

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

ERRO INVALIDANTE NA DOGMÁTICA DO NEGÓCIO JURÍDICO

Ana Carolina Kliemann

Porto Alegre
2006

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

ERRO INVALIDANTE NA DOGMÁTICA DO NEGÓCIO JURÍDICO

Ana Carolina Kliemann

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para obtenção do título de Mestre.

Orientadora: Dra. Véra Maria Jacob de Fradera

Porto Alegre
2006

AGRADECIMENTOS

Certa vez li sobre a importância da gratidão (que quem a ela não atenta, não pode estar em suas mais perfeitas condições de sanidade): este trabalho não teria sido concluído não fosse a ajuda e apoio indispensáveis de algumas pessoas.

Minha homenagem especial à Professora Véra Fradera, a quem tenho como exemplo de pessoa e de mestre. Agradeço a orientação acadêmica, a amizade e o apoio que datam de tempos remotos do início da Graduação em Direito.

Meu agradecimento aos Professores Cláudio Michelin e Jorge Cesa Ferreira da Silva, pela mão amiga na condução dos caminhos da pesquisa, e ao mestre das lições que não estão nos livros: Carlos Souto.

Magda e Aline: agradeço a ajuda incondicionada, rápida e sempre presente. Devo especial agradecimento à Rebeca Arruda Gomes, pela revisão do trabalho.

À minha família, em suas diversas extensões (os de sempre, Joni, Suzana, João, Pedro e Marcelo; os de anos, Ana Paula Braun, Alexandra Rojas, Ana Paula Mantay, Rejane Donis, Priscilla Teloeken, Roberta Rauber, Thiago Brunetto, Pitágoras Dytz, Felipe Lamb; e ao Diogo Grimberg), agradeço o apoio e a compreensão.

Every man builds his world in his own image.
He has the power to choose, but no power to escape the necessity of choice.

Ayn Rand

(1905-1982)

RESUMO

A regulamentação das hipóteses de erro no Direito Obrigacional foi objeto de profunda alteração em razão da nova redação atribuída à matéria pelo novo Código Civil e em razão do novo cenário desenhado pelo princípio da manutenção do contrato. A presente dissertação trata das diferenças entre a regulamentação do erro em face do Código anterior (1916 – “CC/16”, artigos 86 a 113) e do novo Código (2002 – “CC/02”, artigos 138 a 166). Além disso, a dissertação trata sobre as conseqüências advindas do desfazimento do negócio jurídico por erro, inclusive sobre eventual indenização.

As questões propostas e que subjazem esta dissertação são: em quais situações a parte pode requerer o desfazimento por erro? A existência de erro, somente, é suficiente para que se declare inválido o contrato? E quais são as conseqüências da invalidação do negócio jurídico? Há algum dever indenizatório? As respostas a essas questões serão umas, se analisadas a partir das regras do Código Civil de 1916, e outras, se respondidas com base nas regras do Código Civil de 2002.

A dissertação analisa o fato de, em regra, a doutrina apontar como modificação do novo Código Civil a introdução do princípio da proteção da confiança daquele que não agiu em erro. Na verdade, no entanto, essa proteção já era implementada na vigência do Código Civil anterior (CC/16), por meio do dever de indenizar. Portanto, a proteção da outra parte não é novidade introduzida pelo novo Código Civil (CC/02).

A tese exposta nesta dissertação aponta para o fato de que, além da proteção da outra parte, a lei protege o contrato *em si*, como uma forma de proteger o comércio, ou seja, todos os demais contratos que dependem dele, direta ou indiretamente. E essa proteção é colocada em prática ao se dificultar o desfazimento do negócio jurídico por erro. Nesse sentido, o novo Código Civil inovou ao acrescentar um outro requisito para o desfazimento do negócio por erro: a sua recognoscibilidade.

Palavras-Chave: Direito Obrigacional, Negócio Jurídico – Contrato - Vícios da Vontade - Vícios de Consentimento – Erro – Dolo – Coação - Substantial (Substantialidade) - Essencial (Essencialidade) - Recognoscível (Recognoscibilidade) - Cognoscível (Cognoscibilidade) – Anulabilidade - Anulável.

ABSTRACT

The regulation of the hypotheses of mistake in Contract Law has suffered deep modifications due to the new wording of the new Civil Code and the new scenario drafted by the principle of maintenance of the contract. The presented thesis covers the differences between the old regulation supported by the old Civil Code (1916 – “CC/16”, articles 86 to 113) and the new one (2002 – “CC/02”, articles 138 to 166). Besides that, it deals with the consequences of the extinguishment of the contract due to mistake, including the possibility of indemnification of the other party.

The questions posed, which are beneath this thesis, are: in which situations a party may avoid a contract for mistake? The existence of the mistake, solely, is enough to make the contract unenforceable? And what are the consequences? Is there any duty of indemnification? The answers will be different according to the rules of the Civil Code of 1916 and the 2002 one.

In general, writers have pointed out as the modification introduced by the new Civil Code the protection of the other party that has not acted in mistake. Actually, this protection has been in evidence since the old Civil Code (CC/16), what was put into practice throughout the duty of indemnification. Thus, the protection of the other party is not the change introduced by the new Civil Code (CC/02).

The point is that the new law, besides protecting the other party, protects also the contract itself, as a means of protection of the market, or, in other words, all other contractual relations that depend on it, direct or indirectly. And this protection is put into practice by making more difficult to terminate the contract for mistake. In this sense, the new Civil Code added one more requisite: the recognisibility of the mistake.

Key-words: Contract Law, Contract, Contract Formation – Mistake – Error in Substance – Error in Essence – Substantial (Substanciability) - Essencial (Essenciality) – Void - Validity

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	7
2 A ANULABILIDADE DO NEGÓCIO JURÍDICO POR EVENTOS RELACIONADOS À VONTADE: HIPÓTESES E CONSEQÜÊNCIAS	13
2.1 VÍCIOS DA VONTADE.....	16
2.1.1 Os fundamentos e a regulamentação sobre vícios da vontade	20
2.1.1.1 <i>Teorias sobre a função e a relevância da vontade (ou elemento volitivo)</i>	<i>22</i>
2.1.1.2 <i>Defeitos do negócio jurídico e vícios da vontade no Código Civil de 2002.....</i>	<i>30</i>
2.1.2 As conseqüências trazidas pela identificação de vício da vontade no negócio jurídico.....	36
2.1.2.1 <i>Conceito de Invalidez, suas modalidades (nulidade e anulabilidade) e os vícios da vontade: perspectiva histórica e regime atual</i>	<i>37</i>
2.1.2.2 <i>Nulidade vs Anulabilidade: análise comparativa.....</i>	<i>41</i>
2.2 APONTAMENTOS ESSENCIAIS PARA A COMPREENSÃO DO CONCEITO DE ERRO.....	47
2.2.1 A análise dos vícios da vontade por meio da contraposição de seus conceitos	49
2.2.1.1 <i>Conceito de erro.....</i>	<i>51</i>
2.2.1.2 <i>Comparação com outros vícios da vontade.....</i>	<i>56</i>
2.2.1.2.1 <i>Dolo (artigos 145 a 150 do CC/02)</i>	<i>56</i>
2.2.1.2.2 <i>Coação (artigos 151 a 155 do CC/02)</i>	<i>61</i>
2.2.2 A verificação do erro pelo aplicador do Direito.....	63
2.2.2.1 <i>Declaração vs vontade interna: o problema da interpretação.....</i>	<i>65</i>
2.2.2.2 <i>Erro no motivo: exemplo das peculiaridades do papel da vontade interna no erro</i>	<i>70</i>
3 A ANULABILIDADE DO NEGÓCIO JURÍDICO POR ERRO: ANÁLISE COMPARATIVA DOS REGIMES DO CÓDIGO CIVIL DE 1916 E DO CÓDIGO CIVIL DE 2002.....	74
3.1 OS ELEMENTOS DO SUPORTE FÁTICO DO ERRO.....	76
3.1.1 Elementos necessários: a substancialidade e a essencialidade.....	79
3.1.1.1 <i>Erro na natureza do negócio (error in negotio), erro nas qualidades essenciais da coisa (error in corpore) ou do objeto do negócio jurídico (inc. I do art. 139).....</i>	<i>83</i>
3.1.1.2 <i>Erro sobre a identidade ou qualidade essencial da pessoa (inc. II do art. 139).....</i>	<i>87</i>
3.1.1.3 <i>Erro de direito: inclusão legislativa no CC/02 (inc. III do art. 139 do CC/02).....</i>	<i>88</i>
3.1.2 Elemento possível: a culpa.	91
3.1.2.1 <i>A culpa na forma de escusabilidade: a conduta do declarante</i>	<i>92</i>

3.1.2.2	<i>A culpa na forma de recognoscibilidade: a conduta do destinatário da declaração</i>	<i>97</i>
3.1.2.3	<i>A escusabilidade e a recognoscibilidade no Código Civil de 2002</i>	<i>101</i>
3.2.1	<i>O paradigma do Código de 1916: risco das circunstâncias pelo destinatário da declaração – a regra do desfazimento do negócio jurídico firmado em erro.....</i>	<i>108</i>
3.2.1.1	<i>A teoria da confiança, proteção da confiança e boa-fé objetiva no Código Civil de 1916</i>	<i>109</i>
3.2.1.1	<i>O dever de indenizar no CC 1916: fundamento.....</i>	<i>112</i>
3.2.2	<i>O paradigma do Código Civil de 2002: o risco das circunstâncias pelo declarante – a regra da manutenção do negócio jurídico firmado em erro</i>	<i>114</i>
3.2.2.1	<i>A opção do Código Civil de 2002 pela teoria da funcionalização de institutos jurídicos e o princípio da manutenção do negócio jurídico.....</i>	<i>116</i>
3.2.2.2	<i>A conduta do declaratório e o dever de indenizar no CC 2002..</i>	<i>121</i>
4	APONTAMENTOS CONCLUSIVOS.....	124
	REFERÊNCIAS.....	126

1 INTRODUÇÃO

O contrato guarda em si a promessa das partes envolvidas de cumprirem as obrigações nele previstas e livremente estipuladas. Em uma economia de mercado, o contrato exerce um papel de indiscutível importância, haja vista que é o instrumento próprio para troca de riquezas e perfectibilização de uma série de operações de cunho econômico¹.

Em algumas situações, no entanto, o contrato e as promessas nele contidas podem vir a não serem cumpridas em razão (i) de um defeito do negócio jurídico, contemporâneo ao momento de sua formação, ou em razão (ii) de determinado fato posterior e extrínseco ao contrato. Dentre as hipóteses do primeiro grupo, estão os vícios da vontade, dos quais é exemplo o *erro*.

A identificação e a delimitação das situações que permitem o desfazimento do negócio jurídico por erro são tarefas complexas. E isso porque colocam em conflito princípios como o da segurança jurídica, vez que as promessas feitas devem ser cumpridas, e o da liberdade contratual, pela qual a assunção de obrigações deve ser resultado da manifestação da vontade livre e sem vícios. O erro, portanto, polariza temas caros ao Direito Contratual como um todo, e por isso a dificuldade de se estabelecer as hipóteses de anulabilidade por erro de forma teórica, por meio da análise geral, afastada do caso concreto.

Mas não é só isso. Como bem observou o jurista norte-americano Melvin A. Eisenbergt, há uma séria tensão entre (i) a possibilidade de desfazimento do contrato por erro e a conseqüente liberação das partes de suas obrigações contratuais, e (ii) as noções básicas do direito contratual, tais como a divisão de riscos no contrato, segurança das

¹ Não se propõe, neste momento, apresentar uma definição de contrato, seja porque por ora interessa ter clara a importância do contrato na circulação de riquezas, seja porque, como afirma GUY AUGÉ, “la notion de contrat, contrairement à certaines croyances, n’est pas une et indubitable. [...] elle est, en effet, tributaire des ‘convictions métajuridiques’, des systèmes philosophiques qui lui fournissent ses prémisses.” Em tradução livre: “a noção de contrato, contrariamente a certas crenças, não é única e indubitável. [...] ela é, com efeito, tributária de ‘convicções metajurídicas’, dos sistemas filosóficos que lhe fornecem as premissas” (Le contrat et l’évolution du consensualisme chez Grotius. *Archives de Philosophie du Droit*, n. 13, p. 99-114, 1965. p. 99). Não obstante, é preciso desde já esclarecer que, para os fins deste trabalho, a espécie “contrato de consumo” não será analisada.

transações e a obtenção de benefícios, por uma das partes, por mérito, como resultado de seu conhecimento, de suas qualidades e aptidões e de sua diligência².

O tema, portanto, por si só justificaria a elaboração deste trabalho. Não obstante, outro foi o catalisador para que se elegeesse o *erro no contrato* como assunto a ser tratado nesta dissertação: a promulgação, em 2002, e a entrada em vigor, em 2003, do novo Código Civil brasileiro.

Esse recente texto legal trouxe algumas inovações com relação ao Código anterior. Há que se fazer, no entanto, um alerta: não se pode afirmar que a substituição de um texto por outro repercutiu em ruptura com o sistema anterior, dado que muitos dos princípios do novo Código já eram usualmente adotados pelos Tribunais brasileiros. Por outro lado, não se pode negar a importância do novo texto em razão das *bases* sobre as quais foi formulado. Nesse ponto, pode-se afirmar, com convicção, que houve sim uma ruptura entre o sistema anterior e o atual, a qual terá reflexos extremamente relevantes na interpretação dos institutos e regras de Direito Privado³. Como observou Judith Martins-Costa, a grande novidade do novo Código Civil é a ordem filosófica e metodológica que o marca⁴.

Deve ser considerado, portanto, o conjunto de diretrizes que norteou o novo Código Civil, isto é, os seus fundamentos. As referidas diretrizes, na proposta de Miguel Reale, são (i) a unidade e a sistematicidade, (ii) a operabilidade, (iii) a eticidade e (iv) a socialidade e desempenham papel fundamental na interpretação da norma, tendo em vista que a lei não deve ser interpretada segundo a sua letra, mas consoante o seu espírito⁵.

² EISENBERGT, Melvin A. Mistake in Contract Law. *California Law Review*, California, v. 91, n. 6, p. 1573-1643, dec. 2003. p. 1576. No original: “In part this difficulty results from the complex nature of the underlying issues: intuitively, there seems to be a serious tension between the concept that a mistake may be ground for relief in contractual transactions and such basic ideas of contract law as risk-shifting, the security of transactions, and rewards for knowledge, skill, and diligence.”

³ Gustavo Tepedino aborda a importância da construção de novos modelos interpretativos com a entrada em vigor do novo Código Civil na introdução da obra coletiva, da qual é coordenador, com o título *A Parte Geral do Novo Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional* (Rio de Janeiro: Renovar, 2003). O autor faz o seguinte alerta: “Esta louvável mudança de perspectiva, que se alastra no espírito dos civilistas, não há de ser confundida, contudo, com uma postura passiva e servil à nova ordem codificada. Ao revés, parece indispensável manter-se um comportamento atento e permanentemente crítico em face do Código Civil para que, procurando lhe conferir a máxima eficácia social, não se percam de vista os valores consagrados no ordenamento civil-constitucional” (p. XV).

⁴ MARTINS-COSTA, Judith, BRANCO, Gerson. *Diretrizes teóricas do novo Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. XIV.

⁵ REALE, Miguel. *O Projeto de Código Civil: situação atual e seus problemas fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 3.

A *unidade* e a *sistematicidade* justificam tanto a manutenção de uma parte geral no Código⁶, quanto a unificação das obrigações civis e mercantis e a preservação de vários dos dispositivos do Código anterior⁷.

A *operabilidade*, ou seja, a opção pela redação de normas de forma a se evitar equívocos e dificuldades, é verificada, por exemplo, na enumeração, em um único artigo, das normas prescricionais na Parte Geral, o que não ocorria no Código anterior. É, da mesma forma, exemplo da operabilidade a redação de normas abertas. Vale dizer, o novo Código é dotado de grande abertura semântica por meio de disposições genéricas e flexíveis e cláusulas gerais⁸. E, por fim, a operabilidade também atua por meio da *concretitude*, i.e., sempre que possível, legislar para o indivíduo *situado*, atendendo, assim, às situações sociais⁹.

A *eticidade* impõe deveres de conduta pautados na lealdade, equidade, boa-fé e probidade.

A socialidade marca o afastamento do princípio nuclear do Código anterior, o individualismo, substituído pelo princípio da solidariedade social, que atua como um dos objetivos fundamentais da República¹⁰.

É importante ter-se presente que o Código Civil vigente, em razão da influência do Código Civil italiano de 1942, tem características comerciais. Basta verificar-se, neste sentido, a introdução do princípio da boa-fé, eminentemente de cunho comercial, como regra de interpretação do negócio jurídico (art. 113 do CC/02).

Além disso, muitas questões antes reguladas pelo Código Comercial (parcialmente revogado pelo novo Código)¹¹ estão contidas hoje no Código Civil¹²,

⁶ A inclusão de uma parte geral já no Código de 1916 é tratada por Véra M. J. de Fradera no artigo denominado “La partie générale du Code Civil Brésilien”, publicado na obra *Le Droit Brésilien hier, aujourd’hui et demain*. Paris: Société de Législation Comparée, 2005, p. 203-222. Vide, também, COUTO E SILVA, Clóvis do. Direito Civil brasileiro em perspectiva histórica e visão de futuro. In: FRADERA, Véra Maria Jacob de (Org.). *O Direito Privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 19.

⁷ MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gerson. *Diretrizes teóricas do novo Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 45. REALE, Miguel. *O Projeto de Código Civil: situação atual e seus problemas fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 4-5.

⁸ MARTINS-COSTA, op. cit., p. 117-121.

⁹ REALE, op. cit., p. 12.

¹⁰ MARTINS-COSTA, op. cit., p. 144.

¹¹ Vide MAC-DONALD, Norberto da Costa Caruso. O Projeto do novo Código Civil e o direito comercial. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, v. 16, p. 139-160, 1999. p.14.

¹² Na observação de VERA M. J. DE FRADERA, “comme il a déjà été déjà signalé, le Code civil brésilien de 2002 a importé quelques caractéristiques du Code civil italien de 1942. Dans ce contexte, le législateur brésilien a introduit des matières qui auparavant faisaient partie de notre Code commercial de 1850, d’inspiration française. Dans le même temps, le législateur du nouveau Code civil a réglementé l’entreprise, véritable innovation dans le système de droit privé national.” In: Code Civil Brésilien. *Le Droit Brésilien hier, aujourd’hui et demain*. Paris: Société de Législation Comparée, 2005. p. 215-216.

permitindo que se afirme, inclusive, que nele está unificado o Direito das Obrigações¹³. A opção pela unificação levou, como salienta Miguel Reale, à alteração da ordem do Código: após a Parte Geral, na qual se enunciam os direitos e deveres gerais da pessoa humana como tal, e se estabelecem pressupostos gerais da vida civil, começa, na Parte Especial, a disciplinar as obrigações que emergem dos direitos pessoais¹⁴.

É bem verdade que esta vocação para o comércio foi o *mot* para a proposta que se pretende fazer quanto à aplicação e à extensão das regras sobre erro no negócio jurídico. Com efeito, o novo texto, diferentemente do que previa o antigo Código Civil, propõe-se, preferencialmente, *a manter o negócio jurídico* e, via de consequência, a manter as relações de trocas de riquezas e bens e a fomentar o desenvolvimento do comércio.

Outro aspecto que deve ser ressaltado é que o Código Civil de 2002 foi elaborado para atender às necessidades de uma sociedade de mercado, diferentemente do que ocorria no Código anterior, elaborado para atender uma sociedade agrária¹⁵. Enquanto aquele está amparado em princípios como a função social e a boa-fé objetiva e seus corolários (manutenção do negócio jurídico, *duty to mitigate the loss*¹⁶, entre

¹³ Já Teixeira de Freitas defendia a unificação do direito das obrigações, por entender que direito civil e mercantil formam um mesmo corpo. É preciso atentar, no entanto, ao fato de que Teixeira de Freitas não ignorava a existência de um corpo de normas mercantis, que seriam normas especiais, isto é, exceções, favores e liberdades em prol do comércio (p. CLXXV). Mas alerta que não era o que acontecia com o nosso Direito Comercial, “cujo código, não achando apoio na defectiva legislação civil, que temos [tínhamos], contém muitas matérias de Direito Comum, que lhe não pertencem” (p. XXXIX). (FREITAS, Teixeira de. *Consolidação das Leis Cíveis*. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003. v. 1). Sobre a obra de Teixeira de Freitas, ver também CARVALHO, Orlando de. Teixeira de Freitas e a unificação do direito privado. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, v. 60, p. 1-86, 1984.

¹⁴ REALE, Miguel. *O Projeto de Código Civil: situação atual e seus problemas fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 5.

¹⁵ Sobre o tema, ORLANDO GOMES afirma que “ao tempo em que Clóvis Beviláqua apresentou o Projeto de Código Civil brasileiro, éramos, na precisa observação de Sílvio Romero, uma nação embrionária, cuja indústria mais importante consistia em uma lavoura rudimentar, extensiva, servida ontem por dois milhões de escravos e, àquele tempo, abolida a escravatura, isto é, na última década do século XIX, por trabalhadores nacionais e algumas dezenas de milhares de colonos de procedência européia [...]”. Em outros trechos da mesma obra, o renomado jurista aborda a influência de interesses da classe média e dos fazendeiros na elaboração do Código de 1916: apesar da tentativa de imprimir-lhe um cunho liberal e progressista, havia obstáculos na estrutura agrária do país, bem como na posição conservadora dos fazendeiros, avessos a mudanças que comprometessem a manutenção do *status quo* então vigente. GOMES, Orlando. *Raízes históricas e sociológicas do Código Civil brasileiro*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 24 e 31.

¹⁶ Remete-se, sobre o assunto, à leitura da justificativa elaborada por Véra M. J. de Fradera para interpretação do art. 422 do Código Civil de 2002, aprovada na forma de Enunciado nº 169 na *III Jornada de Direito Civil* (“princípio da boa-fé objetiva deve levar o credor a evitar o agravamento do próprio prejuízo”). Disponível em: <<http://www.cjf.gov.br>>. O tema já foi, inclusive, abordado pela jurisprudência, como comprova o acórdão da lavra do hoje aposentado Ministro do STJ Ruy Rosado de Aguiar Jr. (Resp 256.274/SP, DJ 18/12/00 – “A avaliação do período a considerar para lucros cessantes deve ser feita de acordo com a boa-fé objetiva, que impõe ao lesado cooperar lealmente, praticando atos que estavam ao seu alcance, para evitar a continuidade do prejuízo”).

tantos outros), esse se apoiava em valores positivistas¹⁷ de proteção à família, ao contrato e à propriedade, com notas bastante individualistas.

Pois bem. Antes, no entanto, da análise da regulamentação do erro no Código Civil, serão enfrentados temas essenciais para a compreensão deste instituto. Assim, a primeira parte deste trabalho tratará do papel exercido pela vontade na teoria do negócio jurídico e, via de consequência, das hipóteses de invalidade do negócio jurídico em razão de vícios da vontade, o que compreende alguns apontamentos históricos, inclusive quanto à variação das consequências aplicadas aos casos de vícios da vontade (Capítulo 2.1). Ainda nessa mesma parte, serão analisadas algumas distinções entre o erro e os demais vícios da vontade, como o dolo, a coação, bem como os problemas do erro na interpretação (Capítulo 2.2).

