a lei. O ato jurídico "peut être contraire à une loi, y déroger, mais seulement si cette loi n'intéresse pas à l'ordre public. Ainsi l'ordre public intervient comme une barrière à l'efficacité de la volonté particulière lorsqu'elle va à l'encontre de certaines lois intéressant l'ordre public"⁷.

De sorte que o princípio da autonomia da vontade só encontra limite na noção de ordem pública, vigendo aquela regra, já vinda dos romanos e consignada no art. 6.º do Código de Napoleão, segundo a qual não se pode derogar por convenções particulares as leis que interessam à ordem pública e aos bons costumes.

6. STOLFI, *Teoria del negozio giuridico*, Pádua, 1947, p. 103.

7. JULIOT DE LA MORANDIÈRE, La notion d'ordre public en droit privé, in *Cours de droit civil approfondi*; preleções policopiadas. Paris, 1950/51, p. 29.

JULIOT DE LA MORANDIÈRE⁸ expõe bem a posição dos autores do século XIX, em face da concepção atual.

Para aqueles a atribuição do caráter de ordem pública a uma lei deve ser excepcional. Em princípio um ato jurídico pode derogar uma norma positiva; só quando, excepcionalmente, essa lei interessar à ordem pública é que tal não se dá. Esses casos excepcionais deverão, na medida do possível, vir enumerados na lei, e seu número, segundo esses autores antigos, deve ser tão limitado quanto possível; ademais, será sempre na lei que se encontrarão os elementos para sua determinação.

Nos autores modernos — prossegue o antigo diretor da Faculdade de Direito de Paris — encontra-se uma tendência a ampliar cada vez mais o domínio da ordem pública, sendo impossível dar, *a priori*, uma enumeração das hipóteses em que a norma se reveste daquele caráter. Será o juiz quem decidirá, e não a lei que determinará quando isso ocorre ou não⁹.

Tal oposição entre as duas correntes, explica o eminente jurista, advém de tendências filosóficas e sociais diversas, que correspondem à grande oposição entre o individualismo e o socialismo. Os autores do século XIX, como de resto o Código de 1804, estribaram-se numa concepção liberal baseada no direito natural, na forma por que era concebido ao fim do século XVIII e início do XIX, ou seja, direito natural fundado nos direitos do homem, direito individualista e liberal. Essa idéia tem sido combatida, e os autores modernos, mesmo os mais liberais e individualistas, influenciados pela orientação socializante, dão menos importância ao indivíduo do que às necessidades sociais, menos à liberdade do que à legalidade e à justiça; e a questão da ordem pública não é senão um aspecto desse entrechoque de tendências.

JULIOT DE LA MORANDIÈRE, no curso já citado, põe ênfase no fenômeno da abrangência cada vez maior da noção de ordem

8. Ob. e loc. cit.

9. A noção de ordem pública deve apreciar-se em função das idéias fundamentais que se desprendem do conjunto da legislação num momento dado. "C'est un principe général qui doit avoir sa base non pas dans l'arbitraire du juge, dans tel système philosophique ou social qu'il doit avoir, mais dans le système dont le législateur s'est inspiré et qui se traduit par l'ensemble des décisions positives de la loi" (JULIOT DE LA MORANDIÈRE, ob. cit., p. 289).

pública como elemento limitador da autonomia da vontade¹⁰. Nota como, dentro das teorias sociais, o contrato vai se institucionalizando, pois o consentimento não raro se submete a condições de vinculação já previamente dispostas pela lei. Ainda aponta a crescente interferência do juiz na determinação da órbita daquela noção:

"Nous allons voir au contraire que, peut-être sous l'influence de lois sociales, peut-être sous l'influence naturel des juges à étendre leurs pouvoirs, le rôle de ceux-ci, dans notre Droit positif, est considérable quand à la détermination de l'ordre public".

Aliás, isso se justifica porque são escassas as vezes em que o legislador esclarece se um texto interessa ou não à ordem pública. De sorte que, na maioria dos casos, caberá à jurisprudência definir o efetivo alcance de uma regra. E os tribunais o farão, inspirando-se já no complexo das condições contemporâneas de vida, já na própria estrutura do Estado, já naquelas concepções sociológicas ou morais em vigor. E a tendência revelada por toda parte é no sentido de uma hipertrofia daquela idéia, com a correspondente limitação do princípio da autonomia da vontade.