Na segunda parte deste estudo, serão abordados os pressupostos, as condições e as consequências da invalidação do negócio jurídico por erro em análise comparativa entre os regimes do Código de 1916 e o Código de 2002. O Capítulo 3.1 desta parte cuidará dos elementos que podem compor o suporte fático do erro, quais sejam, substancialidade (essencialidade), escusabilidade e recognoscibilidade, e quais estavam previstos no Código Civil de 1916 e quais, na leitura aqui proposta, estão presentes no atual Código. As consequências do desfazimento do negócio jurídico serão objeto do Capítulo 3.2, no qual se pretende confrontar as normas do Código de 1916 com as normas do Código 2002, bem como os valores que subjazem essas normas (proteção do indivíduo *vs.* proteção do comércio).

É importante adiantar, em nome do rigor científico que impõe a limitação do objeto de estudo e, principalmente, com vistas a não gerar expectativas no leitor, que as disposições do Código de Defesa do Consumidor e o erro em institutos de Direito de Família não serão abordados neste trabalho. Tampouco será tratado o erro no pagamento indevido¹⁸. Optou-se por esse formato porque a proposta aqui feita é a de se traçar um modelo interpretativo do *erro* no negócio jurídico, e não propriamente fazer um tratado sobre este instituto.

¹⁷ A influência do positivismo de Augusto Comte no Código Civil de 1916 é fato conhecido por todos (sobre o assunto, ver FRADERA, Véra Maria Jacob de. *La partie générale du Code Civil Brésilien. Le Droit Brésilien hier, aujourd'hui et demain.* Paris: Société de Législation Comparée, 2005. p. 205, e COUTO E SILVA, Clóvis do. *Direito Civil brasileiro em perspectiva histórica e visão de futuro.* In: FRADERA, Véra Maria Jacob de (Org.). *O Direito Privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 18-19).

¹⁸ Isso porque é instituto diferente do erro no contrato, como salienta MICHELON JR., Cláudio. *Enriquecimento sem Causa e Medidas Restituintórias.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006 (prelo).

A par disso, é importante que desde já se esclareça que o objetivo deste trabalho é também propor uma sistematização do regime jurídico do erro de forma bastante didática, dado que por vezes tanto as hipóteses de aplicação de erro frente a outros vícios da vontade (notadamente o dolo), quanto suas conseqüências são campo para muita confusão, como se pode constatar da prática forense¹⁹.

Propõe-se, em suma, contribuir para a *operabilidade* do instituto do erro nos termos previstos no Código Civil de 2002 (“CC/02”), no sentido proposto por Miguel Reale: a idéia é “pôr um termo a essa perplexidade, de maneira prática, porque o simples é o sinal da verdade, e não o bizantino e o complicado”²⁰.

¹⁹ Pode-se citar como exemplo a decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro em 25/06/1996. O acórdão tratou de caso em que o autor da ação veio a descobrir, após a celebração do negócio de compra e venda, que a obra de arte adquirida não era de autoria de um renomado pintor alemão ao qual havia sido, falsamente, atribuída. Os desembargadores acolheram a alegação de erro substancial, visto que incidente sobre qualidade essencial do quadro comprado pelo autor. Com efeito, comprovou-se que se o quadro não fosse do referido pintor, não teria sido firmado o negócio jurídico. Ocorre que, além de determinar o desfazimento do negócio, com a conseqüente volta ao *status quo ante*, a 7ª CC do TJRJ condenou os réus a *ressarcirem o autor* das despesas necessárias para a verificação da autenticidade do quadro. Ora, a imposição do dever de indenizar aos réus somente seria possível se se estivesse diante de caso de *dolo*, que pressupõe a indução do autor em erro quando a qualidade essencial do objeto. Consta, no entanto, no próprio acórdão que *não havia nem prova nem alegação, por parte do autor da demanda, de que os réus tinham conhecimento quanto ao fato de se tratar de obra de arte falsificada* (RT 735/377).

²⁰ REALE, Miguel. *O Projeto de Código Civi: situação atual e seus problemas fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 10.

2 A ANULABILIDADE DO NEGÓCIO JURÍDICO POR EVENTOS RELACIONADOS À VONTADE: HIPÓTESES E CONSEQUÊNCIAS

O erro, como se afirmou, é uma das hipóteses de invalidação do negócio jurídico por vício da vontade ou por constituir *defeito do negócio jurídico*, em um conceito mais amplo, o qual foi adotado pelo Código Civil.

Ao lado do erro, o Código Civil arrola outras hipóteses de invalidação do contrato por *defeito*. São elas: dolo, coação, estado de perigo, lesão e fraude contra credores. Dolo e coação, assim como o erro, são eventos que estão intrinsecamente relacionados à vontade de uma das partes contratantes e daí vem a denominação específica de *vícios da vontade*. Estado de perigo, lesão e fraude contra credores são *defeitos do negócio jurídico*, mas não são propriamente vícios da vontade²¹.

A bem da verdade, estado de perigo e lesão são, a rigor, hipóteses de rescisão²², e não de invalidade, assim como fraude contra credores seria mais corretamente

²¹ Pontes de Miranda faz referência à diferença entre eles, explicando que “são defeitos dos atos jurídicos as faltas de elementos, ou a presença de fatos que tornam deficientes os suportes fáticos: entram esses no mundo jurídico e se fazem, assim, atos jurídicos, mas defeituosos”. A incapacidade relativa e a falta de assentimento da mulher ou do marido são exemplos de defeitos. O *vício* é uma espécie de defeito, pois é deficiência da *vontade* (desconformidade entre a vontade real e a vontade declarada). Não são, no entanto, propriamente sinônimos, vez que *defeito* é, como se viu, mais abrangente do que *vício*. Assim, o erro, o dolo e a coação são exemplos de vícios da vontade. O estado de perigo, a lesão e a fraude a credores, por opção do legislador, são espécies de defeito, mas a rigor não podem ser denominados de *vícios*. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. São Paulo: RT, 1983. t.3, p. 213, §411.

²² Essa impropriedade foi apontada por Clóvis do Couto e Silva ao tecer comentários sobre o então Projeto de Código Civil, os quais foram reproduzidos na obra de Moreira Alves. Rescisão e anulabilidade são consequências diversas e não podem (ou ao menos não deveriam) ser equiparadas: enquanto esta está ligada a vícios da vontade, aquela tem por escopo a repressão da injustiça ou da iniquidade contratual, buscando afastar o desequilíbrio entre as prestações. Essa consideração foi refutada por Moreira Alves, então relator do Projeto de Código Civil, sob o fundamento de que a lesão e o estado de perigo são vícios da manifestação de vontade que se aproximam do dolo e da coação e que, ao fim e ao cabo, a rescisão é uma espécie de invalidade. MOREIRA ALVES, José Carlos. *A Parte Geral do Projeto de Código Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1986. p. 58-61. Também Caio Mário afirmou que a lesão não é vício de vontade. De acordo com esse autor, “não se pode conceituar lesão como ‘vício de consentimento’ (*rectius*: vício de vontade), uma vez que o desfazimento do negócio jurídico não tem por fundamento uma desconformidade entre a vontade real e a vontade declarada (erro), ou o resultado de manobras ou maquinações enviadas por um dos contratantes, para obter do outro a anuência à celebração do contrato (dolo); difere igualmente da coação porque a declaração de vontade não é resultante de um processo de intimidação levado a efeito pelo agente para lograr a aceitação do outro contratante.” *Lesão nos Contratos*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 196. Humberto Theodoro Júnior, apesar de identificar a diferença entre invalidade e rescisão, não censura a opção do Código Civil, sob o fundamento de que, de uma certa forma, a rescisão cuida de vícios inerentes à declaração e também se depara com situações de restrição da liberdade negocial. THEODORO JR., Humberto. *Comentários ao novo Código Civil*. Coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. 3, t. 1, p. 208.

classificada como caso de ineficácia²³. Dado, todavia, que foram eleitos pelo legislador como hipóteses de invalidade por *defeito do negócio jurídico*, o debate quanto a consistirem ou não em hipótese de rescisão ou de ineficácia parece ter sido relegado ao âmbito acadêmico, a menos que se proponha alguma alteração de lei ou a aplicação destes conceitos *contra legem*.

De todo modo, por ora interessa a diferenciação entre *vícios da vontade* e *defeitos do negócio jurídico*, dado ser o foco deste trabalho a invalidação do negócio jurídico por erro, que se enquadra no primeiro conceito (vício), assim como são vícios o dolo e a coação. Por conta disso é que o estado de perigo, a lesão e a fraude contra credores não serão tratados aqui; as luzes estarão, portanto, todas voltadas para as situações em que a vontade declarada estiver eivada de vício.

Como o próprio termo denota, os vícios da vontade têm por escopo a proteção do exercício livre da vontade negocial, ou seja, asseguram que o negócio jurídico firmado seja a representação jurídica da intenção genuína das partes envolvidas de criarem para si direitos e obrigações. Neste contexto, é imprescindível uma breve análise histórica da função e do papel exercido pela *vontade* na teoria do negócio jurídico, pois é esta análise que dará a medida da gravidade destes vícios em cada época histórica, assim como as repercussões que eles terão no desfazimento do contrato.

O estudo da História do Direito, aliás, alerta quanto à *parcialidade* e quanto ao caráter condicionado do conteúdo semântico dos institutos jurídicos às estruturas econômicas vigentes²⁴, vez que ele bem demonstra a exposição desses institutos a variáveis sociais e filosóficas²⁵.

Embora o objetivo deste trabalho não seja a análise histórica de institutos como o negócio jurídico e os vícios da vontade, parece-me imprescindível, seguindo PIETRO BARCELLONA, esforçar-se “em recuperar o caráter histórico e objetivamente determinado das abstrações jurídicas, ou seja, a específica relação social da qual brota

²³ Humberto Theodoro Jr. critica a inserção da fraude contra credores dentro do rol de hipóteses de anulabilidade do negócio jurídico. O autor propõe, inclusive, a aplicação, ainda que *contra legem*, das conseqüências próprias dos casos de ineficácia. Para o autor, “insistir em tratar o negócio jurídico contaminado por fraude contra credores como *ato anulável* só se explica, nos dias atuais, pelo apego à letra da norma legal, como se a sua textualidade fosse a única e última fonte exegética. Seria desprezar, por inteiro, o quadro histórico em que o Código Civil foi redigido, e não atribuir influência alguma aos interesses visados pelo legislador [...]”. THEODORO JR., Humberto. Lesão e fraude contra credores no projeto de novo Código Civil brasileiro. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 89, n. 711, p. 11-37, jan. 2000. p. 19.

²⁴ BARCELLONA, Pietro. A formación del jurista. *La formación del jurista. Capitalismo monopolístico y cultura jurídica*. 3. ed. reimp. Madri: Civitas, 1993. p. 56.

²⁵ HESPANHA, Antonio M. *Panorama histórico da Cultura Jurídica Européia*. Portugal: Mem Martins. Publicações Europa-América, 1998. p. 15.

uma determinada elaboração conceitual”²⁶, de modo que se atente para o fato de que as categorias jurídicas gerais, como o negócio jurídico e o contrato, devem ser contextualizadas historicamente, para que sejam evitados anacronismos, em conta da necessidade de se garantir que o Direito esteja conectado com a realidade social e econômica na qual será aplicado²⁷.

Por conseguinte, nesta primeira parte do trabalho, será analisado, de forma sucinta, o papel da vontade na teoria do negócio jurídico desde o Direito Romano Clássico até a atualidade e, via de consequência, o regime aplicável aos vícios da vontade. A proposta é demonstrar que o conceito de negócio jurídico, o seu desfazimento por vícios da vontade e as consequências daí advindas estão atrelados ao contexto histórico, ou seja, estão sujeitos a alterações. E, nesta medida, é esperado que o novo Código Civil apresente, para essas questões e, mormente com relação ao erro, um regime diverso daquele apresentado pelo Código Civil de 1916.

Ademais da necessidade de se fazer alguns apontamentos históricos, com o objetivo de problematizar o pressuposto implícito e acrítico da dogmática²⁸ sobre contratos e vícios da vontade, é preciso comparar e contrastar os tipos de vícios da vontade regulamentados pelo Código Civil. Essa diferenciação é essencial não só em prol do rigor científico, mas também porque, na prática dos Tribunais, muitas vezes as diferenças são, infelizmente, deixadas de lado ou mesmo ignoradas, apesar de sua relevância pragmática, que se percebe, por exemplo, na incidência ou não de prazos decadenciais e na definição de deveres indenizatórios.

²⁶ BARCELLONA, Pietro. A formación del jurista. In: *La formación del jurista: capitalismo monopolístico y cultura jurídica*. 3. ed. reimp. Madri: Civitas, 1993. p. 56. No original: “Es necesario, ante todo, esforzarse en recuperar el carácter histórico y objetivamente determinado de las abstracciones jurídicas, es decir, la específica relación social de la cual brote una determinada elaboración conceptual.”

²⁷ Pietro Barcellona vale-se de um exemplo para clarificar a idéia proposta. E dado que o exemplo refere-se à categoria jurídica do contrato, é válida a sua reprodução: “¿Como se elabora la categoría del contrato? A través de la generalización de un tipo particular de relación: la existente entre empresarios libres, entre empresarios que actúan en posición de igualdad y que regulan sus propios intereses a través de *acuerdos*. Ahora bien, la generalización del modelo contractual como esquema normal de relación entre sujetos privados libres, como instrumento de resolución de los conflictos individuales, es una generalización históricamente condicionada por una cierta formación social. Así pues, para desvelar el significado de la generalización de la categoría conceptual mencionada, será necesario llevar a cabo la reconstrucción de la *formación social*, de tal manera que pueda adecuarse a un substrato específico y a un modelo determinado: la relación entre empresarios libres.” Ibidem, p. 56.

²⁸ A frase é de António M. Hespanha (*Panorama histórico da cultura jurídica européia*. 2. ed. Mira-Sintra, Portugal: Mem Martins, 1998. p.15).

2.1 VÍCIOS DA VONTADE

Define-se negócio jurídico, corriqueiramente, como a expressão primeira e mais alta da autonomia privada²⁹, a qual representa o poder conferido ao homem pela ordem jurídica de livremente celebrar e estipular direitos e obrigações. Em outros termos, é o acordo de duas ou mais partes com o fim de reger seus direitos³⁰.

O conceito de contrato, como já se afirmou acima³¹, não é, contudo, único. Note-se, por exemplo, que a definição apresentada é de tradição romana, seguida por Pothier e adotada pelo Código Civil francês (art. 1101). Na tradição do direito comum e na tradição alemã, por outro lado, o contrato, ou *Vertrag* (que é espécie de *Rechtsgeschäft*³²), é definido como toda a convenção que produz a alteração de uma situação jurídica, não se restringindo somente àquela que cria obrigações³³.

²⁹ GONÇALVES, Diogo Costa. *Erro obstáculo e erro vício: subsídios para a determinação do alcance normativo dos artigos 247º, 251º e 252º do Código Civil* Lisboa: aafdl, 2004. p. 11. Vale alertar, como o faz Ana Prata, que o conceito jurídico de autonomia privada tem origem e configuração vinculadas às condições históricas da passagem do feudalismo ao capitalismo. Este conceito representa a vontade livre da pessoa, alcançada pela desvinculação do trabalhador à terra e ao senhor feudal, e cuja expressão máxima de seu exercício é o negócio jurídico, que passa a ser visto com a afirmação da liberdade da pessoa e não mais como mero instrumento de troca de bens. A autonomia privada (ou liberdade negocial), no entanto, representa o exercício dessa liberdade conferindo ao homem poder de auto-regulamentação, mas porque assim *reconhecido pela ordem jurídica*. (*A Tutela Constitucional da Autonomia Privada*. Coimbra: Almedina, 1982. p. 11). Este, todavia, não foi sempre o conceito dado à liberdade negocial do homem. Em outra época, o poder de auto-regulamentação do homem era entendido como resultado unicamente da vontade humana. Modernamente, como explica Judith Martins-Costa, reconhece-se que o vínculo obrigacional nasce da autorização legal (com afirmado acima, *reconhecido pela ordem jurídica*). Essa passagem de fundamento é representada pela substituição da expressão “autonomia da vontade” por “autonomia privada”. MARTINS-COSTA, Judith. Mercado e solidariedade social: entre *cosmos* e *táxis*: a boa-fé nas relações de consumo. In: *A reconstrução do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 615. Sobre o tema (autonomia da vontade vs. autonomia privada), vasta bibliografia é citada por NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. São Paulo: Renovar, 2002. p. 2, nota nº 2.

³⁰ LORENZETTI, Ricardo Luis. *Tratado de los contratos. parte general*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2004. p. 19.

³¹ Nota de rodapé n. 1, Introdução.

³² O termo alemão *Rechtsgeschäft* é correspondente ao que entendemos por “negócio jurídico”. Esse termo foi introduzido definitivamente no vocabulário jurídico alemão em 1807, por meio da obra *Grundriss eines Systems des gemein Zivilrechts*, do professor Georg Arnold Heise (RIEG, Alfred. *Le contrat dans les doctrines allemands du XIXe siècle*. *Archives de Philosophie du Droit*, Paris, n. 13, p. 31-49, Sirey, 1968. p. 32). *Vide* item 1.1.1.1 adiante.

³³ A diferença conceitual é ressaltada por Emílio Betti na obra *Cours de Droit Civil Compare: étude d'un système juridique. Systeme du Code Civil Allemand*. Milão: Giuffrè, 1965. p. 41.

São bastante corriqueiras as definições do negócio jurídico como *ato de vontade*. São, de fato, “as mais antigas na ordem histórica e talvez se possa dizer que, até hoje, mesmo na doutrina estrangeira, são elas ainda as mais comuns”³⁴.

Para alguns, não são, no entanto, as que melhor representam, em termos conceituais, o negócio jurídico em seus aspectos atuais. Assim é que, em contraposição às teorias subjetivas do negócio jurídico, existem aquelas genericamente denominadas de objetivas. Recebem esta denominação por estarem voltadas antes aos efeitos (função) que à vontade (gênese)³⁵.

Independentemente da definição de negócio jurídico que venha a ser adotada, por uma ou outra, é correto afirmar que a celebração de contrato sempre envolverá, ainda que minimamente, uma ação volitiva.

Há, portanto, toda uma preocupação com relação à formação da vontade negocial e sua concretização por meio da declaração³⁶. Disso decorre que a conduta voluntária que provoca a formação do vínculo jurídico não pode estar eivada de vícios como, por exemplo, de erro.

“Costuma-se salientar”, afirma ANTONIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO, “que os campos, em que se pode atribuir maior ou menor influência à vontade, são, principalmente, dois: interpretação e erro”³⁷. Por conta disso, é que se tem por imprescindível uma breve análise do papel exercido pela vontade nos diferentes períodos históricos da Teoria dos Contratos.

Como se verá, a vontade passou a ser elemento integrante do conceito e da existência do negócio jurídico somente a partir do *voluntarismo*³⁸. E deixou de ser

³⁴ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4. ed. atual. de acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 4.

³⁵ Ibidem, p. 12.

³⁶ GONÇALVES, Diogo Costa. *Erro Obstáculo e Erro Vício: subsídios para a determinação do alcance normativo dos artigos 247º, 251º e 252º do Código Civil*. Lisboa: aafdl, 2004. p. 11.

³⁷ AZEVEDO, op. cit., p. 89. Francesco Carnelutti, sobre ser o erro o elemento central da teoria dos vícios da vontade, afirma que “a doutrina da vontade virá a ser simplificada, pois reconhecendo-se (sic), por um lado, que a violência não é um vício da vontade e, por outro, que o dolo (*rectius*, engano) não é senão uma espécie de erro, o vício da vontade vem afinal a reduzir-se ou a identificar-se com este último”. CARNELUTTI, Francesco. *Teoria Geral do Direito*. São Paulo: Lejus, 2000. p. 429.

³⁸ Michel Villey esclarece que o *voluntarismo* é um fenômeno moderno, ou seja, pouco anterior ao século XVI. Antes, ainda que reconhecida a existência e a importância da *vontade*, ela estava subordinada à razão; repousava sobre a convicção de existência de uma ordem racional preexistente. Diferente, portanto, do voluntarismo, para o qual a vontade é, por si só e independentemente do reconhecimento de uma ordem racional preexistente, fonte de criação de instituições jurídicas (Essor et Décadence du volontarisme juridique: *Leçons D'Histoire de la Philosophie du Droit*. Paris: Dalloz, 1962. p. 271 e ss.). O recebimento do voluntarismo pela teoria jurídica abriu portas para construções como a do *contrato social* de Rousseau no séc. XIX, fundamentado na existência de uma *vontade geral* (hipotética) de constituição de “una forma de asociación que defienda y proteja con la fuerza común la persona y los bienes de cada asociado, y por la cual cada uno, uniéndose a todos, no obedezca sino a sí mismo y permanezca tan libre como antes” (ROUSSEAU, Jean Jacques. *El contrato social*. Barcelona: Edicomunicación, 1998. p. 34).

elemento nuclear da formação do contrato, mas ainda um elemento relevante, a partir do declínio desta corrente filosófica e da compreensão da necessidade de inserção de limites vindos de imperativos sociais, para uns³⁹, ou da compreensão do contrato como um “fato social”⁴⁰, para outros. A redução do papel da vontade interna mostrou-se necessária da mesma forma em razão das necessidades decorrentes de uma sociedade organizada sobre estruturas de produção e consumo em massa, como a que vivemos.

E mesmo para as teorias não subjetivas do negócio jurídico, para as quais a vontade não é elemento do suporte fático do negócio jurídico, a vontade que anima a celebração do negócio jurídico deve estar livre de vícios. Para estas, apesar de a vontade não estar no plano da existência (ou seja, não integrar o suporte fático do negócio jurídico⁴¹), é parte dos planos da validade e da eficácia⁴². Por conseguinte, a vontade defeituosa ou viciada é causa para desfazimento do negócio.

O Capítulo IV do Código Civil de 2002 (“CC/02”) regulamenta os defeitos do negócio jurídico, arrolando o erro ou a ignorância (arts. 138 a 144), o dolo (arts. 145 a 150), a coação (arts. 151 a 155), o estado de perigo (art. 156), a lesão⁴³ (arts. 157), a

³⁹ É o que está na origem das idéias carreadas pela *Erklärungstheorie*, que primeiro tratou de reduzir o papel absoluto da vontade interna, como defendido pelos criadores da *Willentheorie*, abriram as portas para que outras teorias viessem a objetivar ainda mais a figura do negócio jurídico. Sobre as características das teorias referidas (*Willentheorie* e *Erklärungstheorie*, vide RIEG, Alfred. *Le contrat dans les doctrines allemands du XIXe siècle*. *Archives de Philosophie du Droit*, Paris, n. 13, p. 31-49, Sirey, 1968).

⁴⁰ BETTI, Emílio. *Cours de Droit Civil Compare. Étude d'un système juridique. Système du Code Civil Allemand*. Milão: Giuffrè, 1965. p. 39.

⁴¹ Para Pontes de Miranda a vontade está no suporte fático do negócio jurídico. Em outros termos, para Pontes de Miranda a ausência de vontade é causa de inexistência do contrato (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983. t. 3, p. 33, §249). Seguem esse entendimento Clóvis do Couto e Silva (COUTO E SILVA, Clóvis do. *Obrigações como processo*. Porto Alegre: edição do autor, 1964. p. 37) e Véra Maria Jacob de Fradera (FRADERA, Véra M. J. de. *La partie générale du Code Civil Brésilien*. In: *Le Droit Brésilien hier, aujourd'hui et demain*. Paris: Société de Législation Comparée, 2005. p. 214). Em sentido diverso, na linha suportada por juristas adeptos a teorias de cunho objetivo, como Emílio Betti e Junqueira de Azevedo, a análise da vontade é hipótese de invalidade.

⁴² Nesse sentido, Antonio Junqueira de Azevedo, quem propõe um conceito *objetivo* de negócio jurídico, assevera que “a vontade age sobre o negócio, por exemplo, corrigindo-o no plano da validade, às vezes porque ela, *in concreto*, não existiu (declarações feitas sob coação absoluta, atos realizados sob hipnose etc.) e às vezes porque não foi regular, isto é, ou não resultou de uma exata noção da realidade (erro, dolo), ou não resultou de opção espontânea (coação, estado de perigo), ou, ainda, não resultou de motivos lícitos (simulação culposa, fraude contra credores, lesão). Por onde se vê que a relevância jurídica da vontade não ocorre no plano da existência”. AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4. ed. atual. de acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 85.

⁴³ O estado de perigo e a lesão, a rigor, são hipóteses de rescisão, e não de invalidade. Essa impropriedade da lei foi apontada por Clóvis do Couto e Silva em comentários que foram reproduzidos na obra de Moreira Alves (MOREIRA ALVES, José Carlos. *A Parte Geral do Projeto de Código Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1986. p. 119). A rescisão e a anulabilidade são conceitos diferentes e não podem (ou ao menos não deveriam) ser equiparados: enquanto esta é forma de desfazimento do contrato por defeitos, aquela tem por escopo a repressão da injustiça ou da iniquidade contratual, buscando afastar o desequilíbrio entre as prestações. Moreira Alves, na obra antes citada, adverte que a lesão e o estado de perigo são vícios da manifestação de vontade que se aproximam do dolo e da coação e que, ao fim e ao cabo, a rescisão é uma espécie de invalidade. Por conta disso, foram mantidos no rol de defeitos do negócio jurídico do Código Civil promulgado em 2002.

fraude contra credores (arts. 158 a 165) como hipóteses. Há que se referir que nem todas as hipóteses de defeitos do negócio jurídico estão contidas especificamente no capítulo referido. O negócio jurídico praticado por agente relativamente incapaz, por exemplo, que é da mesma forma defeituoso, não está relacionado nesta parte do Código Civil⁴⁴.

Com o propósito de se delimitar o campo de aplicação do erro, na linha já exposta de se apresentar um estudo da dogmática deste instituto, far-se-á sua comparação com os demais vícios da vontade (dolo e coação) na segunda parte do primeiro capítulo deste trabalho. Esta comparação mostra-se essencial em razão da já noticiada confusão em que tem incidido a jurisprudência na aplicação dos vícios da vontade, ora tratando-os como sinônimos, ora utilizando o conceito de um sob o termo de outro. Optou-se, contudo, por excluir desta comparação os demais defeitos do negócio jurídico que estão regulamentados no Capítulo IV do CC/02, quais sejam, estado de perigo, lesão e fraude contra credores, por não constituírem hipóteses de vício da vontade.

Há que se fazer ainda um alerta quanto à terminologia que será empregada neste trabalho. Decidiu-se pela utilização do termo “vício da vontade” em detrimento de outro que, à primeira vista, possa parecer similar, qual seja, o “vício de consentimento”. Valeu-se, neste sentido, da lição de Francesco Messineo, quem ensina que o consentimento é resultado da combinação de vontades e, por conta disso, não pode ser influenciado por vícios. Somente as vontades singulares, que ao final formarão o consentimento, é que poderão ser viciadas⁴⁵. Portanto, atribuindo-se razão à observação terminológica feita pelo renomado jurista citado, não será utilizada a expressão “vício de consentimento”.

⁴⁴ THEODORO JR., Humberto. *Comentários ao novo Código Civil: dos fatos jurídicos: do negócio jurídico. Arts. 138 a 184*. 2. ed. Coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. 3, t. 1, p. 5.

⁴⁵ MESSINEO, Francesco. *Doctrina general del contrato*. Trad. de R. O. Fontanarrosa, S. Sentis Melendo, M. Volterra. Buenos Aires: EJE, 1948. t. 1, p. 123.

2.1.1 Os fundamentos e a regulamentação sobre vícios da vontade

Já se referiu que o negócio jurídico é ato que visa à constituição de direitos e obrigações ou, sob outra perspectiva, aquele que tem por fim a alteração de uma determinada situação jurídica. A nota diferenciadora do negócio jurídico, em face da teoria dualista, é o fato de ele representar o grupo de atos cujos efeitos são escolhidos por aqueles que o celebram. Este poder, conferido pela ordem jurídica, permite a celebração de atos por meio dos quais serão assumidas obrigações e obtidos direitos em razão de uma *declaração de vontade* nesse sentido.

O negócio jurídico é firmado, portanto, com o objetivo de obter-se determinadas conseqüências jurídicas. É bem verdade que os efeitos jurídicos estão, neste caso, na dependência de uma ação humana. Esses efeitos, no entanto, não se produzem “por ter o agente operado em vista de os provocar e sim apenas porque a lei, em obediência a claras considerações de ordem econômica, os julgou mais necessários e convenientes”⁴⁶.

Surge o problema quando, ao ser firmado o contrato, as conseqüências jurídicas não se concretizarem como esperado, em razão de desacordo inconsciente entre a vontade e aquilo que foi declarado (erro), ou quando as conseqüências jurídicas nunca foram desejadas e são, na verdade, fruto de indução maliciosa ou ameaça alheia (dolo ou coação).

Em poucas palavras, esta é a descrição da relação entre vontade, negócio jurídico e vícios. Todos os três são, no entanto, termos⁴⁷ com conceitos variáveis, o que significa afirmar que o conteúdo semântico destas expressões está sujeito a variações em razão de questões históricas e filosóficas. A análise destas variações é de suma importância em face da necessidade de se analisar criticamente os institutos jurídicos,

⁴⁶ CORREIA, A. Ferrer. *Erro e interpretação na teoria do negócio jurídico*. Coimbra: Almedina, 1985. p. 20.

⁴⁷ Aqui a expressão “termo” foi utilizada no sentido empregado por Eros Roberto Grau *in Direitos, Conceitos e Normas Jurídicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988. Afirma o jurista, o que exponho de forma sucinta, que conceito é produto de reflexão, uma suma de idéias, expressada através do termo (ato de expressão). O conceito é sempre abstrato, sendo o termo o seu signo lingüístico. No âmbito jurídico, os conceitos não são referidos a objetos, mas sim a *significações*. GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito*. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. p. 220 e ss.

que foram tratados como *dogmas* pela Pandectística, ou seja, como imutáveis⁴⁸, e assim permaneceram por algum tempo. Não são, todavia, dogmas. Ao contrário, os institutos jurídicos, notadamente aqueles típicos de Direito Privado, preservados alguns elementos essenciais que lhes são próprios, estão sujeitos a variações⁴⁹.

A análise dos diversos tratamentos conferidos aos vícios da vontade perpassa, necessariamente, pela análise do conceito de negócio jurídico. Considerando-se que é a partir do século XIX, com a Escola Histórica e com a Pandectística, que o negócio jurídico assume as formas conhecidas no hodierno, tomar-se-á esta data como o marco inicial para uma breve, é preciso adiantar, análise histórica do negócio jurídico (ou contrato⁵⁰). De fato não se pretende apresentar um estudo exaustivo sobre a história do negócio jurídico, mas lançar alguns apontamentos imprescindíveis para a compreensão do papel exercido pela vontade humana neste instituto. Por essa razão é que este breve esboço histórico será tratado em conjunto com as teorias sobre a vontade desenvolvidas nos últimos séculos.

⁴⁸ Segundo Francesco Calasso, para atribuir este caráter de perenidade aos institutos jurídicos, utilizou-se o emprego da palavra “dogma”, própria da teologia e estranha à ciência do direito. “Dogma” é uma verdade fixa e imóvel, tendo como objeto de conhecimento, na linha de Tomás de Aquino, uma “*substantia omnino immutabilis*”: Deus. De tudo conclui Calasso que “non può parlare di dogmi la scienza giuridica, in quanto l’oggetto di questa, como creazione per eccellenza umanissima, è storicamente determinato, e quindi relativo e mutevole”. CALASSO, Francesco. *Negozió Jurídico: lezioni di storia del diritto italiano*. Milão: Giuffrè, 1959. p. 19-21.

⁴⁹ As afirmações contidas no texto quanto ao Direito Privado apresentar características próprias e, apesar disso, estar sujeito a variações são apresentadas, de forma bastante didática, em estudo conduzido Ernest J. Weinrib. Este autor sustenta que o Direito Privado é um fenômeno autônomo, coerente e inteligível em si mesmo. “This Idea”, segundo refere, “has been standard in Western legal theory ever since the distinctive character of private law was first noticed by Aristotle.” Esta posição faz frente às teorias que explicam a compreensão do Direito Privado por meio dos fins (funcionalismo). Para Weinrib, o Direito Privado tem implicações funcionalistas apenas indiretamente. Mas apesar de defender a existência de um Direito Privado em si mesmo, com institutos e raciocínio próprios, o autor assume que está sujeito a alterações: “[...] private law embodies a dynamic process. The law’s aggregate of specific determinations does not permanently freeze intelligibility of law to their contours. Being an exhibition of human intelligence rather than of divine omniscience, private law includes a self-critical dimension that manifests itself in overrulings, dissents, juristic commentary, and other indicia of controversy. Moreover, because private law develops over time and in the context of contingent situations, subsequent occurrences or the thinking of subsequent jurists may lead to fresh nuances in doctrine or to a reevaluation of the coherence or plausibility of previously settled law”. WEINRIB, Ernest J. *The idea of private law*. Cambridge: Harvard University Press, 1995. p. 4-14.

⁵⁰ Apesar da diferença entre os conceitos de *contrato* e *negócio jurídico*, como se verá no item seguinte, essas expressões serão utilizadas ao longo do texto no mesmo sentido.

2.1.1.1 Teorias sobre a função e a relevância da vontade (ou elemento volitivo)

Na Europa, até o início do movimento da codificação, que remonta ao final do século XIX e início do século XX, a principal fonte de Direito Privado era o Direito Romano, o qual foi em alguma medida sistematizado pela “recepção”⁵¹ (séc. XII), movimento que marca a transição do direito tradicional para o direito escrito⁵² e, no século XIX, foi a base para o desenvolvimento pela Escola Histórica do *sistema pandectista*.

A Pandectística do século XIX, apesar de ter, de fato, estruturado o sistema jurídico valendo-se dos termos existentes no Direito Romano justiniano, não manteve o conteúdo semântico original destes termos: os pandectistas mantiveram-os, mas lhes alteraram o sentido, de modo a atender às exigências da sociedade e do contexto histórico vigente. Os conceitos e definições do Direito Obrigacional pensados nesta época não são, como já se afirmou, dogmas intransponíveis e atemporais. Ao contrário, como ressalta FRANZ WIEACKER, “a pandectística correspondeu ao espírito do seu tempo e está naturalmente sujeita ao juízo histórico sobre esse período, juízo a que nenhuma época escapa”⁵³. No mesmo sentido, ANTONIO M. HESPANHA afirma que “o que é importante realçar é que cada instituto jurídico ou cada conceito de direito faz parte de um sistema ou contexto, do qual recebe o seu sentido. Mudado o contexto, os sentidos das peças isoladas recompõem-se, nada tendo a ver com o que elas tinham no contexto anterior”⁵⁴.

⁵¹ Sobre o tema, KOSCHAKER, Pablo. *Europa y el Derecho Romano*. Madri: Revista de Derecho Privado, 1955. p. 101 e ss. Franz Wieacker conceitua a recepção mais como “‘uma cientificização’ da vida jurídica do que como adopção de princípios jurídicos novos e estranhos do ponto de vista do seu conteúdo, a sua maior influência não consistirá tanto na modificação das normas jurídicas quanto na modificação das próprias concepções acerca do direito, modificação que se consumou pela transmissão das tarefas da jurisprudência e da legislação para um corpo de juristas”. O mesmo autor afirma que o que foi recebido não foi o direito romano clássico propriamente, mas o *jus commune* europeu, “que os glosadores e, sobretudo, os consiliadores tinham formado com base no *Corpus Iuris* justiniano, [...] com a assimilação científica dos estatutos, costumes e usos comerciais do seu tempo, sobretudo da Itália do norte”. WIEACKER, Franz. *História do Direito Privado Moderno*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993. p. 139 e 250.

⁵² “[...] é correto identificar como cerne da recepção a transição do direito tradicional para o direito escrito, de um achamento da solução jurídica impressionista para um outro tipo lógico-conceitual: o que constitui a expressão histórico-jurídica da evolução da sociedade de um viver a partir de uma relação não reflexiva com a realidade para um actuar na base de uma consciência lógico-racional.” Ibidem, p. 250-251.

⁵³ Ibidem, p. 505.

⁵⁴ HESPANHA, Antonio M. *Panorama histórico da Cultura Jurídica Européia*. 2. ed. Mira-Sintra, Portugal: Mem Martins. Publicações Europa-América, 1998. p. 74.

Nessa linha, é preciso alertar para o fato de que expressões como *contractus* e *negotium* são de fato encontradas nas fontes de Direito Romano. No entanto, os termos equivalentes (contrato e negócio jurídico) como os conhecemos hoje não remontam ao Direito Romano, mas sim aos conceitos formulados pela Pandectística⁵⁵.

Veja-se, como exemplo, o termo latino *contractus*, encontrado nas fontes romanas. Em uma análise descuidada, poder-se-ia concluir que o instituto do contrato, categoria chave do nosso Direito Privado, já era conhecido pelos romanos. Não é o que acontece, no entanto. Os *contractus*, no Direito Romano, eram fórmulas fixas que, uma vez preenchidas, davam origem a um vínculo obrigacional⁵⁶. No Direito Romano, não havia uma fórmula geral e abstrata sob a qual se pudesse inserir disposições livremente convencionadas entre as partes, o que hoje representa, em síntese, o conceito de *contrato*.

Com efeito, muito embora os magistrados romanos cedessem atenção à relação entre vontade e comportamento, não houve, nesta época, uma “descoberta da vontade”⁵⁷, ainda que se encontre referências a *consentimento* das partes para celebração de acordos (Ulpiano, D 18.1.9⁵⁸). A proteção jurídica e o efeito vinculativo do acordo não se identificavam com o elemento subjetivo “acordo de vontades”⁵⁹, mas sim com a forma adotada⁶⁰.

⁵⁵ Michel Villey ensina que expressões “direito real”, “direito pessoal”, que têm em latim correlatos *jura in re, in personam*, por exemplo, não são expressões romanas. Também a idéia do *Code Napoléon* de propriedade absoluta não equivale à noção romana de propriedade, mas advém de Locke do mito da idade de natureza individualista. “Signification philosophique du droit romain”, in *Archives de Philosophie du Droit*, t. 26, 1981. p. 385. Em outra obra, *Leçons d’histoire de la philosophie du droit*, p. 264, o mesmo Villey afirma que “les romanistes de l’Ecole du droit natures avaient patiemment refondu les notions juridiques romaines, détournées de leur sens antique, et forgé les notions modernes de personne, contrat, droit réel, droit de propriété, droit de créance, etc.”

⁵⁶ Veja-se o ensinamento de Francesco de Martino com relação à tipicidade dos contratos romanos: “Ma accanto alla forma e più della forma vive tenacemente un altre principio, che può essere addirittura considerato come una delle categorie fondamentali del pensiero giuridico romano: la tipicità dei negozi. Vi sono cioè figure bem determinate e definite di negozi, con il loro elementi essenziali, con le loro azioni corrispondenti.” *Individualismo e Diritto romano privato*. Torino: Giuffrè, 1999. p. 5.

⁵⁷ MELILLO, Generoso. *Contrahere, pacisci, transigere. Contributi allo studio del negozio bilaterale romano*. Napoles: Liguori, 1994. p. 86.

⁵⁸ Vide GORDLEY, James. Mistake in Contract Formation. *American Journal of Comparative Law*, v. 52, n. 2, p. 433-468, 2004. p. 433.

⁵⁹ Assim a lição de Emilio Betti, quando afirma que *contractus* no Direito Romano clássico não representava, como hoje, negócio bilateral formado em razão da manifestação de vontade das partes; aludia a um ato da parte que, segundo a destinação jurídica, dava vida a uma relação obrigatória. BETTI, Emilio. *Teoria Generale delle obbligazioni in diritto romano*. Milão: Giuffrè, 1947. v. 1, p.189. Ver, ainda, sobre o tema, MARTINS-COSTA, Judith. A noção de contrato na história dos pactos. In: *Uma vida dedicada ao direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 20 e ss. MOREIRA ALVES, José Carlos. A formação do contrato obrigatório: suas raízes romanas. *Revista da Faculdade de Direito da USP*, São Paulo, v. 93, 1998. p. 12.

⁶⁰ MOREIRA ALVES, José Carlos. A formação do contrato obrigatório: suas raízes romanas. *Revista da Faculdade de Direito da USP*, São Paulo, v. 93, 1998. p. 12.

O elemento *vontade das partes* era havido como uma questão de *fato*⁶¹ em consideração pelos romanos para o fim de se apurarem os interesses que estavam por detrás das negociações entabuladas entre as partes, ou seja, para que fosse identificado qual o fim buscado pelo acordo realizado entre as partes⁶². Os cuidados havidos com a *vontade* das partes, nesta linha, remontavam à preocupação dos romanos com o desenvolvimento do comércio, objeto para o qual a vocação desta civilização era indiscutível, tanto que foi o que sustentou a sua expansão territorial.

A categoria contrato e seus pilares, liberdade contratual e consentimento, na forma como hoje conhecemos, foram pensados e desenvolvidos no século XIX como instrumento de circulação de riquezas a atender aos interesses da burguesia, detentora dos meios de produção⁶³. Nesta época, houve a inserção do elemento *vontade* na categoria contrato na qualidade de fonte geradora da relação obrigacional⁶⁴, substituindo a forma, que foi fundamento eleito pelo Direito Romano. Essa modificação é resultado da incorporação, por juristas, da teoria do voluntarismo⁶⁵, movimento para o qual o acordo de vontades passou a ser visto como a origem das regras jurídicas e, inclusive,

⁶¹ MOREIRA ALVES, José Carlos. A formação do contrato obrigatório: suas raízes romanas. *Revista da Faculdade de Direito da USP*, São Paulo, v. 93, 1998p. 12

⁶² KASER, Max. *Direito Privado Romano* Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999. p. 75.

⁶³ ROPPO, Enzo. *O Contrato*. Coimbra: Almedina, 1988. p. 38. O primeiro grande código da idade moderna, o *Code Napoléon*, aliás, é exemplo do poder exercido pela burguesia. Este texto legal constitui um produto das conquistas políticas, ideológicas e econômicas alcançadas por essa classe social com a vitória da Revolução Francesa de 1789. ROPPO, *ibidem*, p. 41.

⁶⁴ A vontade somente veio a ser tratada como fonte de obrigações com o voluntarismo já que, no direito romano, contrato e acordo de vontades não se confundem. Como ensina Moreira Alves, *In A formação do contrato obrigatório: suas raízes romanas. Revista da Faculdade de Direito da USP*, São Paulo, v. 93, 1998. p. 12., “o simples acordo de vontades (*pactum ou conventio*) não-gera(va) obrigação, sendo tutelado não por uma *actio*, mas, indiretamente, por uma *exceptio*: daí a máxima *nuda pactio obligationem non parit, sed parit exceptionem*”. Para Enzo Roppo, nessa época, “a operação econômica sobrepunha-se ao contrato, absorvia-o. Foi só na época justinianeia, graças à afirmação de um espírito jurídico mais evoluído, que se chegou a delinear – com o esquema do ‘contrato inominado’ – um instrumento capaz de dar veste e eficácia legal a uma pluralidade indeterminada de operações econômicas, e neste sentido, um instrumento jurídico provido de relevo autônomo e não imediatamente identificado com esta ou aquela operação econômica.” *Ibidem*, p. 17.

⁶⁵ Como pensamento filosófico, o voluntarismo surgiu na Escolástica com as lições dos filósofos do nominalismo (séc. XIV e XV), Duns Scott e Guilherme d’Occam, que entendiam ser a vontade meio melhor e mais adequado que a razão para dirigir a vida humana. Essas conclusões são fruto de um longo debate sobre o direito de propriedade que, para os nominalistas, não é imposto pelo direito natural ou pela razão: é uma criação arbitrária e histórica. VILLEY, Michel. *Essor et Décadence du volontarisme juridique*. In: *Leçons d’histoire de la philosophie du Droit*. Paris: Dalloz, 1962. p. 274. Conforme Villey, os contornos da doutrina da autonomia da vontade devem tributo também ao Humanismo e à Reforma, no séc. XVI. Mas é Escola Jusnaturalista (séc. XVII) que vai atribuir-lhe relevância jurídica. Sobre a história do consensualismo, individualismo e autonomia da vontade *vide* obra de GILISSEN, John. *Introdução histórica ao Direito*. 2. ed. trad. A. M. Hespanha e A. M. Macaísta Malheiros. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995. p. 736-740. Ainda sobre o atraso dos juristas em relação à concepção filosófica da vontade, ver VILLEY, *op. cit.*, p. 274. GILISSEN, *op. cit.*, p. 738.

do próprio Direito, em franca oposição à noção romana, para a qual o fundamento do Direito pautava-se na convicção da existência de uma ordem racional, pronta.⁶⁶

Data também do século XIX, a transformação do contrato em categoria geral e abstrata. Tal generalização e abstração deram-se com o objetivo de assegurar que o acordo de vontades, independentemente de sua forma, fosse recebido pela ordem jurídica como uma fonte genérica de Direito Obrigacional⁶⁷.

A abstração e a generalização do contrato tornaram-se ainda mais intensas com o desenvolvimento, pela Pandectística, da categoria de negócio jurídico “na base de uma nova utilização modernizada dos textos do direito romano justinianeu”⁶⁸. No BGB, o contrato, na forma prevista do *Code Civil*, passa a ser uma espécie dentro de um todo maior: o negócio jurídico. Sob o manto deste termo, definido como uma “declaração de vontade dirigida a produzir efeitos jurídicos”, foi possível a inserção de um número ainda maior de fenômenos reais⁶⁹, solução necessária exigida pela época para garantir a segurança da circulação de riquezas e, principalmente, como medida assecuratória do direito de propriedade⁷⁰.

Esta noção de negócio jurídico, enquanto categoria abstrata e geral, e a vontade, na qualidade de fonte de obrigações, foram incluídas nos textos legais elaborados pelo movimento oitocentista de codificação⁷¹.

Vale salientar que a vontade, como fonte primeira do direito, foi utilizada como forma de garantia da proteção dos interesses individuais frente à intervenção estatal. No Direito Privado, o *dogma da vontade*⁷² representa a teoria da máxima posição assumida

⁶⁶ VILLEY, Michel. Essor et Décadence du volontarisme juridique. In: *Leçons d'histoire de la philosophie du Droit*. Paris: Dalloz, 1962. p. 88 e 90.