12. *A evolução do direito se faz, também, pela atividade jurisprudencial.* Essa evolução que se processa dentro do direito privado perfaz-se não só através da norma positiva, como também pela atuação do juiz, nos casos em que os textos se mantêm inalterados. Norteia-a aquela ânsia de segurança e de justiça, que alguns escritores caracterizam como a tendência de publicação do direito privado.

10. Cf. SAN THIAGO DANTAS, *Evolução contemporânea do direito contratual*, RF, 139:5: "Comparando a legislação civil e comercial do início do século XIX com a que se veio a editar no fim do século e, sobretudo, no início do seguinte, é fácil observar-se o aumento quantitativo e qualitativo das normas imperativas, principalmente através do direito especial. Quer isso dizer que sob condições sociais diferentes das que cercam o primeiro surto do capitalismo industrial, no Ocidente, o princípio da autonomia da vontade entrou a perder terreno para o da supremacia da ordem pública".

O poder do juiz não é discricionário, pois tem a policiá-lo as instâncias superiores. E se estas, através de significativa maioria e com marcada reiteração, se pronunciam num determinado sentido, é provável, senão certo, que a jurisprudência vitoriosa representa, num momento dado, o sentir da comunidade quanto ao problema em foco.

13. *A idéia de causa, como instrumento para julgar.* Em matéria de vício do consentimento parece-me que o juiz deveria inspirar-se, para bem julgar, ao menos dentro da órbita dos contratos comutativos, na idéia de equivalência das prestações, servindo-se, como instrumento, da noção de causa.

O art. 82 do Código Civil não incluiu a causa das obrigações entre os requisitos essenciais de validade do ato jurídico. E por isso se discute em doutrina se o silêncio da lei implica a dispensa dessa condição, ou se ela é elementar na constituição do negócio jurídico¹¹, prescindindo, assim, de expressa referência.

Parece-me que a idéia de causa legitima e justifica o exame do ato jurídico pelo juiz, para que ele verifique, na espécie em questão, até onde o consentimento está viciado, temperando, assim, a rigidez da norma positiva¹².

11. Poder-se-ia dizer que o legislador, ciente da doutrina, e dos artigos correspondentes de outras legislações (Código francês, art. 1.108; Código italiano de 1865, art. 1.104, por exemplo), teria, se quisesse condicionar a validade do ato jurídico à existência de uma causa, consignado expressamente tal requisito no art. 82 de nossa lei. Não me convence o argumento. O legislador tampouco declarou que o ato jurídico é ato de vontade, e nem por isso o elemento volitivo deixa de ser medular no negócio jurídico.

A interpretação histórica, mais a opinião de BEVLÁQUA (*Código Civil*, v. 1, com. ao art. 90) revelam que aquela primeira era, de fato, a intenção do legislador. Mas a interpretação histórica deve ceder lugar à teleológica, e a vontade do legislador se separa do conteúdo da lei no momento em que esta é promulgada.

12. Informando que os canonistas reintegram no contrato a noção de causa, em virtude de suas idéias de bem comum, de justiça, idéias eminentemente sociais, diz JULIOT DE LA MORANDIÈRE da função do juiz no estabelecimento da noção de justiça no contrato.

"Le juge, qui est par conséquent chargé de donner force à la volonté des parties, avait, avec la théorie de la cause, un contrôle sur l'acte juridique pour savoir s'il y avait eu véritablement des prestations échangées et une cause juste au contrat" (ob. cit., p. 23).

Falando daqueles escritores que chama "les auteurs Sociales", atribui-lhes a idéia de que a teoria da causa, "c'est précisément le contrôle par le juge de la

14. *Plano de tratamento da teoria dos vícios do consentimento.* As noções acima expostas constituirão uma espécie de cenário, o pano de fundo que dará colorido à exposição que se passa a fazer. Não é propriamente uma tese a ser defendida, mas apenas um ponto de vista através do qual se encarará a teoria dos vícios do consentimento. Estes serão tratados cada um de per si, em títulos separados, na forma já programada.

volonté des parties et si la loi a mis un élément à coté du consentement, c'est précisément pour que le juge puisse contrôler la volonté par ces autres éléments. Non seulement, il pourra la contrôler en vérifiant si l'object direct de chacune des obligations est contraire à l'ordre public et aux bonnes moeurs, mais il pourra rechercher la cause, c'est à dire, le but qui a fait agir les parties, sans se maintenir aux barrières artificiales" (p. 125).