⁶⁷ Domat e Pothier, juristas franceses, foram os primeiros a efetivar essa transformação. O processo de abstração deu-se em prol da instalação de um direito pensado em função de um *sujeito unitário*, igual perante a lei, conforme consagrado no princípio da igualdade. Esse princípio foi incorporado, originariamente, pelas Declarações de Direito do século XVII e, a partir dessas, pelas Constituições. No momento histórico das Codificações, essa preocupação pautou também a elaboração dos principais conceitos jurídicos. Com efeito, a codificação esteve pautada em pilares como a igualdade formal das partes, entendida assim como suficiente para assegurar a igualdade material. BECKER, Anelise. *Teoria Geral da lesão nos contratos*. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 42.

⁶⁸ ROPPO, Enzo. *O Contrato*. Coimbra: Almedina, 1988. p. 48.

⁶⁹ Ibidem, p. 48.

⁷⁰ Ibidem, p. 42.

⁷¹ Esse movimento é produto do iluminismo e da exigência da sociedade da época, ansiosa por estabilidade e segurança. Os códigos representavam o mundo da segurança, como bem expõe Natalino Irti, no texto *L'età della decodificazione*. Milão: Giuffrè, 1979. p. 5.

⁷² Sobre os conceitos de autonomia da vontade e autonomia privada ver PRATA, Ana. *Tutela Constitucional da Autonomia Privada*. Coimbra: Almedina, 1982. Ver também PERLINGIERI, Pietro. *Il diritto civile nella legalità Costituzionale*. Napoli. Scientifiche Italiane, 1991. Vasta bibliografia é citada por NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrat: novos paradigmas*. São Paulo: Renovar, 2002. p. 2, nota n. 2.

pelo indivíduo e sua vontade, fonte exclusiva de criação do Direito, a tal ponto que ignorava o anterior direito objetivo⁷³. Como afirma ENZO ROPPO, a vontade é, neste período, “tão exarcebada que desemboca numa verdadeira e própria ‘mística da vontade’”, que se reflete em uma série de regras (em matéria de vícios, principalmente) destinadas à tutelar a “liberdade” e a “espontaneidade”, retirando a força obrigatória da vontade que resulte, de qualquer modo, perturbada⁷⁴.

A este poder quase imensurável concedido à vontade, insurgiram-se os juristas, já no século XIX, de modo a impedir que a vontade individual transformasse o Direito Contratual em campo fértil ao arbítrio⁷⁵. Ademais, o voluntarismo passa a ser criticado pelas ciências históricas e sociológicas, que passam a sustentar que o Direito não é fruto da vontade humana, mas de forças objetivas⁷⁶.

A partir das mudanças conduzidas pela queda voluntarismo, debateu-se quanto a ser a vontade o fundamento da força obrigatória do negócio jurídico: se o vínculo entre as partes estabelece-se pela simples manifestação da vontade (autonomia da vontade) ou, em sentido diverso, se a obrigatoriedade é oriunda de norma jurídica (autonomia privada⁷⁷).⁷⁸

⁷³ GOMES, Orlando. *Transformações gerais do direito das obrigações*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1980. p. 9.

⁷⁴ ROPPO, Enzo. *O Contrato*. Coimbra: Almedina, 1988. p. 49.

⁷⁵ Michel Villey afirma que a vontade “pura” do indivíduo não pode ser, por si só, o direito, pois é ela libertina, anárquica, instável e, portanto, o contrário do vínculo contratual e a antítese da lei. VILLEY, Michel. Essor et Décadence du volontarisme juridique. In: *Leçons d’histoire de la philosophie du Droit*. p. 281.

⁷⁶ VILLEY, op. cit., p. 277. Assim, para autores como Burke e Savigny, representantes da Escola Histórica, o direito é resultado da própria história e do espírito nacional. Para os sociólogos, como Comte e Durkheim, o direito é um fato objetivo, um dado social. Vale um aparte sobre a posição de Savigny, pois ao mesmo tempo em que este jurista declara que o *Volkgeist* (ou “espírito do povo”) e as tradições de uma nação eram a fonte do direito por excelência, é dele a maior contribuição para a Pandectística, que é uma doutrina inteiramente baseada no direito romano e sem nenhuma relação com o *Volkgeist* alemão. CAENEGEM, R. C. van. *Uma introdução histórica ao direito privado*. Trad. Carlos Eduardo Lima Machado; revisão Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 200.

⁷⁷ Sobre as fases históricas do princípio da autonomia privada, ver FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesa. Princípios de direito das obrigações no novo Código Civil. In: *O novo Código Civil e a Constituição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 96-126.

⁷⁸ MARTINS-COSTA, Judith. Mercado e solidariedade social: entre *cosmos* e *táxis*: a boa-fé nas relações de consumo. In: *A reconstrução do direito privado*. São Paulo: RT, 2002. p. 615. Natalino Irti esclarece que ainda há debate quanto à origem do negócio jurídico: se ele é anterior ao Estado, ou seja, “fato social” (Betti) ou “fato psicológico” (Stolfi), ou se sua existência é provocada por um ato do Estado que, na verdade, não “reconhece” o negócio jurídico, mas sim atribui aos indivíduos, em caráter originário, poder para regularem seus interesses. Essa dicotomia, ressalta o autor, comprova o caráter ideológico do negócio jurídico. Isso porque, em qualquer das posições, é necessário explicar a passagem do negócio jurídico do plano dos fatos para o do direito, e há, nesse sentido, inegável resistência a afastar a natureza de fato imanente à natureza humana, portanto anterior ao Estado. *Il Negozio Giuridico come Categoria Storografica, Quaderni Fiorentini*, v. 19, 1990. p.571.

Apesar deste movimento de objetivação do negócio jurídico, a vontade, se deixou de ser considerada como fundamento de vinculação das partes, ainda é havida hoje como elemento essencial e, portanto, é objeto de regulamentação.

As complicações aparecem, mais sensivelmente, no momento da interpretação do negócio jurídico, o qual, assim como a lei, é passível de averiguação de seu conteúdo e alcance. A interpretação do negócio jurídico, sob uma perspectiva dicotômica, está exposta a uma constante disputa: a contraposição entre subjetividade e objetividade (vontade interna⁷⁹ e declaração).

Quase que simultaneamente ao desenvolvimento da categoria do negócio jurídico pelos pandectistas, foram também apresentadas teorias sobre o papel desempenhado pela vontade interna e pela declaração naquela categoria jurídica. Estas teorias entabulam dois pontos de discussão: um de natureza jurídica, concernente aos elementos que constituem o negócio jurídico, e outro, no terreno filosófico, referente à força da vontade contratual⁸⁰.

Estas teorias propõem critérios diversos para a formação e para a interpretação do negócio jurídico: propugnando seja havida em conta ora a vontade interna (*Willenstheorie*), ora a declaração da vontade (*Erklärungstheorie*). Há, entre estas duas, teorias intermediárias: (i) a teoria da responsabilidade, que tem por base a primeira, e (ii) a teoria da confiança, que segue a linha proposta pela segunda⁸¹.

A teoria da vontade (*Willenstheorie*), cujos principais progenitores foram Savigny, Windscheid, Puchta, Thibaut e Zitelmann, consolidou a supremacia da vontade interna do indivíduo. A vontade interna domina toda a fase de formação do contrato e,

⁷⁹ Há que se ponderar que, quando se faz referência à “vontade interna”, não se trata de um sentimento arbitrário, sem limites ou sem pontos de referências para análise. A vontade interna refere-se sim ao indivíduo, mas deve ser identificada e analisada de forma objetiva, visto que considerada como instituição. Não é, portanto, a “vontade pura” que é protegida pelo direito, mas a vontade racional, do que decorre que o direito, sob o nome de “vontade”, trata de uma ficção da vontade, uma vontade corrigida, artificialmente havida como constante. VILLEY, Michel. *Essor et Décadence du volontarisme juridique*. In: *Leçons D'Histoire de la Philosophie du Droit*. Paris: Dalloz, 1962. p. 279.

⁸⁰ RIEG, Alfred. *Le contrat dans les doctrines allemands du XIXe siècle*. *Archives de Philosophie du Droit*, Paris, n. 13, p. 31-49, Sirey, 1968. p. 34.

⁸¹ As teorias desenvolvidas nesse âmbito, diversamente do que eventualmente ocorre com outros temas do direito obrigacional, parecem não respeitar a lógica de que uma supera a outra, pois convivem e, não raramente, têm sua aplicação invocada sob a vigência de um mesmo texto legal. Para Antonio Junqueira de Azevedo, contudo, essas teorias não são relevantes. Para esse autor, como já exposto em momento anterior, a vontade não é elemento do negócio jurídico. Ela é apenas parte da formação do ato e está restrita ao campo psicológico. A declaração, por outro lado, é elemento do negócio jurídico, sendo recebida no mundo jurídico como preceito. Por conta disso, as teorias da vontade, da declaração, da confiança e da responsabilidade têm relevância apenas para justificar porque determinado texto legal permite a influência da vontade e outro determina a sua eliminação. AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 86.

portanto, é determinante da medida e do objeto do ato⁸². A partir disso, não se admite a possibilidade de perfectibilização de um negócio jurídico que resulta de declaração de vontade que não seja condizente com a vontade interna.

Este tratamento conferido à vontade condiz com o entendimento vigente à época de sua concepção, qual seja, a de que a vontade é fonte primeira: a declaração é aqui havida apenas como meio de exteriorização da vontade interna⁸³.

A instabilidade causada nas relações obrigacionais por esse entendimento provocou o surgimento da teoria da declaração (*Erklärungstheorie*⁸⁴), cujo escopo é a conciliação da liberdade individual e da segurança jurídica⁸⁵. Esta estaria assegurada na medida em que as partes estão vinculadas pelo conteúdo da declaração, cuja importância para o Direito sobrepõe-se à vontade interna do indivíduo. Em outros termos, é relevante juridicamente a dita *vontade da declaração* (*Erklärungswille*). A *vontade interna* (*Wirkungswille*) é “absolutament inutile”⁸⁶ e sequer pode ser considerada como elemento necessário do conceito do negócio jurídico, já que há produção de efeitos independentemente dela. Vale dizer, é a declaração de vontade que determina os efeitos jurídicos que serão produzidos pela incidência da lei⁸⁷.

As diferenças entre as duas teorias são mais aparentes no tratamento que conferem aos vícios da vontade (erro, dolo e coação). Para a *Willenstheorie*, os vícios da vontade tornam sem efeito a declaração de vontade. O contrato é havido, portanto, como inexistente. Para a *Erklärungstheorie*, os vícios da vontade não apresentam as mesmas conseqüências, dado que sua presença não repercute no desfazimento do negócio jurídico⁸⁸. Como afirma Alfred Rieg, os adeptos da teoria da declaração expurgaram de seu vocabulário o termo “erro”, pois aquele que exterioriza sua vontade por meio da declaração não pode afirmar, posteriormente, que, na realidade, sua intenção era outra⁸⁹.

⁸² RIEG, Alfred. Le contrat dans les doctrines allemands du XIXe siècle. *Archives de Philosophie du Droit*, Paris, n. 13, p. 31-49, Sirey, 1968. p. 36.

⁸³ GOMES, Orlando. *Transformações gerais do direito das obrigações*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1980. p. 11.

⁸⁴ Para Alfred Rieg, foi Bülow quem formulou de forma mais coerente a Teoria da Declaração (*Erklärungstheorie*). Sua obra, *Das Geständnisrecht*, datada de 1899, pode ser, por isso, considerada como um marco inicial. RIEG, op. cit., p. 38.

⁸⁵ GOMES, Orlando. *Transformações gerais do direito das obrigações*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1980. p. 10.

⁸⁶ RIEG, op. cit., p. 38.

⁸⁷ *Ibidem*, p. 38.

⁸⁸ CASILLO, João. *O erro como vício da vontade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982. p. 31.

⁸⁹ RIEG, op. cit., p. 39. Dolo e coação também não eram aceitos como vícios de vontade, embora fossem admitidos como atos ilícitos, do que se extraíam algumas conseqüências jurídicas.

Frente a esses dois extremos (*Willenstheorie* e *Erklärungstheorie*), repita-se, “se han elaborado *doctrinas intermédias*”, quais sejam, a teoria da responsabilidade e a teoria da confiança⁹⁰.

A *teoria da responsabilidade* sustenta que deve prevalecer a vontade interna sobre a declaração, seguindo a linha da teoria da vontade. Funciona, contudo, como uma atenuante desta teoria, na medida em que, se identificado que o sujeito agiu culposamente, prevalecerá a declaração, restando afastada a proteção jurídica da incolumidade da vontade⁹¹. Aquele que agiu culposamente deverá arcar com as conseqüências de seus atos (daí o nome de “responsabilidade”, que quer significar que somos *responsáveis* pelos atos que cometemos), devendo responder pelo conteúdo da declaração.

A teoria da confiança (ou da legítima expectativa), que representa uma atenuante da *Erklärungstheorie*, propõe que as expectativas legítimas geradas pela declaração devem prevalecer, conforme as circunstâncias objetivas e as peculiaridades do caso concreto.

Se o destinatário da declaração agir, contudo, culposamente, as expectativas não serão havidas como legítimas e, por conseguinte, não serão objeto de proteção. Assim, se dispondo de condições de constatar a existência de vício de vontade incorrido pelo declarante, o destinatário não tomar nenhuma providência a este respeito (como, por exemplo, alertar a contraparte)⁹², arcará com as conseqüências do desfazimento do negócio.

Note-se que tanto a teoria da responsabilidade, quanto a teoria da confiança valem-se da culpa para definir as conseqüências da interpretação do negócio jurídico: na primeira importa a culpa do declarante; na segunda, a culpa do destinatário.

O Código Civil de 2002 nitidamente adotou a teoria da confiança em relação ao regime do erro, conforme se verificará no capítulo próprio⁹³. E, por conta disso, a ela serão dedicadas mais algumas linhas. Ademais, a forma como a teoria da confiança trata o comportamento do destinatário (considerando a ação culposa desse como hipótese de não proteção das expectativas havidas) tem significativa importância na interpretação dos dispositivos legais que regulamentam o erro no CC/02.

⁹⁰ CIFUENTES, Santos. *Negocio jurídico*. Buenos Aires: Astrea, 2004. p. 110.

⁹¹ THEODORO JR., Humberto. *Comentários ao novo Código Civil*. Coordenador Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. 3, t. 1, p. 29-30.

⁹² CIFUENTES, Santos. *Negocio jurídico*. Buenos Aires: Astrea, 2004. p. 110.

⁹³ Capítulo 3.2.

Pois bem. Na linha já iniciada pela teoria da declaração, a teoria da confiança (ou teoria do crédito social) visa à proteção da crença na aparência da declaração manifestada. Ainda que haja divergência com a vontade interna, a declaração prevalecerá quando o descompasso entre os dois elementos mostrar-se imperceptível para o destinatário, conforme os critérios apurados a partir de *standards*, como o do “bom pai de família”, e os decorrentes do princípio da boa-fé objetiva.

Os impactos da teoria da confiança na regulamentação dos vícios da vontade são significativos. Com efeito, se a teoria dos vícios surgiu, em um primeiro momento, como instrumento de garantia de que o negócio jurídico celebrado entre as partes fosse a representação da vontade interna, no seu formato atual, presta-se mais como *limite* ao desfazimento do negócio jurídico, sem perder de todo, é claro, sua nota original. Assim, se antes se exigia do declarante apenas a prova da discordância entre vontade interna e declaração para o desfazimento do negócio jurídico, hoje se exige que comprove que tenha havido *culpa*, notadamente culpa do destinatário da declaração. Transfere-se, portanto, o ônus das conseqüências pela celebração de um contrato viciado: antes carregado pelo destinatário (pois o contrato era mais *facilmente* desfeito⁹⁴), hoje pelo declarante (visto que o contrato é mais *difícilmente* desfeito), em razão de um objetivo maior: a segurança do tráfico jurídico⁹⁵.

Eis, portanto, em breve apresentação, as bases para a compreensão dos dispositivos sobre o instituto do erro no negócio jurídico previstos no Código Civil de 2002.

2.1.1.2 Defeitos do negócio jurídico e vícios da vontade no Código Civil de 2002

Uma das grandes novidades do Código Civil de 2002 consiste na substituição da expressão “Atos Jurídicos” por “Negócio Jurídico” na denominação do Título I do Livro III

⁹⁴ Já se pode adiantar que o desfazimento do negócio jurídico nestas circunstâncias não ignorava, de todo, os efeitos gerados frente ao destinatário em face da declaração recebida. Como se verá adiante (item 2.2.2.1), desfeito o contrato, o declarante estava sujeito a indenizar o destinatário pelos interesses negativos (despesas havidas com a contratação). PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado: parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983. t. 4, p. 314, §442.

⁹⁵ MIRANDA, José Gustavo Souza. A proteção da confiança nas relações obrigacionais. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, DF, v.38, n. 153, p. 131-149, jan./mar. 2002. p. 132.

(Dos Fatos Jurídicos). E, seguindo a nova terminologia empregada, os vícios da vontade, que antes estavam arrolados no Capítulo II sob a denominação de “Defeitos dos Atos Jurídicos” (CC/16), constam no Capítulo IV, sob o nome de “Defeitos do Negócio Jurídico” (CC/02).

Se, à primeira vista, a alteração parece não trazer muitas conseqüências, uma análise mais cuidadosa demonstrará que há repercussões práticas na opção legislativa pelo emprego da expressão *negócio jurídico*⁹⁶.

O tema é abordado por Véra M. Jacob de Fradera, quem esclarece que a utilização da expressão *negócio jurídico* (*acte d'affaire* ou *Rechtsgechäft*) foi introduzida no Direito brasileiro pelas obras de Pontes de Miranda e Clóvis do Couto e Silva, as quais foram influenciadas pela doutrina alemã, e mais tarde por Orlando Gomes e Silvio Rodrigues. O emprego desse termo, na prática, deu-se ainda sob a vigência do CC/16, apesar de esse texto legal não adotar o termo *negócio jurídico*, mas *ato jurídico*, conforme se verifica da redação do art. 81⁹⁷.

Do conceito de *ato jurídico*, a doutrina alemã estabeleceu diferenças entre duas espécies de *atos* “a partir do exame da possibilidade ou não, pelo declarante, de criar efeitos jurídicos a partir de sua vontade”⁹⁸. São eles: o ato jurídico em sentido amplo e o ato jurídico em sentido estrito ou *negócio jurídico*.

O *negócio jurídico*, ou *acte d'affaire* ou *Rechtsgeschäft*, corresponde ao âmbito de atuação da autonomia privada, ou seja, ao poder conferido pela lei aos sujeitos de, por um ato de vontade, criarem atos com efeitos jurídicos⁹⁹. E para que gere efeitos, o

⁹⁶ Em sentido contrário, ANDRADE JR., Attila de Souza Leão. *Comentários ao novo Código Civil: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. 1, p. 169-170 (“A distinção é absolutamente cerebrina e representa apenas uma filigrana, em essência, uma questão de semântica. A rigor inexistente tal distinção porque toda declaração de vontade há de ser feita em decorrência da lei. Não pode haver declarações de vontade à margem da lei. Tanto o suposto “negócio jurídico” quanto o suposto “ato jurídico” há manifestação de vontade do sujeito do direito, em ambos os casos perquirindo efeitos jurídicos, sob a existência de uma ordem jurídica (a lei) que a válida. Assim, seja num contrato de compra e venda (supostamente um “negócio jurídico”) seja num testamento ou casamento (supostamente “ato jurídico”) (*sic*), há sempre manifestação de vontade dos sujeitos de direito que somente se valida sempre à luz da lei. No fundo foi apenas uma preferência semântica dos alemães, que resultou em criar uma duplicidade de institutos que essencialmente não deveria existir. Esta criação foi desnecessária e servirá apenas para se criar filigranas e discussões doutrinárias estéreis que nada produzem.”)

⁹⁷ O art. 81 do CC/16 reza que: “Todo o ato lícito, que tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar ou extinguir direitos, se denomina ato jurídico”.

⁹⁸ FRADERA, Véra M. J. De. La partie générale du Code Civil Brésilien. *Le Droit Brésilien hier, aujourd'hui et demain*. Paris: Société de Législation Comparée, 2005. p. 212.

⁹⁹ *Atos jurídicos* são ações humanas que criam, modificam, transferem ou extinguem direitos. Os atos jurídicos estão divididos em *atos jurídicos stricto sensu* e *negócios jurídicos*, os quais são diferenciados pelos efeitos que produzem: enquanto as conseqüências daqueles estão previamente determinadas na lei (*efeitos necessários*), os efeitos dos negócios jurídicos são determinados pelas partes (*ex voluntate*) por meio do exercício da *autonomia privada*. Há no *negócio jurídico* *vontade negocial*, elemento ausente nos atos jurídicos em geral. MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 127.

negócio jurídico deve primeiro “existir”, ser “válido” e “eficaz”. Essa análise em “planos” (da existência, da validade e da eficácia) é própria do conceito do negócio jurídico e não encontra respaldo na teoria do *ato jurídico* (de origem francesa).

Ademais, *ato jurídico*¹⁰⁰, como estava no Código Civil anterior, carrega em si o arcabouço filosófico francês, o que inclui a visão das partes contratantes como sujeitos com interesses contrapostos, em posições antagônicas (assim, na compra e venda, o vendedor quer o valor do preço, enquanto o comprador quer o bem vendido).

Esta posição é diametralmente oposta ao entendimento alemão, povo de tradição para o comércio¹⁰¹, que vê as partes contratantes como parceiras e, por essa razão, delas espera que ajam de forma cooperativa, para que seja alcançado um objetivo comum: o adimplemento¹⁰².

A compreensão do negócio jurídico a partir dessas premissas resultou no desenvolvimento dos princípios que têm em sua base a ética e a confiança e já se encontram arraigados no Direito Obrigacional, como a boa-fé objetiva, a proteção da confiança e a *culpa in contrahendo*¹⁰³. Como afirma VÉRA FRADERA, “le cãnon d’interprétation d’affaire est maintenant la bonne foi, au sens objectif [...]”¹⁰⁴.

Como se pode perceber, uma vez que a concepção inserida no CC/02 tenha sido a do *negócio jurídico*, de raízes alemãs, a boa-fé objetiva e a proteção da confiança são princípios de aplicação *necessária e imediata* e devem atuar como cânones hermenêuticos na interpretação das regras que regem esse instituto¹⁰⁵.

A questão é também de metodologia, pois muitas das disposições contidas no Código Civil anterior como normas aplicáveis aos *atos jurídicos* tinham, na verdade, aplicação restrita aos negócios jurídicos, visto que haviam – e continua a haver – preceitos que regulam a vontade negocial que não têm inteira aplicação aos atos

¹⁰⁰ Sobre negócio jurídico, ato jurídico e *promise*, ver ALPA, Guido. Les nouvelles frontières du droit des contrats. *Revue internationale de droit comparé*, v.1, n. 4, p. 1015-1030, oct./dec. 1998. p. 1.018.

¹⁰¹ FRADERA, Véra Maria Jacob de. Boa-fé objetiva: uma noção comum no conceito alemão, brasileiro e japonês de contrato. In: *Fundamentos do Estado de Direito. estudos em homenagem ao Professor Almiro do Couto e Silva*. Humberto Ávila org. Rio de Janeiro: Malheiros, 2006. p. 358.

¹⁰² O adimplemento, na lição de CLÓVIS DO COUTO E SILVA, “atrai e polariza a obrigação. É o seu fim. [...] A atração do devedor pelo adimplemento determina mútuas implicações das regras que se referem ao nascimento e desenvolvimento do vínculo obrigacional”. *Obrigação como processo*. Porto Alegre: edição do autor, 1964. p. 5 e 13.

¹⁰³ Vide nota 102.

¹⁰⁴ FRADERA, Véra M. J. De. La partie générale du Code Civil Brésilien. In: *Le Droit Brésilien hier, aujourd’hui et demain*. Paris: Société de Législation Comparée, 2005. p. 215.

¹⁰⁵ Não se pode deixar de referir que os arts. 113, 187 e 422 do CC/02 “incorporam de vez a boa-fé objetiva no ordenamento civil pátrio, mediante três funções características desse modelo jurídico”. São elas: como cânone hermenêutico (art. 113), como limite interno do direito subjetivo (art. 187) e como norma de conduta (art. 422). MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gerson. *Diretrizes teóricas do novo Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 61-64.

jurídicos genericamente¹⁰⁶. No Código atual, essas normas, próprias da regulamentação da vontade negocial, estão arroladas sob o título “Do negócio jurídico”. A aplicação delas aos demais *atos jurídicos lícitos* dar-se-á no que couber, em virtude da autorização legal contida no artigo art. 185 do Título II.

O Código Civil de 2002 não apresenta uma definição de negócio jurídico. Conserva, no entanto, a concepção subjetiva, que corresponde melhor à realidade, “vez que produz relações jurídicas, e não normas, como sustentado pelos objetivistas”¹⁰⁷.

No CC/16, as hipóteses de defeito do ato jurídico (*rectius*: negócio jurídico) consistiam em erro, dolo, coação, simulação e fraude contra credores. No novo Código, são erro, dolo, coação, estado de perigo, lesão e fraude contra credores. Bem se vê que não houve apenas mudança na denominação do Capítulo sob o qual são arrolados os defeitos da vontade: o Código Civil de 2002 retira a simulação deste rol e inclui dois outros: o estado de perigo e a lesão.

No que diz respeito à simulação, pela nova lei, é hipótese de nulidade do negócio jurídico, como se verifica do conteúdo do art. 167: “é nulo o negócio jurídico simulado [...]”. A nulidade é também a consequência eleita pelo BGB (§117) e pelo Código Civil Italiano (art. 1.414)¹⁰⁸ para os casos de simulação.

É importante referir, ainda, que o Código Civil de 2002 inovou também quanto ao suporte fático da simulação. Com efeito, se antes era necessária a presença de nocividade, de prejuízo ao terceiro¹⁰⁹, no regime ditado pela nova lei basta a presença da mentira com propósito de iludir terceiros. A desnecessidade de demonstração do prejuízo a terceiro é resultado do fato de que o novo diploma legal *presume* que o negócio jurídico firmado em simulação, por si só, tem por finalidade causar prejuízo a outrem.

¹⁰⁶ ALVES, Moreira. *A Parte Geral do Projeto de Código Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1986. p. 97-98.

¹⁰⁷ FRADERA, Véra M. J. De. La partie générale du Code Civil Brésilien. In: *Le Droit Brésilien hier, aujourd'hui et demain*. Paris: Société de Législation Comparée, 2005. p. 203-22. p. 214.

¹⁰⁸ THEODORO JR., Humberto. *Comentários ao novo Código Civil*. Coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v.3, t. 1, p. 470.

¹⁰⁹ Art. 103 do CC/16: “A simulação não se considerará defeito em qualquer dos casos do artigo antecedente, quando não houver intenção de prejudicar a terceiros, ou de violar disposição de lei.” Veja-se o seguinte exemplo quanto à exigência de prova de dano: “SIMULAÇÃO INOCENTE. PROVA DO PREJUÍZO. NA AÇÃO SIMULATORIA, AQUELE QUE PEDE O RECONHECIMENTO DO VICIO DEVE DEMONSTRAR O PREJUÍZO QUE LHE ADVEM DA REALIZAÇÃO DO ATO IMPUGNADO. DANO INDEMONSTRADO (SUMULA N. 7 DO STJ). RECURSO ESPECIAL NÃO CONHECIDO.” (RESp 3404-PR, Rel. Min. Barros Monteiro, DJ 30/10/90, Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>).

A diferença, portanto, entre o CC/16 e o CC/02 é que no primeiro o prejuízo a terceiro está no suporte fático, enquanto que, no segundo, este elemento (dano) é dispensado, porque presumido. Para que o negócio jurídico seja invalidado por simulação basta, portanto, existir convenção enganosa¹¹⁰.

Mas se por um lado o novo Código retira a simulação das hipóteses de vícios da vontade, por outro, conta com duas novas formas de “defeitos da vontade”: o estado de perigo e a lesão. A rigor, no entanto, não são causas de invalidade, mas de rescisão do contrato¹¹¹.

O estado de perigo está previsto pela primeira vez, o que não ocorre com a lesão, já conhecida pelo ordenamento jurídico brasileiro desde o Decreto 869/38 (mais tarde substituído pela Lei nº 1.521/51). Esses dois institutos são semelhantes no que tange à finalidade: visam à equidade das prestações e, portanto, à justiça contratual comutativa. Isso explica porque tanto o estado de perigo quanto a lesão (estado de necessidade), são marcados pela desproporcionalidade entre as prestações, desproporção essa que deve ser contemporânea à formação do contrato (sinalagma genético) (elemento objetivo), e pela situação de *necessidade* em que é firmado o negócio jurídico.

A diferença está no conhecimento sobre a situação de necessidade pela contraparte: na lesão, “não é preciso que a outra parte saiba da necessidade ou da inexperiência; a lesão é objetiva. Já no estado de perigo é preciso que a parte beneficiada saiba que a obrigação foi assumida pela parte contrária para que esta se

¹¹⁰ THEODORO JR., Humberto. *Comentários ao novo Código Civil*. Coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. 3, t. 1, p. 470. Os Enunciados ao Código Civil de nºs 152 e 153, aprovados na III Jornada de Direito Civil, corroboram essa alteração de elementos do suporte fático. Com efeito, o Enunciado 153, referente ao art. 167 do CC, estabelece, em caráter excepcional, a necessidade de comprovação de *ausência* de prejuízo: o negócio jurídico dissimulado somente será válido se não ofender a lei nem *causar prejuízos a terceiros*. Embora não conste expressamente, por exclusão, é possível afirmar que somente no caso de *dissimulação* é necessária a avaliação quanto a existência ou não de prejuízo, já que somente no caso de sua ausência o negócio jurídico poderá ser mantido. (152 – Art. 167: Toda simulação, inclusive a inocente, é invalidante. 153 – Art. 167: Na simulação relativa, o negócio simulado (aparente) é nulo, mas o dissimulado será válido se não ofender a lei nem causar prejuízos a terceiros).

¹¹¹ Tem-se por válido o esclarecimento desses conceitos, mesmo porque o Código de 2002 arrola, entre as hipóteses de invalidade, duas situações típicas de rescisão. Rescisão, diferentemente da invalidade, fundamenta-se em um defeito em elemento *extrínseco* especial ao ato jurídico. Esse defeito, assim como ocorre na invalidade, surge no momento da constituição do negócio. AGUIAR JR., Ruy Rosado de. O projeto de Código Civil: as obrigações e os contratos. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 89, n. 775, p. 18-31, maio 2000. p. 22. O defeito que ocasiona a invalidade é essencial: “invalidità come provocata dalla mancanza di uno degli elementi essenziali e dalla presenza di un presupposto viziato, um ‘vizio intrinseco’ del negozio.” MAZZONI, Cosimo Marco. Invalidità degli atti giuridici. *Revista di Diritto Civile*, v. 1, p. 225-232, 1989. A rescisão é considerada como defeito da causa.

salve de grave dano (leva-se em conta, pois, elemento subjetivo)”¹¹². Em síntese, enquanto o estado de perigo deve ser conhecido pela outra parte, na lesão, pouco importa o *animus* de agir de quem lesa¹¹³.

A situação de necessidade ou ameaça do estado de perigo e da lesão decorre de simples circunstâncias de fato; ao contrário do que ocorre com a coação, na qual a ameaça provém de uma pessoa interessada na prática do ato¹¹⁴.

O *estado de perigo* compõe-se de elementos objetivos (obrigação excessivamente onerosa) e subjetivos (situação de perigo capaz de determinar a vontade negocial da vítima). Assim, haverá *defeito* no negócio jurídico nas situações em “a) que esteja configurado um mal iminente e grave; b) que o bem ameaçado seja a pessoa que pratica o ato que lhe é excessivamente oneroso, ou outra pessoa a ela intimamente ligada; e c) que esse risco de dano seja a *causa do negócio*”¹¹⁵.

Com relação à *lesão*, o CC/02 prevê, de um lado, elementos subjetivos, e de outro, elemento objetivo¹¹⁶ (art. 157 do CC/02¹¹⁷). Este último identifica-se com o do estado de perigo: *obrigação manifestamente desproporcional ao valor da prestação*.

Os dois elementos subjetivos são a *premente necessidade* e a *inexperiência*. Diversamente do estado de perigo, a lesão *não* tem em seu suporte fático o risco pessoal

¹¹² ALVES, José Carlos Moreira. *A parte geral do projeto de Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1986. p. 144. BECKER, Anelise. *Teoria Geral da lesão nos contratos*. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 119.

¹¹³ O novo Código afasta uma exigência que foi adotada pela jurisprudência como elemento concomitante à desproporcionalidade das prestações: o *dolo de aproveitamento*, ou má-fé da parte beneficiada. A exclusão da prova da má-fé da parte beneficiada está em conformidade com a tendência de objetivação percebida em diversos ordenamentos jurídicos. Essa é também a conclusão de Luis Renato Ferreira da Silva, quando assevera que “se dá um passo no sentido de afirmar que o ordenamento quer situações objetivamente mais paritárias, ainda que uma das partes desconheça a vantagem excessiva que obtém”. SILVA, Luis Renato Ferreira da. *A função social do contrato no novo Código Civil e sua conexão com a solidariedade. O Novo Código Civil e a Constituição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 146.

¹¹⁴ TEPEDINO, Gustavo, BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. v. 1, p. 291.

¹¹⁵ O estado de perigo tem, portanto, dois elementos: um subjetivo e outro objetivo. O primeiro é o conhecimento pela outra parte da situação de *perigo* da co-contratante (*dolo de aproveitamento*), o segundo consiste na verificação de desequilíbrio das prestações ou mesmo quando a prestação é unilateral. THEODORO JR. Humberto. *Comentários ao novo Código Civil*. Coordenador Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. 3, t. 1, p. 211. TEPEDINO, op. cit., p. 292.

¹¹⁶ De acordo com LUIS RENATO FERREIRA DA SILVA, “o instituto [da lesão], cuja evolução histórica foi bastante tumultuada, tem sua versão moderna formada pela inclusão de elementos objetivos e subjetivos, nos moldes do conceito posto no art. 157 do [então] Projeto de Código Civil brasileiro”. *Revisão dos contratos: do Código Civil ao Código do Consumidor*. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 150.

¹¹⁷ O art. 157 do CC/02 dispõe que: “Ocorre a lesão quando uma pessoa, sob premente necessidade, ou por inexperiência, se obriga a prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta. §1º Aprecia-se a desproporção das prestações segundo os valores vigentes ao tempo em que foi celebrado o negócio jurídico. §2º Não se decretará a anulação do negócio, se for oferecido suplemento suficiente, ou se a parte favorecida concordar com a redução do proveito.”

de que trata o art. 156 do CC/02¹¹⁸, mas sim a iminência de qualquer perigo de ordem patrimonial, desde que sério e grave, que conduzirá à desconstituição do negócio jurídico¹¹⁹. A norma do Código Civil difere-se da lesão regulada pelo CDC (art. 6º, inc. V, do CDC) por não exigir, como o faz a lei especial (art. 39, inc. V, do CDC), a vantagem manifestamente excessiva da parte que lesa.

Por fim, ainda que se tenha alertado para o fato de que não serão abordadas as relações de consumo, regulamentadas pelo CDC, é importante registrar que esse diploma legal não dispõe especificamente sobre vícios da vontade. Não se pode daí concluir que os negócios jurídicos de consumo não são passíveis de desfazimento quando constatado vício de vontade. Na verdade, por se tratar de contrato, há que se admitir o emprego subsidiário¹²⁰ das normas previstas no Código Civil. A aplicação desse Código tem lugar porque atua como “eixo central” do Direito Privado, ou seja, “como elemento indispensável à preservação da unidade ideal do próprio Direito Privado”¹²¹, sem ignorar, no entanto, o papel centralizador exercido pela Constituição.

2.1.2 As conseqüências trazidas pela identificação de vício da vontade no negócio jurídico

Cuidou-se, inicialmente, da apresentação do significado da expressão “vícios da vontade” e do cotejo de suas origens históricas com as funções desempenhadas. E, ainda, de forma bastante resumida, tecer-se alguns comentários sobre a regulamentação

¹¹⁸ O art. 156 do CC/02 reza que: “Configura-se o estado de perigo quando alguém, premido da necessidade de salvar-se, ou a pessoa de sua família, de grave dano conhecido pela outra parte, assume obrigação excessivamente onerosa. Parágrafo único. Tratando-se de pessoa não pertencente à família do declarante, o juiz decidirá segundo as circunstâncias.”

¹¹⁹ THEODORO JR., Humberto. *Comentários ao novo Código Civil*. Coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. 3, t. 1, p. 225.

¹²⁰ “Se a relação é de consumo aplica-se prioritariamente o CDC e só, subsidiariamente, no que couber e for complementariamente necessário, o CC/2002. MARQUES, Cláudia Lima. Três tipos de diálogos entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002: superação das antinomias pelo “diálogo das fontes”. In: *Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002*. São Paulo: RT, 2005. p. 46.

¹²¹ COUTO E SILVA, Clóvis do. Direito Civil brasileiro em perspectiva histórica e visão de futuro. In: *O Direito Privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva*. Org. Véra Maria Jacob de Fradera. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 30. Vide, ainda, PREDIGER, Carin. A noção de sistema no Direito Privado e o Código Civil como eixo central. In: *A reconstrução do direito privado*. Org. Judith Martins-Costa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 145-173.

prevista no Código Civil (fazendo-se, inclusive, referência geral ao que é denominado pelo código como hipóteses de *defeitos do negócio jurídico*). Em suma, restou demonstrado que a vontade negocial viciada é identificada pelo ordenamento jurídico como um problema na formação do negócio jurídico. E qual, então, a solução apresentada?

Por todo o texto, fez-se referência, até agora, a *desfazimento* do negócio jurídico. Ocorre que esse *desfazimento* pode dar-se por várias formas: por invalidade (nulidade ou anulabilidade), por rescisão ou por resolução¹²².

Não há mal nenhum em se adiantar, já aqui, que os vícios da vontade são relacionados como hipóteses de *anulabilidade*. Mesmo porque não há, hoje, ao menos que se conheça, discussão doutrinária a este respeito. Isto não evita, no entanto, a incursão pelos Tribunais pela aplicação das duas formas de invalidade com se fosses sinônimas, empregando a expressão nulidade em lugar da anulabilidade e vice-versa.

Seguindo a linha proposta para a primeira parte deste trabalho, será apresentado, inicialmente, o conceito de invalidade: seu significado e sua relação com os vícios da vontade. No segundo momento, as duas possibilidades de invalidade – a nulidade e a anulabilidade – serão objeto de estudo, de modo que, ao serem apresentadas as diferenças entre elas, explique-se a importância de sua aplicação de forma correta.

2.1.2.1 Conceito de Invalidade, suas modalidades (nulidade e anulabilidade) e os vícios da vontade: perspectiva histórica e regime atual

O conceito aplicado ao signo *invalidade*, enquanto qualidade do negócio jurídico como conhecemos hoje, foi implementado pela Pandectística. Usualmente, vincula-se a expressão invalidade com a de negócio jurídico, constantemente afirmando-se que “la nozione di invalidità nasce e si sviluppa in dipendenza diretta con l’affermarsi e lo

¹²² Rescisão fundamenta-se em um defeito em elemento *extrínseco* especial, mas não essencial, ao ato jurídico, que surge no momento da constituição do negócio. É considerada, assim, como defeito da causa. A resolução refere-se ao desfazimento do negócio por causa sucessiva, como, por exemplo, a impossibilidade de adimplemento ou a onerosidade excessiva superveniente. VELOSO, Zeno. *Invalidade do Negócio Jurídico*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 31 e ss.

sviluppo della teoria del negozio giuridico”¹²³, ou seja, que a invalidade, porque concebida sempre a partir do conceito de negócio jurídico, vem acompanhando as alterações absorvidas por esse conceito¹²⁴.

A origem desta vinculação, de acordo com Cláudio Michelin Jr., está na forma de pensamento legado pela Escola Histórica do século XIX, que forneceu sustento para o desenvolvimento da Pandectística. Essa forma de pensamento, como refere o autor citado, utilizava determinadas expressões retiradas do Direito Romano como axiomas, i.e., como fundamentos do Direito e responsáveis pela coerência interna do sistema. No hodierno, essa lógica de explicação do Direito, pautada na variedade de axiomas, foi substituída por outra, centrada em uma única idéia, mas que pode assumir formas diversas, como a norma fundamental de Kelsen, a Regra de Reconhecimento de Hart, imperativos básicos de justiça etc.¹²⁵.

Na lógica da Pandectística, o *negócio jurídico* foi pensado como um axioma, constituindo, portanto, o centro de uma série de outros institutos, como a invalidade por exemplo, que gravitam ao seu redor. A proposta de Cláudio Michelin Jr. é no sentido de que não há, necessariamente, vinculação entre os temas invalidade e negócio jurídico. Para demonstrar isso, o autor esclarece que o termo *nullum*, do qual se derivou o termo nulidade, não tinha, em sua origem, aplicação restrita ao âmbito do negócio jurídico, instituto, aliás, desconhecido pelos romanos na forma como conhecemos hoje. Na verdade, *nullum*, quando encontrado nas fontes romanas, “não se ligava à qualquer substantivo específico em Roma”, o que significa afirmar que não estava atrelado a nenhum instituo em específico. Sua função era

¹²³ MAZZONI, Cosimo Marco. Invalidità degli atti giuridici. *Revista di Diritto Civile*, p. 225-232, 1989. p. 225. Ainda sobre o tema, AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 24. Para este tópico, transcrevemos o seguinte trecho da obra citada: “Eis aí, pois, um plano para exame, peculiar ao negócio jurídico – o plano da validade, a se interpor entre o plano da existência e o plano da eficácia. Plano da existência, plano da validade e plano da eficácia são os três planos nos quais a mente humana deve sucessivamente examinar o negócio jurídico, a fim de verificar se ele obtém plena realização”.

¹²⁴ Cláudio Fortunato Michelin Jr., em artigo intitulado Ensaio sobre a história, as possibilidades e os limites de uma teoria das invalidades dos atos jurídicos. *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*. Porto Alegre, n. 40, p. 47-74, jan./jun. 1998, propõe a desvinculação da teoria das invalidades do conceito de negócio jurídico. O autor esclarece que a *norma* é o dogma do qual deve-se partir para estudar o Direito, e não o negócio jurídico, que é conceito, e não objeto real. E “pensar em um conceito como um objeto real pode levar às terríveis distorções de pensamento, uma vez que os conceitos não possuem uma real substância, mas apenas significam o seu real objeto”(p. 60).

¹²⁵ MICHELON JR., Cláudio Fortunato. Ensaio sobre a história, as possibilidades e os limites de uma teoria das invalidades dos atos jurídicos. *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, n. 40, p. 47-74, jan./jun, 1998. p.51.

apenas agregar o sentido de “sem produção de efeitos”¹²⁶, sendo desconhecida qualquer relação de causa e efeito da teoria do negócio jurídico e a teoria das invalidades¹²⁷.

A partir dessas considerações, o mesmo autor propõe a desvinculação da teoria das invalidades do conceito de negócio jurídico, pois, na verdade, não passaria de uma estruturação ideológica pensada em um determinado contexto histórico.

O negócio jurídico, que é conceito, deveria ser substituído pela *norma*. Isso porque são as *normas* do sistema que *constituem o objeto do fenômeno invalidade*. Atribuir ao negócio jurídico essa função (objeto) seria, portanto, um equívoco, visto que “pensar em um conceito como um objeto real pode levar a terríveis distorções de pensamento, uma vez que os conceitos não possuem uma real substância, mas apenas significam o seu real objeto”¹²⁸.

A proposta do autor pode ser considerada como já vigente, se aceito que as hipóteses de invalidade do negócio jurídico estão previstas em normas, e a vinculação ao conceito dá-se para fins de delimitação do âmbito de aplicação. Já afirmou Pontes de Miranda que *é à técnica legislativa* que toca a função de discriminar a nulidade da anulabilidade¹²⁹, do que logo se extrai a conclusão de que ambas estão definidas por lei.

De todo modo, não se desfaz a assertiva de que as modalidades de invalidade estão atreladas à concepção histórica vigente quanto ao conceito de negócio jurídico, seja em razão da alteração dos fundamentos que lhe conferem força obrigatória e vinculativa, seja por conta da redação das normas jurídicas que regulamentam a matéria.

¹²⁶ MICHELON JR., Cláudio Fortunato. Ensaio sobre a história, as possibilidades e os limites de uma teoria das invalidades dos atos jurídicos. *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, n. 40, p. 47-74, jan./jun, 1998. p.53. Sobre os conceitos gerais de direito privado, assevera Franz Wieacker que sua origem remonta ao trabalho dos glosadores e consiliadores sobre as fontes do direito romano, que a este e na Antigüidade eram totalmente desconhecidos. Sobre esse fato, tece o autor a seguinte crítica: “decorre daqui um paradoxo para a complicada estrutura da história dogmática. Uma ciência jurídica essencialmente exegético-casuística, avessa à generalização e axiomatização, constitui a preparação prévia própria dos conceitos axiomáticos do jusracionalismo, da pandectística e da actual teoria do direito civil, enquanto estabeleceu, a pouco e pouco, através das suas figuras escolásticas e da sua contínua harmonização dos textos antigos, os tipos conceituais de carácter mais geral. Esta situação torna particularmente difícil um juízo seguro acerca da pré-história dos conceitos gerais.” WIEACKER, Franz. *História do Direito Privado Moderno*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993. p. 254.

¹²⁷ Pontes de Miranda ensina que a necessidade de separação dos conceitos de *nulo* e *inexistente* deu-se em função da utilização pelos pandectistas do signo *nullum*, recolhido das fontes romanas, sem atentar ao fato de que nos textos romanos era sinônimo de inexistência (*nullum est negotium, nihil actum est*, Gaio, III, 176), e poderia ser aplicado a qualquer ato jurídico para justificar a ausência de efeitos. Nulo e nulidade, em contraposição a *nullum*, todavia, têm significado diverso: representam modalidade de invalidade, conceito cuja aplicação encerra-se no negócio jurídico. Essas noções, de nulidade e anulabilidade, todavia, eram desconhecidas pelos romanos. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado: parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983. t. 4, p. 17, §360.

¹²⁸ MICHELON JR., op. cit., p. 60.

¹²⁹ PONTES DE MIRANDA, op. cit., p. 30, §362.

Portanto, assim como a vontade interna do agente migrou de fundamento da obrigatoriedade e conteúdo do negócio jurídico para simples fonte genética, a mesma sorte foi-lhe dirigida na teoria das invalidades.

O voluntarismo, corrente filosófica adotada pelas primeiras codificações, apregoava que a vontade exercia o papel central no Direito, uma vez que o contrato era a única fonte para a criação de relações de Direito Público e Privado¹³⁰. Seguindo essa orientação, o Código Civil Francês estabeleceu que a validade do negócio jurídico estava intrinsecamente relacionada às condições de apresentação da vontade. Assim, qualquer vício da vontade das partes, por afetar o consentimento, um dos elementos necessários dos contratos, conduziria à invalidade do ato jurídico. Sob essa perspectiva, o negócio jurídico viciado com *erro*, por exemplo, era havido como negócio jurídico nulo¹³¹, e não como hipótese de anulabilidade, como consideramos atualmente.

Essa alteração decorre da mudança do foco de tutela, havendo a vontade interna cedido lugar à proteção da confiança. Isso não significa admitir que a vontade subjetiva não desempenha nenhuma função no Direito Obrigacional hoje. Apesar da mudança de paradigma, como afirma FRANCISCO AMARAL NETO, a vontade ainda “apresenta-se como elemento fundamental da dinâmica do mundo jurídico”, e dado esse aspecto, continua o autor, o Direito ressalta a “importância da sua falta ou dos vícios da vontade na teoria do negócio jurídico”¹³².

¹³⁰ AMARAL NETO, Francisco dos Santos. Autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica. Perspectivas estrutural e funcional. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 26, n. 102, p. 207-230, abr./jun. 1989. Também na vontade estava fundamentado o direito subjetivo (Windscheid, Puchta). Sobre esse tema, ver LA TORRE, Massimo. Rechtsstaat and Legal Science. The rise and fall of the concept of subjective right. *Archive für Rechts- und Sozialphilosophie*, v. 76, p. 50-68, 1990.

¹³¹ COUTO E SILVA, Clóvis do. Para uma história dos conceitos no direito civil e no direito processual civil: a atualidade do pensamento de Otto Karlowa e de Oskar Bülow. *Revista de processo*, São Paulo, v. 10, n. 37, p. 238-255, jan./mar. 1985. p. 248.

¹³² AMARAL NETO, op. cit., p. 16.

2.1.2.2 Nulidade vs Anulabilidade: análise comparativa

O negócio jurídico pode ser avaliado sob a perspectiva de três planos¹³³: o da existência, o da validade e o da eficácia¹³⁴.

Tanto no plano da existência, quanto no da validade, avalia-se a presença de elementos essenciais do negócio jurídico, denominados de *essentialia negotii*. A diferença está em que, no plano da existência, são considerados os elementos necessários para a configuração do negócio jurídico, tais como a vontade¹³⁵, a tradição etc.¹³⁶, enquanto que, no da validade, são verificados aqueles sem os quais o negócio não é aquilo que se chamou nem aquilo que se quis, nem o que se compôs¹³⁷.

Deve haver um mínimo de elementos essenciais que amparem a existência do negócio jurídico para que então se verifique se é ele válido: se faltar um requisito nele exigido, o negócio existe, mas não é válido. “Finalmente, se presentes os elementos e se

¹³³ Deve-se ter presente que essa tripartição é recente e, ainda assim, não isenta de críticas. Por largo período, considerou-se a nulidade como sinônimo de inexistência, como se verifica da seguinte passagem da obra de Antonio Joaquim Ribas: “no primeiro caso [violação a lei que protege interesses “sociais”], ellas [leis] devem ser necessariamente cumpridas, e o acto que as viola, é considerado nullo, ou não existente” (*Curso de Direito Civil Brasileiro*. Brasília: Senado Federal, 2003. v. 1, p.250). A separação entre inexistente e nulo mostrou-se necessária no direito Francês para explicar a ausência de efeitos de casamento realizado sem a presença de todos os elementos essenciais do suporte fático. Ocorre que era considerado sem efeitos apenas o negócio jurídico nulo. Mas, em face do princípio do *pas de nulité sans texte*, inserido no *Code Napeleon*, a nulidade é cominação imposta somente pela lei. Como justificar, assim, a ausência de efeitos de casamento além dos casos de nulidade previstos em lei? A resposta a essa pergunta, dada pelo jurista alemão K.S. Zachariae, foi a criação do plano da existência: o casamento que carecesse de pressupostos básicos para subsunção do tipo legal era inexistente, portanto, sem efeitos. VELOSO, Zeno. *Invalidez do Negócio Jurídico*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 107. MICHELON JR., Cláudio Fortunato. Ensaio sobre a história, as possibilidades e os limites de uma teoria das invalidades dos atos jurídicos. *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*. Porto Alegre, n. 40, p. 47-74, jan./jun, 1998. p. 50. Sobre o mesmo tema, v. BETTI, Emilio. *Teoria General del Negocio Jurídico*. Madri: Editorial Revista de Derecho Privado, 1959. p. 353.

¹³⁴ Também o plano da eficácia apenas recentemente foi desvinculado da existência e da validade, permitindo o reconhecimento de que também negócios nulos (i.e., inválidos) podem produzir efeitos. Em sentido contrário, PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983. t. 4, p. 37, §364. Isso implica admitir que para que tenha eficácia, um negócio jurídico pode ser simplesmente existente, sem que necessariamente seja válido.

¹³⁵ A vontade é considerada no plano da existência em face da opção por adotar-se o conceito de negócio jurídico proposto por Clóvis do Couto e Silva. Segundo este autor, e assim também Pontes de Miranda, o negócio jurídico é composto por obrigações impulsionadas pela (i) vontade das partes e por (ii) deveres oriundos da incidência do princípio da boa-fé objetiva. COUTO E SILVA, Clóvis do. *Obrigações como processo*. Porto Alegre: edição do autor, 1964. p. 38.

¹³⁶ Exemplos citados por PONTES DE MIRANDA, op. cit., t. 4, p. 189, §403.

¹³⁷ Ibidem.

os requisitos estiverem preenchidos, mas faltar um fator de eficácia, o negócio existe, é válido, mas ineficaz (ineficácia em sentido restrito)”¹³⁸.

Para este trabalho, interessa o estudo do plano da validade, âmbito em que o negócio jurídico pode ser desfeito por *invalidade*, que pode ser descrita como uma forma de *sanção* ao negócio jurídico defeituoso. De acordo com a gravidade atribuída pelo ordenamento jurídico a esse defeito, o negócio jurídico poderá ser considerado *nulo* ou *anulável*¹³⁹.

Em nosso ordenamento jurídico, afirma-se que nulidade “é o estado do negócio que ingressou no mundo jurídico descumprindo requisitos de validade considerados essenciais, de interesse social e ordem pública”¹⁴⁰. Em poucas palavras, a nulidade pode ser entendida como *mecanismo* de proteção a questões de ordem jurídica, bem como de proteção de questões que envolvam interesse coletivo ou público.

Inicialmente, as hipóteses de nulidade permaneceram restritas àquelas expressamente previstas em lei. O adágio francês *pas de nullité sans texte* (“não há nulidade sem texto que a preveja”) representava essa corrente. O negócio jurídico seria, portanto, nulo somente quando essa cominação estivesse expressamente prevista na lei. Entendimento nesse sentido estava de acordo com o poder normativo concedido à vontade das partes no momento da elaboração desse código (ancorado no “dogma da vontade”) que somente poderia ser objeto de limites negativos, como, por exemplo, *não* concluir um certo contrato, *não* inserir nele uma certa cláusula¹⁴¹.

¹³⁸ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Negócio jurídico. existência, validade e eficácia*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 63. Na terminologia empregada pelo autor, atos ineficazes em sentido restrito abrangem dois grupos: os de ineficácia pendente e os de ineficácia relativa. A primeira ocorre quando falta um elemento integrativo à plena eficácia, seja elemento acessório exigido pela vontade, seja estranho a ele. A segunda dá-se quando o contrato, ainda que válido entre as partes, é inoponível a terceiros. *Ibidem*, p.52-53.

¹³⁹ Giovanni B. Ferri aduz que o legislador do Código Civil italiano de 1942 trata como anuláveis os atos cuja patologia afete as condições subjetivas de liberdade e consciência (capacidade e vícios da vontade). A nulidade, por sua vez, é sanção à patologia que atinge a regulamentação dos interesses que o negócio jurídico exprime (ilicitude, imoralidade ou completo dos elementos estruturais essenciais). *Appunti sull’invalidità del contratto: dal Codice Civile del 1865 al Codice Civile del 1942. Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obbligazioni*, v. 94, n. 5-6, p. 367-394, mag./giu. 1996. p. 382.

¹⁴⁰ VELOSO, Zeno. *Invalidade do negócio jurídico: nulidade e anulabilidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 37.

¹⁴¹ Os exemplos são citados por Enzo Roppo ao tratar do princípio da liberdade de contratar que, no século XIX, determinava que a conclusão de contratos devia ser uma operação absolutamente livre dos contraentes. “Os limites de tal liberdade eram concebidos como exclusivamente negativos, como puras e simples proibições; estas deviam apenas assinalar, por assim dizer, do exterior, as fronteiras, dentro das quais a liberdade contratual dos indivíduos podia expandir-se sem estorvos e sem controlos: *não* concluir um certo contrato, *não* inserir nele uma certa cláusula.” *O Contrato*. Coimbra: Almedina, 1988. p. 32.

Atualmente, admite-se que a nulidade seja *virtual*¹⁴², ou seja, que ela seja *deduzida* de um texto legal. As hipóteses de nulidade, assim, não precisam estar previstas taxativa e expressamente em lei¹⁴³. Com efeito, dado (i) que se admite hoje que a força normativa do negócio jurídico é conferida pelo ordenamento jurídico; (ii) que a igualdade formal (ou igualdade perante a lei) é reconhecida como diferente da igualdade material das partes contratantes, havendo, por vezes, a imposição de condições pela parte mais forte sobre a mais fraca; (iii) e que a proteção de terceiros deve ser considerada na regulamentação dos negócios jurídicos, as hipóteses de nulidade foram ampliadas para além daquelas expressamente previstas em lei. Ademais, reconhece-se a nulidade decorrente da violação de direitos fundamentais previstos na Constituição, que remonta à teoria alemã da *Drittwirkung*¹⁴⁴.

A anulabilidade, por sua vez, é uma sanção mais branda, moderada, pois os defeitos do contrato que a reclamam não são de ordem pública. Por conta disso, ademais, apresenta diversas diferenças frente à nulidade, sendo que são estas diferenças que, muitas vezes, indicarão se a hipótese é de *nulidade* ou *anulabilidade*.

As diferenças entre as duas espécies dizem respeito (i) à legitimidade para invocação [a nulidade pode ser argüida por quem quer que seja (absoluta)]¹⁴⁵, enquanto a

¹⁴² Sobre nulidade virtual, ver: LORENZETTI, Ricardo Luis. *Tratado de los contratos: parte general*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2004. p. 551. NALIN, Paulo. *Do contrato: conceito pós-moderno. Em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional*. Curitiba: Juruá, 2003. p. 237 e ss.

¹⁴³ Paulo Nalin afirma que em face desse princípio, a doutrina desenvolveu a figura da nulidade virtual ao lado da nulidade textual (*Do Contrato: conceito pós-moderno. Em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional*. Curitiba: Juruá, 2003. p. 238). Essa teoria foi desenvolvida pela doutrina italiana a partir de regra contida no §1º do art. 1418 do Código Civil de 1942, que prevê a nulidade para negócios jurídicos que desrespeitem norma imperativa. Sobre o tema, v. texto de FERRI, Giovanni B. *Appunti sull'invalidità del contratto: dal codice civile del 1865 al codice civile de 1942. Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obbligazioni*, Roma, v. 94, n. 5-6, p. 367-394, mag./giu.1996. p. 367-394.

¹⁴⁴ A hipótese de nulidade por violação de direitos fundamentais resulta, em grande medida, do modelo de comunicação entre Constituição e Código Civil iniciado no séc. XX. No séc. XIX, vigia o “modelo da incomunicabilidade” entre Código Civil e Constituição, dado que aos textos eram atribuídas funções bem definidas: à Constituição cabia tratar do interesse do Estado, ao Código Civil, cuidar dos interesses do indivíduo. No século seguinte, esse modelo foi substituído pelo “modelo de comunicabilidade” (referido no texto), de modo que é o quanto previsto na Constituição que dá a nota interpretativa do Código, na medida em que exerce o papel de valor fundamental de todo o ordenamento jurídico. MARTINS-COSTA, Judith. Os direitos fundamentais e a opção culturalista do novo Código Civil. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 61-85.

¹⁴⁵ Art. 168 do CC/02: “As nulidades dos artigos antecedentes podem ser alegadas por qualquer interessado, ou pelo Ministério Público, quando lhe couber intervir. Parágrafo único. As nulidades devem ser pronunciadas pelo juiz, quando conhecer do negócio jurídico ou dos seus efeitos e as encontrar provadas, não lhe sendo permitido supri-las, ainda que a requerimento das partes.”

anulabilidade somente por determinadas pessoas (relativa)]¹⁴⁶; (ii) à possibilidade de declaração *ex officio* (o que só é possível na nulidade¹⁴⁷); e (iii) à sanabilidade pelo tempo (a nulidade é imprescritível¹⁴⁸ e a anulabilidade é afetada pela decadência¹⁴⁹) ou pela convalidação (o nulo é insanável, com a ressalva da hipótese prevista no art. 17 do CC, ao contrário da anulabilidade, que o é por meio da redução, ratificação ou conversão)¹⁵⁰.

Os efeitos da desconstituição do negócio jurídico, tanto por nulidade quanto por anulabilidade, são retroativos (*ex tunc*). A nulidade, por ser *ipso iure*, independe de declaração judicial, sendo a sentença, por conseguinte, de natureza declaratória, e não constitutiva como acontece com a anulabilidade.

Em síntese, as diferenças e semelhanças podem ser agrupadas da seguinte forma:

¹⁴⁶ Vale ressaltar que toda nulidade é absoluta, como afirma Pontes de Miranda, pois nulidade relativa é anulabilidade. Embora esse jurista proclame a necessidade de evitar o emprego dessas expressões, afirma que o sentido adequado de relatividade e absolutidade, isto é, tem-se por justificado o emprego dessas expressões, quando se refere aos limites subjetivos da eficácia. Nesse contexto, *relativa* é a eficácia atinente somente a um ou alguns; *absoluta*, tem eficácia *erga omnes*. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado: parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983. t. 4, p. 31, §363.

¹⁴⁷ Art. 177 do CC/02: “A anulabilidade não tem efeito antes de julgada por sentença, nem se pronuncia de ofício; só os interessados a podem alegar, e aproveita exclusivamente aos que a alegarem, salvo o caso de solidariedade ou indivisibilidade.”

¹⁴⁸ Art. 169 do CC/02: “O negócio jurídico nulo não é suscetível de confirmação, nem convalesce pelo decurso do tempo.”

¹⁴⁹ Art. 178 do CC/02: “É de quatro anos o prazo de decadência para pleitear-se a anulação do negócio jurídico, contado: I - no caso de coação, do dia em que ela cessar; II - no de erro, dolo, fraude contra credores, estado de perigo ou lesão, do dia em que se realizou o negócio jurídico; III - no de atos de incapazes, do dia em que cessar a incapacidade.”

¹⁵⁰ Leonardo Mattietto, em sentido contrário ao exposto no texto e ao que usualmente é sugerido pela doutrina, propõe o entendimento de que “a distinção entre nulidade e anulabilidade se prende às causas ensejadoras de cada uma das espécies de invalidade (CC1916, arts. 145 e 147; CC2002, arts. 166, 167 e 171), e não propriamente aos seus efeitos ou ao mesmo ao modo de operar.” *Invalidez dos atos e negócios jurídicos. A parte geral do Novo Código Civil*. Coord. Gustavo Tepedino. 2. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 339.

	Nulidade	Anulabilidade
Hipóteses	Art. 166 ¹⁵¹ <ul style="list-style-type: none"> • Motivo determinante, quando ilícito; • Objeto ilícito (ampliação desse conceito¹⁵² 187); • Simulação; • Incapacidade; • Violação a direitos fundamentais; outras hipóteses e legislação extravagante. 	Art. 171 ¹⁵³ <ul style="list-style-type: none"> • Incapacidade relativa, • Vícios da vontade: erro, dolo e coação; • Outras hipóteses e legislação extravagante.
Diferenças	<ul style="list-style-type: none"> • Independe de declaração judicial • Não pode ser sanado por vontade das partes • Não é sanado pelo tempo (imprescritível) 	<ul style="list-style-type: none"> • Declaração judicial • Pode ser confirmado pelas partes Sujeito a prazo decadencial, portanto é sanável pelo decurso do tempo
Semelhanças	<ul style="list-style-type: none"> • Efeitos <i>ex tunc</i> 	<ul style="list-style-type: none"> • Efeitos <i>ex tunc</i>

Em face desse quadro, há que se fazer uma observação quanto à doutrina que sustenta a existência de nulidades *absolutas* e nulidades *relativas*¹⁵⁴. Esta última explicaria as situações que não se enquadram nem totalmente nas hipóteses de nulidade absoluta nem integralmente nas hipóteses de anulabilidade. No Brasil, a discussão remonta, em grande medida, à divergência, instaurada em face da omissão legal, quanto às conseqüências da ausência de consentimento dos demais descendentes quando firmado contrato de compra e venda entre ascendentes e descendente (art. 1.132 do

¹⁵¹ Art. 166 do CC/02: “É nulo o negócio jurídico quando: I - celebrado por pessoa absolutamente incapaz; II - for ilícito, impossível ou indeterminável o seu objeto; III - o motivo determinante, comum a ambas as partes, for ilícito; IV - não revestir a forma prescrita em lei; V - for preterida alguma solenidade que a lei considere essencial para a sua validade; VI - tiver por objetivo fraudar lei imperativa; VII - a lei taxativamente o declarar nulo, ou proibir-lhe a prática, sem cominar sanção.” Pontes de Miranda comenta que as hipóteses previstas nos incisos IV e V referem-se ao mesmo objeto: forma. No direito romano, a falta de pressuposto material essencial era causa de inexistência; hoje, só é de nulidade. O conceito moderno de nulo, todavia, não acobertou tudo que antes era inexistente (*nullus*, no sentido romano). No exemplo de Pontes de Miranda, é nula a escritura de compra e venda na qual figura o ausente (julgado tal pela justiça), mas inexistente aquela em que consta o morto. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado: parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983. t. 4, p. 189, §403.

¹⁵² Sobre o tema, ver LORENZETTI, Ricardo Luis. Análisis crítico de la autonomía privada contractual. *Revista do Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 14, p. 6-19, abr/jun 1995. p. 15.

¹⁵³ Art. 171 do CC/02: “Além dos casos expressamente declarados na lei, é anulável o negócio jurídico: I - por incapacidade relativa do agente; II - por vício resultante de erro, dolo, coação, estado de perigo, lesão ou fraude contra credores.”

¹⁵⁴ VELOSO, Zeno. *Invalidez do Negócio Jurídico*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 82 e ss.

CC/16)¹⁵⁵. De início, classificou-se a ausência de consentimento como causa de *nulidade* do contrato, embora ela só pudesse ser *postulada* pelo descendente que não consentiu, afastando-se, assim, da regra geral de que a nulidade pode ser argüida por qualquer um ou ser declarada de ofício pelo Juiz.

Entendo que não há essa espécie de divisão entre as nulidades, em absolutas ou relativas (mistas) em nosso ordenamento, na mesma linha do que foi defendido por Pontes de Miranda. Toda nulidade é absoluta; a relativa é característica atribuída à anulabilidade¹⁵⁶.

Ademais, a hipótese que antes sugeria alguma dúvida, qual seja, a celebração de contrato de compra e venda entre ascendente e descendente, sem o consentimento dos demais descendentes, no novo Código Civil, é prevista como hipótese de *anulabilidade*. Esta, aliás, é a linha da jurisprudência pacificada pelo Superior Tribunal de Justiça (“STJ”).

Em síntese, de acordo com a regulamentação legal, os vícios da vontade, assim como as demais hipóteses de defeitos do negócio jurídico são causas de *anulabilidade*. Seguindo-se o que foi até aqui exposto, isso implica afirmar-se que:

1. quaisquer dos tipos de vícios da vontade, dentre eles o *erro*, devem ser alegados pela parte interessada. Não podem, portanto, ser apontados pelo Juiz, de ofício, ou pelo Ministério Público,
2. a existência de erro no contrato depende de declaração judicial,
3. a parte interessada deverá postular a anulabilidade do contrato no prazo decadencial¹⁵⁷ de 4 anos,
4. o contrato, ainda que viciado, pode ser confirmado pelas partes (art. 172 do CC/02).

¹⁵⁵ O Supremo Tribunal Federal (“STF”), que por primeiro manifestou-se sobre a questão, avaliou-a como hipótese de *nulidade*, em que pese a necessidade de *provocação* da parte (Súmulas 142 e 494). Este entendimento foi superado e pacificado, pelo STJ, como hipótese de *anulabilidade*, visto que (i) depende de iniciativa da parte para desfazimento do ato, (ii) é viável a sua confirmação e (iii) não é inválido se comprovado ser justo e real o preço pago pelo descendente. (Resp nº 436010, Min. Ruy Rosado de Aguiar Jr., RSDCPC vol. 22 p. 49).

¹⁵⁶ Pontes de Miranda sustenta que o emprego dessas expressões (nulidade absoluta e nulidade relativa) é justificável quando se referir aos *limites subjetivos da eficácia*. Nesse contexto, nulidade relativa é a hipótese em que a eficácia é atinente somente a um ou alguns; absoluta, tem eficácia *erga omnes*. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado: parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983. t. 4, p. 31, §363.

¹⁵⁷ Para a diferença entre decadência e prescrição, remete-se ao artigo, já considerado clássico, de AMORIM FILHO, Agnelo. Critério Científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 300, p. 7-37, out. 1960.

Merece destacar-se, por fim, que o contrato anulável *gera efeitos*, enquanto o contrato nulo não (se efeitos existem, decorrem de outra fonte, mas não do negócio jurídico). Disso decorre que a sentença proferida para anular um determinado negócio jurídico deve cuidar, também, dos efeitos por ele gerados durante o tempo em que permaneceu vigente.

O ponto central desta análise está, contudo, no fato de que o desfazimento do negócio jurídico *nulo* não está sujeito a prazo decadencial¹⁵⁸, como ocorre com os atos passíveis da anulação. Na prática forense, esta diferença exerce função fundamental, uma vez que exaurido o prazo do art. 174 do CC/02¹⁵⁹, qual seja, 4 (quatro) anos contadas do dia em que se realizou o negócio jurídico, decai o direito de postular judicialmente o negócio jurídico por vício da vontade, visto tratar de hipótese de *anulabilidade*.

2.2 APONTAMENTOS ESSENCIAIS PARA A COMPREENSÃO DO CONCEITO DE ERRO

O negócio jurídico guarda em si uma ação volitiva. Viu-se, anteriormente, que essa ação pode ser considerada como elemento do suporte fático do negócio jurídico (como é descrito por Pontes de Miranda, por exemplo), agindo no plano da existência, ou como um elemento que atua na sua correção (na lição de Antonio de Junqueira de Azevedo¹⁶⁰), com representatividade nos planos da validade e eficácia.

Emilio Betti, quem sustenta que a vontade não é elemento do suporte fático do negócio jurídico¹⁶¹, caracteriza essa “ação volitiva”, ou melhor, os aspectos da *atitude* da parte que são valorizados pelo Direito, como o *elemento subjetivo do negócio*

¹⁵⁸ Equivocadamente tratado como prazo *prescricional* no CC/16 e em algumas decisões judiciais (v.g. STF, RT 605/235).

¹⁵⁹ Art. 178: “É de quatro anos o prazo de decadência para pleitear-se a anulação do negócio jurídico, contado: I - no caso de coação, do dia em que ela cessar; II - no de erro, dolo, fraude contra credores, estado de perigo ou lesão, do dia em que se realizou o negócio jurídico; III - no de atos de incapazes, do dia em que cessar a incapacidade.”

¹⁶⁰ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 22. Para este autor, no que se concorda, “a vontade não é elemento do negócio jurídico; o negócio é somente a declaração de vontade”. *Ibidem*, p. 82.

¹⁶¹ Conforme já referido, Emilio Betti adota a teoria preceptiva do negócio jurídico.

jurídico. Esses aspectos podem ser identificados nos três aspectos objetivos do negócio jurídico: forma, conteúdo e causa¹⁶².

A *forma*, ou o *ato*, como ensina E. Betti, deve corresponder à *vontade* do sujeito, de modo que a declaração seja efetivamente *querida*. O conteúdo, por consistir no resultado do preceito da autonomia privada, deve equivaler ao significado e ao valor que são conhecidos pelo sujeito¹⁶³. E, finalmente, a *causa*, por representar o interesse e a projeção da vontade para um fim prático, exige que o sujeito tenha *consciência* de que o instrumento utilizado (vontade instrumental) alcançará os objetivos perquiridos (vontade final)¹⁶⁴.

Em suma, o contrato (i) deve ser resultado de uma declaração de vontade que represente externamente o que é efetivamente querido pela parte, (ii) ter conteúdo esperado pelo sujeito e (iii) alcançar a finalidade para a qual foi firmado. Pode, no entanto, ocorrer de estarem ausentes ou viciadas as disposições de vontade nessas três situações, o que importará no desfazimento do negócio jurídico: no primeiro caso por erro vício, no segundo por erro obstativo e no terceiro por dolo ou coação¹⁶⁵.

Até aqui, cuidou-se de explicar alguns aspectos gerais dos vícios da vontade como gênero, tais como os fundamentos pelos quais a constatação de vício na declaração de vontade conduz ao desfazimento do negócio jurídico (item 2.1.1), porque se trata de hipótese de *anulabilidade*, e não nulidade (2.1.2.1), e as conseqüências daí advindas (item 2.1.2).

Cabe, então, diferenciar as três modalidades de vícios da vontade para que se possa, a partir disso, ingressar na análise do regime jurídico próprio do erro vício. É preciso, portanto, definir-se no que consiste o *erro* e como esse instituto resolve as questões atinentes ao *elemento subjetivo* do negócio jurídico referido acima (a vontade).

¹⁶² No original: “el elemento subjetivo del negocio comprende unicamente aquellos aspectos de la actitud del sujeto que tienen trascendencia para el tratamiento jurídico. Puede ser idealmente distinguido en tres fases o momentos, correspondientes a los tres aspectos del elemento objetivo: forma, contenido, causa”. BETTI, Emilio. *Teoria General del Negocio Jurídico*. Madri: Editorial Revista de Derecho Privado, 1959. p. 126.

¹⁶³ Emilio Betti esclarece que o reconhecimento da existência de um elemento subjetivo do negócio jurídico não é contraditório ao caminho da objetivação do negócio jurídico que, segundo as exigências do e conceitos do tráfico chegou-se se reconhecer a existência de negócio jurídico em situações nas quais tanto a vontade, a consciência de seu conteúdo e valor estão ausentes. Não há contradição porque estas situações, de acordo com o este autor, ocorrem quando a carga de conhecimento (ou o dever saber) é valorada pelo direito como *de senso comum*, e o descuido traz consigo as implicações da “auto-responsabilidade”, que justifica a imputação dos efeitos do *comportamento concludente* em razão da confiança provocada nos demais. Afirma, por fim, que o fundamento não é psicológico, mas sim normativo. *Ibidem*, p. 128.

¹⁶⁴ *Ibidem*, p. 127-128.

¹⁶⁵ *Ibidem*, p. 308-310.

O conceito de erro será tratado na primeira parte deste capítulo (2.2.1). Os conceitos de dolo e coação também serão abordados, de modo que se possa estabelecer as notas que os diferenciam uns dos outros.

E, considerando que a verificação da existência ou não de vício de vontade notadamente de erro envolve a interpretação da vontade interna e da declaração da parte, a atividade hermenêutica que é exigida do aplicador do direito é objeto da segunda parte (2.2.2).

2.2.1 A análise dos vícios da vontade por meio da contraposição de seus conceitos

A análise mais detida das decisões judiciais sobre vícios da vontade demonstra que, na grande maioria das vezes, as hipóteses de erro, dolo e coação não são abordadas com o rigor técnico esperado.

A aplicação, no caso concreto, de um ou outro vício da vontade passa pela análise dos elementos que compõem o suporte fático de cada um desses vícios. São esses elementos que indicarão se o caso versa sobre erro, sobre dolo ou sobre coação.

Não são, no entanto, poucas as vezes em que é reconhecida a existência de um tipo de vício, mas as conseqüências aplicadas pela decisão judicial são próprias de outro. Há outros casos nos quais os vícios da vontade são tratados como sinônimos. Por exemplo, quando a situação é tratada como hipótese de erro *ou* dolo, como se os tipos previstos na lei e as conseqüências fossem idênticos.

Foi o que aconteceu em julgado proferido pelo Tribunal de Santa Catarina com data de 24/05/90. O caso levado a julgamento tratava de pedido de anulação de escritura pública de cessão de direitos. Tal pedido estava fundamentado na alegação de que a autora haveria sido *induzida na prática de erro substancial*, o que é, conforme se verá, hipótese de dolo.

Há, contudo, por todo o acórdão, citações de doutrina sobre o *erro e ignorância*. Este fato, por si só, não comprometeria a qualidade técnica da decisão, em conta do princípio *jura novit curia*. Ocorre que são várias as passagens em que se verifica a afirmação de que a autora teria praticado o ato “ou por ignorância ou porque induzida

em erro”. Ademais, são citados vários fatos que descrevem o comportamento doloso do cessionário dos direitos da autora.

Em meio a essa confusão conceitual, o acórdão concluiu que a autora “realmente não tinha a intenção real de alienar seus direitos de meação a quem quer que seja, só o tendo feito ao apelante por ignorância e por ele induzido em erro substancial, escusável e real” (g.n.). Ou seja, trata a um só tempo, e sem a necessária diferenciação, da hipótese de ausência de vontade, ignorância (embora no sentido laico da palavra) e dolo.

Outro exemplo é o caso submetido à apreciação do Tribunal de Justiça de Roraima, no qual foram alegados vícios da vontade em sede de defesa pelo réu, de ação de reintegração de posse. Conforme consta no relatório do voto, a ação havia sido julgada improcedente pelo juiz singular que entendeu “nulo o ato de transferência da posse, em decorrência dos vícios de coação, erro substancial e simulação”.

O acórdão analisou em detalhes a presença de coação, concluindo que “no caso em tela, efetivamente, a manifestação de vontade do réu foi exteriorizada mediante coação relativa, moral, pois evidencia-se (*sic*) haver o outro contratante, o autor apelante, exercido sobre ele pressão de tal grandeza que logrou obter a concretização do ato anulado, que certamente não seria concebido, caso a vontade da parte pudesse ser livremente manifestada”¹⁶⁶.

Negou, no entanto, provimento ao recurso de apelação do autor, mantendo, assim, a decisão de primeiro grau, reconhecendo a presença de coação e *erro substancial*. Ora, ou o ato é anulado por erro, ou por coação. Fosse dolo, até seria compreensível, mas não aceitável, tal confusão porque no dolo está inserido o erro¹⁶⁷ (dolo, como se verá, é induzir outrem em erro). Entre coação e erro, no entanto, ou há um, ou há outro.

A simulação foi afastada sob o fundamento de que “a matéria não foi abordada nos autos e, assim sendo, vedado é ao juiz apreciá-la, já que a lide versa sobre direito patrimonial, disponível, que somente deve ser apreciado nos limites propostos pelas partes”¹⁶⁸.

¹⁶⁶ RT 760/392.

¹⁶⁷ Pontes de Miranda ensina que “na dúvida, a anulabilidade por dolo contem a anulabilidade por erro”. Não obstante, não há autorização para que o juiz, de ofício, considere a anulabilidade por erro, quando o pedido e a descrição dos fatos são pela anulabilidade por dolo. “O que ele pode é considerar contido no pedido de anulação por dolo o pedido de anulação por erro” se assim permitir a interpretação da petição inicial. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado: parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983. t. 4, p. 317, §443.

¹⁶⁸ RT 760/392.

Bem se vê a necessidade de se estabelecer, de forma clara, ainda que sucinta, a diferença entre os tipos de vícios da vontade. Erro, dolo e coação não são sinônimos e não podem ser tratados desta forma por contarem com suportes fáticos e conseqüências jurídicas diversos.

Ainda que apenas a título de registro, vale referir que pode haver, em algumas situações, confusão conceitual entre erro e vícios redibitórios em face da similitude dos conceitos. No erro, como se verá a seguir mais cuidadosamente, tem-se a representação falsa da realidade contratual pelo declarante ou a dissociação do conteúdo da declaração frente a sua vontade interna. Na hipótese de vício redibitório, “não há dúvida acerca da compatibilidade do objeto da declaração de vontade com o objeto do contrato”¹⁶⁹, todavia, o bem entregue não perfaz as características que ele deveria perfazer.

2.2.1.1 Conceito de erro

Em linhas gerais, *erro* é a falta de identidade, decorrente de fato *involuntário*¹⁷⁰, entre a vontade interna do sujeito e a declaração de vontade por ele emanada¹⁷¹. Antes, no entanto, de se ingressar na análise desse conceito, é preciso esclarecer que essa ausência de identidade pode ocorrer em três diferentes situações. Cada uma delas corresponderá a uma espécie de erro.

Pode haver *erro* (i) quando o sujeito manifesta intenção de comprar A, apesar de desejar adquirir B; (ii) quando o sujeito declara a intenção de comprar A, acreditando

¹⁶⁹ FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesa. *A Boa-fé e a Violação Positiva do Contrato*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 184.

¹⁷⁰ “O erro é involuntário, particularidade que o estrema da reserva mental, em que a discrepância entre a efetiva vontade e a declaração é consciente e desejada pelo sujeito”. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Em torno dos vícios do negócio jurídico: seu exame quanto às principais inovações no tocante ao negócio jurídico. In: *O novo código civil: estudos em homenagem ao professor Miguel Reale*. São Paulo: LTr, 2003. p. 133.

¹⁷¹ Emilio Betti critica a sistematização dos vícios da vontade pela contraposição entre vontade interna e vontade declarada. Para este autor, esta forma está calcada na concepção subjetiva do negócio jurídico de origem pandectística. Em face da teoria preceptiva do negócio jurídico, o autor propõe que a contraposição deva ser feita entre declaração, pois esta é o único termo de referência, e os diversos significados que podem ser atribuídos a ela. BETTI, Emilio. *Teoria General del Negocio Jurídico*. Madri: Editorial Revista de Derecho Privado, 1959. p. 310-311. Manteve-se, no entanto, no texto, a apresentação do problema sob a forma de “vontade interna vs. vontade declarada” em razão de já se haver optado pela teoria subjetiva do negócio jurídico e por se ter esclarecido que a *vontade interna* não representa, para a verificação de vícios da vontade, qualquer *querer* do sujeito, mas somente aquele que mereça proteção jurídica.

que A tem características as quais não estão, na verdade, presentes ou (iii) quando a declaração de vontade não representa os *motivos* que impulsionaram o sujeito a emití-la. No primeiro caso (i), a hipótese é de *erro obstáculo* ou *obstativo*; no segundo (ii), de *erro vício*; e, no terceiro (iii), de *erro no motivo*.

O *erro obstativo* ou *obstáculo* refere-se aos casos em que há *erro na declaração*¹⁷². Em outros termos, o erro, neste caso, não afeta a vontade da parte, que é perfeitamente formada, recaindo exclusivamente sobre a *declaração*. Pode ocorrer na forma de (i) representação diversa da coisa querida pelo declarante ou (ii) na manifestação de uma vontade inexistente¹⁷³. Nesta última situação, *não há* sequer formação do acordo de vontades, já que a declaração não corresponde ao querer do declarante.

O *erro vício*, por sua vez, trata das hipóteses em que há *representação errônea* de fatos ou do direito pelo declarante¹⁷⁴. A nota diferenciadora frente ao erro obstativo é que o erro vício é verificado quando a declaração de vontade representa a *má formação da vontade*, enquanto aquele se refere à declaração de vontade *divergente* da real vontade do sujeito. Vale dizer, no erro vício, há formação de acordo de vontades. Ocorre que a influência exercida sobre a vontade é tal que o negócio jurídico não teria sido firmado ou tê-lo-ia sido de forma diversa se o sujeito estivesse advertido do erro incorrido.

A rigor, o erro obstáculo seria hipótese de inexistência de negócio jurídico, visto que há declaração de vontade emanada sem vontade (o que é diferente de vontade decorrente de *falsa compreensão da realidade contratual*) não é capaz de formar o negócio jurídico¹⁷⁵.

¹⁷² Vide CIFUENTES, Santos. *Negocio jurídico*. Buenos Aires: Astrea, 2004. p. 433. GONÇALVES, Diogo Costa. *Erro obstáculo e erro vício. Subsídios para a determinação do alcance normativo dos artigos 247º, 251º e 252º do Código Civil* Lisboa: aafdl, 2004. MESSINEO, Francesco. *Doctrina general del contrato*. Trad. de R. O. Fontanarrosa, S. Sentis Melendo, M. Volterra. Buenos Aires: EJE, 1948. t. 1, p. 129. Há, na doutrina brasileira, ainda que de forma restrita, alguma referência ao erro obstáculo. Cite-se, como exemplo, a obra de CASILLO, João. *O erro como vício da vontade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982. p. 17-18. Da mesma forma o livro de GEBRIN, Vera Lúcia. *O erro no novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 19.

¹⁷³ São exemplos do primeiro caso a celebração de contrato de superfície querendo-se dizer locação e a declaração que se refere ao imóvel de A, com a intenção de dirigir-se a B. A vontade estará ausente, v.g., quando verificado que o sujeito não queria nem o prédio em locação, nem o imóvel de B. MESSINEO, op. cit., p. 130.

¹⁷⁴ CIFUENTES, loc. cit.

¹⁷⁵ Vide THEODORO JR., Humberto. *Comentários ao novo Código Civil*. Coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. 3, t. 1, p. 63. A. Ferrer Correia repudia a diferenciação entre *erro vício* e *erro obstáculo*. Para este autor, todo o erro causa simples nulidade relativa (ou anulabilidade) do negócio jurídico. In: *Erro e interpretação na teoria do negócio jurídico*. Coimbra: Almedina, 1985. p. 37.

Ocorre que o legislador brasileiro, desde o Código de 1916, não diferencia *erro vício de erro obstáculo*.

Atualmente, ambas as espécies de erro estão reguladas pelos artigos 138 e seguintes do CC/02¹⁷⁶. A prova disto está no inc. I do artigo 139 do CC/02, o qual dispõe que o erro na natureza do negócio jurídico, que é exemplo de *erro obstativo*, é erro substancial para o propósito de anulabilidade do negócio jurídico¹⁷⁷.

José Carlos Moreira Alves, ao comentar o erro no então Projeto de Código Civil, afirma que esse texto, na esteira do CC/16, “atribui o mesmo efeito (a anulabilidade) ao erro-obstáculo (também denominado erro na declaração) e ao erro-vício (ou erro-motivo)”¹⁷⁸.

Pois bem. Já no Direito Romano encontra-se referência ao erro. Não houve, entretanto, nessa época, uma individualização e sistematização dessa figura¹⁷⁹, mesmo porque os romanos, como juristas práticos que eram, tinham pouco interesse nas questões dogmáticas. Todavia, é possível perceber variações no tratamento do assunto nos diferentes momentos da história romana. Com efeito, percebe-se que a divergência entre vontade real do declarante e a declaração passou de tema totalmente irrelevante, como ocorria na época antiga em razão do objetivismo formalista, a fundamento das decisões judiciais na época pós-clássica, marcada pelo subjetivismo de matiz voluntarista¹⁸⁰. Na conclusão apresentada por Diogo Costa Gonçalves, a contribuição do Direito Romano está no fato de haver incluído, “sobre a mesma égide da relevância da *voluntas* na formação contratual, as situações de discrepância entre a declaração e a

¹⁷⁶ Nesse sentido, na doutrina nacional, PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 21. ed. rev. atual. por Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v. 1, p. 518 e GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991. p. 431. Na Alemanha, o *erro obstáculo* (*Erklärungsirrtum*, §119 I do BGB) pode ser objeto de impugnação, figura que mais se assemelha à anulabilidade do que à nulidade ou à inexistência.

¹⁷⁷ Nesse sentido, o exemplo fornecido por Caio Mário da Silva Pereira sobre erro obstativo: este tipo de erro “se verifica quando recai sobre a natureza jurídica do contrato (quero *alugar* e escrevo *vender*) ou seu objeto (compro por 100 e escrevo 200), o qual se diz impedir ou obstar a formação do negócio jurídico [...]”. PEREIRA, loc. cit. *Vide* também THEODORO JR., Humberto. *Comentários ao novo Código Civil*. Coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. 3, t. 1, p. 74.

¹⁷⁸ ALVES, José Carlos Moreira. *A Parte Geral do Projeto de Código Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1986. p. 112.

¹⁷⁹ Como afirma Max Kaser, os romanos “consideram os negócios jurídicos como uma unidade; a decomposição em vontade e declaração e, no contrato, a apreciação em separado de proposta e aceitação são-lhes desconhecidos”. A consideração do *error* ocorrerá nos contratos consensuais (ou seja, não-formais), de que são exemplo a compra venda e a locação, mas sob a forma de análise quanto à existência de *consensus* (acordo de vontades) ou *dissensus* (falta de acordo). KASER, Max. *Direito Privado Romano* Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999. p. 77.

¹⁸⁰ GONÇALVES, Diogo Costa. *Erro obstáculo e erro vício: subsídios para a determinação do alcance normativo dos artigos 247º, 251º e 252º do Código Civil* Lisboa: aafdl, 2004. p. 16-19. KASER, op. cit., p. 73-75.

vontade real. A ‘tensão romana’ entre a forma, a declaração e a vontade, bem como a prevalência desta última, seriam uma base importante para os futuros institutos do *error* [...]”¹⁸¹.

Desde a sistematização da Pandectística, o erro no contrato é conceituado como uma falsa representação da situação contratual por uma das partes contratantes¹⁸². Há a celebração de um negócio jurídico, mas a partir de uma declaração de vontade que não condiz com os reais efeitos jurídicos almejados pelo declarante¹⁸³.

Vale referir que a doutrina diferencia o *erro*, que consiste na falsa representação, da ignorância, que significa o *total* desconhecimento da situação contratual¹⁸⁴. Essa diferença não tem, no entanto, relevância prática, uma vez que a lei trata erro e ignorância como expressões sinônimas¹⁸⁵. Ambos os casos são regulamentados pelas mesmas normas, as quais estão descritas na Seção I (“Do erro ou da ignorância”) do Capítulo IV do Título I do Livro III do CC/02.

Não é, todavia, qualquer ausência ou falsa representação da situação contratual que abre a via do desfazimento do negócio jurídico. A lei (art. 138 do CC/02) exige que o erro seja *substancial*, i.e., determinante na celebração do negócio jurídico, e *recognoscível*, ou seja, deve ser passível de percepção, sob o critério da figura da “pessoa de diligência normal”¹⁸⁶.

Por meio da exigência de que o erro seja substancial para que o negócio jurídico seja anulável, a lei já se posiciona frente a dois tipos de erro: o erro essencial e o acidental. O primeiro é causa de anulabilidade do negócio jurídico, enquanto o segundo não.

¹⁸¹ GONÇALVES, Diogo Costa. *Erro obstáculo e erro vício: subsídios para a determinação do alcance normativo dos artigos 247º, 251º e 252º do Código Civil* Lisboa: aafdl, 2004. p. 23.

¹⁸² MESSINEO, Francesco. *Doctrina general del contrato*. Trad. de R. O. Fontanarrosa, S. Sentis Melendo, M. Volterra. Buenos Aires: EJEJA, 1948. t. 1; p. 125.

¹⁸³ CORREIA, A. Ferrer. *Erro e interpretação na teoria do negócio jurídico*. Coimbra: Almedina, 1985. p. 22.

¹⁸⁴ Ver, sobre o assunto, THEODORO JR., Humberto. *Comentários ao novo Código Civil*. Coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. 3, t. 1, p. 35-37, e CIFUENTES, Santos. *Negocio jurídico*. Buenos Aires: Ed. Astrea, 2004. p. 429-430.

¹⁸⁵ Compartilho da opinião de Humberto Theodoro Jr., quem afirma que “para o direito [...] é irrelevante o uso de uma ou outra expressão, para se alcançar o defeito que, nos termos do art. 138, torna anulável o negócio jurídico, com já, de longa data, registrava SAVIGNY”. In: *Comentários ao novo Código Civil*. Coord. de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. 3, t. 1, p. 37. Vera Lúcia Gebrin, em sentido contrário, lamenta “que o legislador continue equiparando-os [erro e ignorância], conhecedores que somos das diferenças existentes entre ambos”. A autora não aponta, entretanto, quais seriam as conseqüências práticas dessa diferenciação. GEBRIN, Vera Lúcia. *O erro no novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 129.

¹⁸⁶ Esses conceitos serão mais pormenorizadamente analisados no item “3.1 Os elementos do suporte fático do erro”.

O *erro essencial* é aquele que, como o termo já demonstra, atinge os elementos essenciais do negócio jurídico, de modo que sua celebração ou *não teria* ocorrido ou teria ocorrido de forma diversa, se não houvesse a referida *ausência* ou *falsa* representação da realidade.

O *erro accidental*, por outro lado, incidente sobre elementos accidentais ou acessórios do negócio jurídico. Ainda que essa espécie de erro possa produzir alguma consequência, não compromete a decisão de celebração ou não do negócio jurídico nas condições em que se deu. Em outras palavras, o negócio jurídico *teria* sido firmado houvesse ou não o erro. Nesse aspecto, é o oposto do erro substancial.

É importante observar que o CC/02 faz referência expressa a um tipo de erro accidental: *erro sobre o cálculo*, o que não acontecia no CC/16. De acordo com a redação do art. 143 do diploma legal em tela, o “erro de cálculo apenas autoriza a retificação da declaração de vontade”¹⁸⁷. E não poderia ser diferente, vez que nessa situação não há o *querer* defeituoso. O erro é simplesmente *accidental*, ou seja, o defeito não impede que a coisa seja aquilo que é ou representa. Não obstante, “na ausência de acordo entre as partes, a retificação dos cálculos deve ser requerida ao Poder Judiciário”¹⁸⁸.

Há outras formas de erro: (i) o erro na transmissão, (ii) erro escusável, inescusável e recognoscível, (iii) erro no motivo e (iv) o erro de fato e o erro de direito.

Por ora, será visto apenas o erro na transmissão. Os demais serão estudados na segunda parte deste trabalho, que tem por objeto a análise dos elementos do suporte fático do erro e as consequências da desconstituição do negócio jurídico. O exame mais detido justifica-se em razão das alterações havidas no CC/02 e da existência de divergência doutrinária quanto à aplicação e incidência desses elementos, notadamente da escusabilidade. O mesmo ocorre com o erro no motivo, previsto no art. 140 do CC/02, mormente em razão da substituição do termo *causa*, empregado na redação do art. 90 do CC/16¹⁸⁹. No caso do erro de direito, é preciso aprofundar o assunto por se tratar de novidade trazida pelo CC/02, encerrando um longo período em que essa espécie de erro não foi admitida no sistema brasileiro.

¹⁸⁷ No mesmo sentido, o art. 1.430 do Código Civil italiano: “Art. 1430. Errore di calcolo L'errore di calcolo non dà luogo ad annullamento del contratto, ma solo a rettifica, tranne che, concretandosi in errore sulla quantità, sia stato determinante del consenso”.

¹⁸⁸ TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República: parte geral e obrigações*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. v. 1, p. 277.

¹⁸⁹ Eis o teor do art. 90 do CC/16: “Só vicia o ato a falsa causa, quando expressa como razão determinante ou sob forma de condição”.

Pois bem. O *erro* “pode depender tanto de causas internas ao declarante como estranhas a ele”¹⁹⁰, ou seja, pode ocorrer no *contratar* ou no *transmitir*. O erro, por conseguinte, pode (i) ser quanto ao conteúdo do negócio jurídico ou (ii) pode ocorrer na transmissão da manifestação da vontade¹⁹¹. Está-se diante de *erro na transmissão* “quando o destinatário recebe a proposta ou as bases do negócio, ou as informações, de segunda mão, ou através de um intermediário, de um mensageiro, e, também, através de instrumentos de comunicação, sendo exemplos o fax, o telégrafo, o rádio, o telex, a Internet”¹⁹². No CC/02, o erro na transmissão está previsto no art. 141, que dispõe que “a transmissão errônea da vontade por meios interpostos é anulável nos mesmos casos em que o é a declaração direta”.

2.2.1.2 Comparação com outros vícios da vontade

O Código Civil arrola como outras hipóteses de vício da vontade, além do erro, o dolo e a coação. Cada qual com seu suporte fático, mas todas amparadas na mesma premissa (necessidade de concordância entre o querido e o declarado) e com a mesma consequência: a anulabilidade do negócio jurídico viciado.

Nas linhas seguintes, serão apresentados os elementos do suporte fático do dolo e da coação, que serão comparados com aqueles que compõem o suporte fático do erro. O objetivo é demonstrar o que diferencia os vícios da vontade uns dos outros e contribuir, com essas colocações, para a acuidade da aplicação desses institutos, os quais, como já se viu (2.2.1), são por vezes utilizados como sinônimos ou em situações próprias de outro tipo de vício de vontade.

2.2.1.2.1 Dolo (artigos 145 a 150 do CC/02)

¹⁹⁰ BETTI, Emilio. *Teoria General del Negocio Jurídico*. Madri: Editorial Revista de Derecho Privado, 1959. p. 312.

¹⁹¹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado: parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983. v. 4, p. 273, §430.

¹⁹² RIZZARDO, Arnaldo. Direitos dos negócios jurídicos. In: ___. *Parte geral do novo Código Civil*. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 477.

O Direito Romano foi marcado pelo formalismo. A origem das obrigações contratuais constitui um bom exemplo nesse sentido: o vínculo obrigacional nascia em razão de palavras solenes pronunciadas pelas partes. Preenchidos os requisitos formais, estava formada a obrigação, pouco importando, para o Direito Civil romano (*ius civile*), se havia engano ou qualquer outra espécie de mácula na intenção da parte¹⁹³. Sequer havia, no Direito Civil, algum recurso para sanar os inconvenientes gerados pelo dolo¹⁹⁴. No Direito Romano clássico, por meio da atuação dos pretores, o formalismo foi mitigado a ponto de serem desenvolvidos, na prática, mecanismos de proteção às vítimas de *dolo e violência*.

Um desses mecanismos era a *actio* de dolo, que consistia em uma ação penal pela qual se obtinha a aplicação de uma multa ao agente da violência. O pretor garantia ao devedor, ainda, uma *exceção* frente à cobrança conduzida pelo credor, qual seja, a *exceptio metus* ou *doli*, pela qual era rejeitada a pretensão do queixoso¹⁹⁵. Outra medida criada pelo direito pretoriano, no exercício do poder de *imperium*, foi a *restituição por inteiro*, por meio da qual poderia ser anulado o ato jurídico ou o contrato manchado com algum vício¹⁹⁶.

Assim como o erro, não houve, no Direito Romano, uma sistematização do dolo, em nenhuma de suas formas. A contribuição romana para a formação do conceito atual do dolo, que veio a ser estruturado pela Pandectística, consiste no empréstimo do *termo* em si (dolo) e alguns elementos do conceito, como o fato de tratar-se de *emprego de meios fraudulentos para enganar uma pessoa a prestar declaração* em um determinado sentido, declaração essa que comporá o negócio jurídico e, por ser viciada, torna o negócio passível de anulação.

Com efeito, dolo, na definição de PONTES DE MIRANDA, “é o ato positivo, ou negativo, com que, conscientemente, se induz, se mantém ou se confirma outrem em representação errônea”¹⁹⁷. É, portanto, o enganar consciente.

¹⁹³ VILLEY, Michel. *Direito Romano*. Porto-Portugal: Rés-Editora, s/d. p. 160. PETIT, Eugène. *Tratado elemental de derecho romano*. Trad. José Ferrández González. Buenos Aires: Editorial Universidad SRL, 1999. p. 291.

¹⁹⁴ PETIT, op. cit., p. 292.

¹⁹⁵ VILLEY, op. cit., p. 161.

¹⁹⁶ *Ibidem*, p. 162.

¹⁹⁷ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado: parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983. t. 4, p. 326, §449.

A doutrina traçou, a par da previsão legal, outros elementos que devem ser verificados no caso concreto para que se dê a anulabilidade do negócio jurídico por dolo. O primeiro deles é a presença de intenção do agente de induzir o declarante a praticar o negócio jurídico. Além disso, o dolo deve apresentar outras três características: deve ser *grave, determinante e prejudicial*¹⁹⁸. Grave no sentido de que os artifícios fraudulentos empregados assim o sejam. Determinante e prejudicial de modo que seja decisivo na declaração de vontade, ou seja, que o dolo seja *essencial*, assim como deve ser *essencial* o erro (*vide* item 2.2.1.1).

De acordo com o quanto disposto no art. 145 do CC/02¹⁹⁹, o dolo invalidante é o dolo *essencial* ou *principal*, ou seja, aquele que atua como determinante do negócio jurídico: sem ele não teria sido completado o contrato²⁰⁰. Vale esclarecer que, ao mesmo tempo em que esse critério aproxima-se do da substancialidade presente no erro ao impor que o dolo tenha sido determinante na celebração do negócio jurídico, afasta-se dele em razão de não exigir que incida sobre *elementos* essenciais do negócio jurídico. Ou seja, a anulabilidade do contrato por dolo pode ocorrer ainda que ele se refira a elementos acidentais do negócio²⁰¹.

O dolo que não é determinante para a celebração do negócio jurídico, uma vez que o contrato ocorreria ainda que ele não houvesse existido, é denominado *dolo acidental*. Essa modalidade de dolo não é causa de anulabilidade, conforme regulamentado no art. 146 do CC/02²⁰², todavia assegura à vítima o direito de postular indenização por perdas e danos.

É importante referir que *o dever de indenizar* decorrente da prática do dolo civil tem origem no fato de ele consistir antes em ato ilícito do que em vício de vontade. Com

¹⁹⁸ LORENZETTI, Ricardo Luis. *Tratado de los contratos: parte general*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2004. p. 317.

¹⁹⁹ Eis o teor do Art. 145 do CC/02: “São os negócios jurídicos anuláveis por dolo, quando este for a sua causa”.

²⁰⁰ RIZZARDO, Arnaldo. Direitos dos negócios jurídicos. In: ___. *Parte geral do novo Código Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 483.

²⁰¹ Nesse sentido, Humberto Theodoro Jr. afirma que “no erro, é preciso que a parte se engane a respeito de elemento essencial do negócio e não sobre dados secundários dele. Já o dolo, por sua ilicitude intrínseca, retratada na captação maliciosa da vontade alheia, contamina o negócio, provocando sua invalidade, ainda quando se relacione com elementos não essenciais, e até mesmo com a motivação interna do declarante não expressa como condição integrante dos termos do negócio”. In *Comentários ao novo Código Civil*. Coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. 3, t. 1, p. 124.

²⁰² O art. 146 do CC/02 reza que: “O dolo acidental só obriga à satisfação das perdas e danos, e é acidental quando, a seu despeito, o negócio seria realizado, embora por outro modo”.

efeito, o *dolo vício*, que enseja a anulabilidade do negócio jurídico, decorre da conexão do *dolo* com o *erro substancial* que o dolo venha a produzir no declarante²⁰³.

Assim é que a expressão “indução em erro” é hipótese de dolo²⁰⁴, embora em muitas situações a expressão *indução em erro* seja empregada para descrever caso de erro, e não de dolo.

No julgamento da Apelação Cível 70000411801²⁰⁵, acertadamente, o Relator tratou, em seu voto, da diferença entre erro e dolo, fazendo referência ao elemento “espontaneidade”: tem-se erro quando o engano for espontâneo; na hipótese de dolo, o engano é provocado pelo comportamento malicioso do outro contratante ou de terceiro²⁰⁶.

As diferenças entre dolo e erro, contudo, vão além.

No que tange às conseqüências decorrentes da verificação de dolo e erro, é-lhes comum a anulabilidade do negócio jurídico. O mesmo não ocorre, entretanto, quando o tema é o dever de indenizar.

Nas hipóteses de erro, a indenização devida pelo *declarante* pelo desfazimento do negócio jurídico restringe-se aos interesses negativos (despesas com a contratação). Há, ainda, a possibilidade de não ser devida nenhuma indenização, como será analisado mais adiante (item 3.2.2.2).

Outra é a situação quando o negócio jurídico é desfeito em razão de dolo. Aqui a indenização é devida pelo *destinatário*, além de ser mais abrangente (perdas e danos), porquanto “a lei enfoca, em primeiro lugar, a conduta desonesta e ilícita daquele que provoca o erro da vítima de sua astúcia”²⁰⁷.

Em síntese, o erro e o dolo apresentam elementos diferentes em seus suportes fáticos, assim como conduzem a conseqüências diversas, à exceção da anulabilidade do negócio jurídico, que lhes é comum. Portanto, os casos concretos devem ser

²⁰³ THEODORO JR., Humberto. *Comentários ao novo Código Civil*. Coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. 3, t. 1, p. 116.

²⁰⁴ Essa diferença fica mais clara no exemplo de San Tiago Dantas: “Comprei determinado relógio pensando que é ouro porque eu próprio me enganei, visto que, ao examiná-lo, presumi que fosse o seu metal. Agora, entretanto, se comprar determinado relógio pensando que é ouro porque a parte contrária (de convivência ou não com um terceiro) convenceu-me disso, sabendo que os eu metal não era ouro, já estamos diante do dolo”. In: *Programa de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 240.

²⁰⁵ TJRS, Relator Desembargador Marco Aurélio de Oliveira Canosa, acórdão disponível no site oficial do Tribunal: <<http://www.tj.rs.gov.br>>.

²⁰⁶ RODRIGUES, Silvío. *Direito Civil: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 1995. v. 1, p. 182.

²⁰⁷ THEODORO JR., op. cit., p. 123.

cuidadosamente analisados para que não se aplique uma espécie de vício em lugar de outra.

Por derradeiro, é válido um último comentário sobre o dolo no novo Código. Em linhas gerais, o CC/02 não trouxe inovações significativas se comparadas as suas disposições com aquelas vigentes no Código anterior (92 a 97 do CC/16²⁰⁸). As únicas modificações substanciais com relação ao Código anterior estão nos artigos 148²⁰⁹ e 149²¹⁰ que versam, respectivamente, sobre dolo de terceiro e dolo do representante (legal e consensual).

Com relação ao dolo de terceiro, pela nova lei, o negócio jurídico será anulado se a *parte que aproveite dele tivesse ou devesse ter conhecimento*. Se a parte que obtém proveito não conhecia ou não tinha condições de conhecer o dolo, o negócio jurídico permanecerá, mas essa pessoa responderá solidariamente com o terceiro por perdas e danos suportados pelo ludibriado (art. 148 do CC/02). Antes, na vigência do art. 95 do CC/16²¹¹, bastava que uma das partes o soubesse do dolo para que o negócio fosse anulado.

Quanto ao dolo do representante, se legal, o representado estará obrigado a responder civilmente até a importância do proveito que teve; se convencional, o representado responderá solidariamente com ele por perdas e danos (art. 149 do CC/02). Pelo Código anterior, o art. 96²¹² não fazia diferença entre representante legal e convencional, estipulando como regra geral o dever do representado de responder civilmente até o proveito que tivesse.

²⁰⁸ Vide RIZZARDO, Arnaldo. Direitos dos negócios jurídicos. In: __. *Parte geral do novo Código Civil*. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 484-485. TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República: parte geral e obrigações*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. v. 1, p. 281-284.

²⁰⁹ Art. 148 do CC/02: “Pode também ser anulado o negócio jurídico por dolo de terceiro, se a parte a quem aproveite dele tivesse ou devesse ter conhecimento; em caso contrário, ainda que subsista o negócio jurídico, o terceiro responderá por todas as perdas e danos da parte a quem ludibriou.”

²¹⁰ Art. 149 do CC/02: “O dolo do representante legal de uma das partes só obriga o representado a responder civilmente até a importância do proveito que teve; se, porém, o dolo for do representante convencional, o representado responderá solidariamente com ele por perdas e danos.”

²¹¹ Art. 95 do CC/16: “Pode também ser anulado o ato por dolo de terceiro, se um das partes o soube.”

²¹² Art. 96 do CC/16: “O dolo do representante de uma das partes só obriga o representado a responder civilmente até à importância do proveito que teve”.

2.2.2.2.2 Coação (artigos 151 a 155 do CC/02)

Para o *ius civile* romano, a violência (ou coação) não era causa para o desfazimento do negócio jurídico: ainda que presente o vício, o contrato celebrado sob coação era, em regra, válido.

Como ocorreu com o dolo, somente no direito pretório é que passou a ser admitida a possibilidade de invalidação do contrato em face da constatação de violência praticada contra uma das partes. Os remédios concedidos pelo pretor poderiam ser ou a *in integrum restitutio*, que determinava a eliminação dos efeitos produzidos pelo negócio, a *actio quod metus causa*, de natureza penal, com conseqüências indenizatórias, ou a *exceptio metus*, que atuava como exceção contra a ação proposta pelo credor (ainda que não fosse esse o agente da coação)²¹³. Assim como o erro e o dolo, a coação (ou violência) não foi sistematizada pelo Direito Romano, tarefa essa que foi conduzida pela Pandectística.

A coação pode ser definida como a presença de violência ou intimidação, em contrariedade ao Direito, que faça um agente praticar o que o outro sugere²¹⁴. Como nos demais vícios (erro e dolo), a coação deve ser tal que seja causa determinante do negócio jurídico.

O art. 151 do CC/02²¹⁵ estabelece os demais elementos necessários para a configuração da coação, que são (i) o fundado temor e (ii) o dano iminente. Por fundado temor, entende-se aquele capaz de “incutir na vítima um sentimento de medo justificado e grave”²¹⁶, podendo ser moral ou patrimonial. Dano iminente contrapõe-se ao conceito de dano futuro: somente o perigo iminente pode ameaçar a vontade. Portanto, diante da presença de dano futuro, o negócio jurídico não será anulado por coação.

O mesmo art. 151 do CC/02 elege como vício da vontade a *coação moral (vis compulsiva)*, porque somente neste caso haverá manifestação de vontade, visto que sob

²¹³ KASER, Max. *Direito Privado Romano* Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999. p. 79.

²¹⁴ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado: parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983. v. 4, p. 348, §458.

²¹⁵ Art. 151. A coação, para viciar a declaração da vontade, há de ser tal que incuta ao paciente fundado temor de dano iminente e considerável à sua pessoa, à sua família, ou aos seus bens. Parágrafo único. Se disser respeito a pessoa não pertencente à família do paciente, o juiz, com base nas circunstâncias, decidirá se houve coação.

²¹⁶ TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República: parte geral e obrigações*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. v. 1, p. 285.

coação física (*vis absoluta*), o negócio jurídico é inexistente, por completa ausência de vontade²¹⁷.

Ao confrontarmos os elementos da coação e do erro, verificamos que a principal diferença entre ambos está na presença, na hipótese da coação, de um ato coator praticado contra o declarante. No erro, o declarante erra por si próprio.

Com relação ao dolo, a principal diferença é que não há na coação, como há no dolo, indução do declarante em erro. “A consequência da coação”, consoante afirma Humberto Theodoro Jr., “afeta a vontade no seu elemento *liberdade*, porque praticamente suprime a liberdade de decisão”²¹⁸. Por outro lado, dolo e coação assemelham-se no que diz respeito ao dever de indenizar por perdas e danos, pois que a coação é, da mesma forma, ato ilícito.

Há uma inovação em relação ao Código anterior: o novo Código prevê que também pode ser causa de anulabilidade do negócio jurídico a *vis compulsiva* exercida sobre pessoa não pertencente à família. É o que prevê o parágrafo único do art. 151 do CC/02²¹⁹, ausente no art. 98 do CC/16. É bem verdade que essa possibilidade já era admitida pela doutrina, mesmo diante da ausência de previsão legal nesse sentido²²⁰. Não se pode, no entanto, negar os benefícios decorrentes da positivação desse entendimento e da inclusão de autorização ao juiz para que decida com base nas circunstâncias do caso concreto.

As “circunstâncias do caso concreto”, na verdade, é que definirão se a coação do parágrafo único do art. 151 do CC/02 será ou não causa de anulabilidade. Esse fator atribui, de fato, uma certa vagueza à norma. Essa vagueza, todavia, não a torna inócua, como chega a propor Arnaldo Rizzardo²²¹. Há substanciais manifestações na doutrina nacional sobre modelos hermenêuticos que servem como bússola e limite da atividade

²¹⁷ “No sistema jurídico brasileiro, a sanção para a *vis absoluta* é a pré-exclusão (= o ato jurídico não é); para a *vis compulsiva*, a anulabilidade”. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado: parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983. v. 4, p. 350, §458.

²¹⁸ THEODORO JR., Humberto. *Comentários ao novo Código Civil*. Coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. 3, t. 3, p. 171.

²¹⁹ O artigo correspondente ao 151 do CC/02 é o artigo 98 do CC/16, que dispunha: “A coação, para viciar a manifestação da vontade, há de ser tal que incuta ao paciente fundado temor de dano à sua pessoa, à sua família, ou a seus bens, iminente e igual, pelo menos, ao receável do ato extorquido”.

²²⁰ TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República: parte geral e obrigações*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. v. 1, p. 286.

²²¹ RIZZARDO, Arnaldo. Direitos dos negócios jurídicos. In: ___. *Parte geral do novo Código Civil*. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 489.

judicial²²². Na hipótese específica do parágrafo único do art. 155 do CC/02, o juiz deverá valer-se do conteúdo dos demais dispositivos que regulamentam a coação, notadamente o art. 152, que prevê que o juiz deverá ter em consideração o sexo, a idade, a condição, a saúde, o temperamento do paciente e todas as demais circunstâncias que possam influir na gravidade dela²²³.

A norma assim aberta, na verdade, maximiza a aplicação do instituto da coação, visto que permite ao juiz que anule um negócio jurídico no qual tenha identificado a presença do fundado temor e dano iminente ainda que a coação não tenha sido dirigida ao declarante ou alguém de sua família.

2.2.2 A verificação do erro pelo aplicador do Direito

A verificação da possibilidade de anulação do negócio jurídico por erro está vinculada à *interpretação* da declaração e também à medida de valorização e análise do que seja *vontade interna*.

É por meio da declaração, no entanto, que se identificará a existência ou não de dissociação entre o que era querido pelo sujeito e aquilo que foi declarado. A bem da verdade, toda a temática da relevância do erro e da formação da vontade, desde o Direito Romano, está intimamente relacionada com as teorias interpretativas da declaração negocial²²⁴.

Em momento anterior, fez-se referência às teorias sobre o elemento volitivo no negócio jurídico: teoria da vontade, teoria da declaração, teoria da responsabilidade e teoria da confiança. Cada uma delas atribui um regime diferente para o negócio jurídico firmado em erro, como se verá a seguir. Antes, no entanto, é preciso que se esclareça o

²²² Dentre eles, merece destaque a obra de REALE, Miguel. *Fontes e modelos do direito*. Para um novo paradigma hermenêutico. São Paulo: Saraiva, 1994. O emprego dos modelos hermenêuticos propostos por Miguel Reale no Código Civil de 2002 é objeto das seguintes obras: MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gerson. *Diretrizes teóricas do novo Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2002 e LUDWIG, Marcos de Campos. *Usos e costumes no processo obrigacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

²²³ LUDWIG, Marcos de Campos. *Usos e costumes no processo obrigacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 121-122.

²²⁴ GONÇALVES, Diogo Costa. *Erro obstáculo e erro vício. Subsídios para a determinação do alcance normativo dos artigos 247º, 251º e 252º do Código Civil* Lisboa: aafdl, 2004. p. 16. KASER, Max. *Direito Privado Romano* Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999. p. 73.

que vem a ser *declaração* de vontade²²⁵ (ou manifestação da vontade) e quais as conseqüências jurídicas que lhe são atribuídas.

“Declaração de vontade contratual”, no conceito proposto por A. FERRER CORREIA, “é o meio dirigido pelo declarante à obtenção de certos efeitos jurídicos”²²⁶.

A declaração de vontade tem natureza de *notificação*, dado que ela se presta a informar a outra parte sobre os efeitos jurídicos pretendidos pelo declarante. De fato, os efeitos jurídicos buscados pelo declarante são determinados pelo conteúdo de sua declaração, daí a atribuição a ela da função de modeladora do efeito jurídico²²⁷.

A declaração de vontade é, assim, uma ação voluntária com o propósito específico de “provocar certas representações no espírito” de outros²²⁸. E mais. Visa a anunciar os efeitos que devem produzir-se, o que lhe dá o caráter de *promessa*²²⁹. E, por conta disso, gera um certo estado de confiança e, por conseguinte, apresenta, por si só, conseqüências jurídicas, de modo que o declarante deva ou manter a promessa feita por meio da declaração ou indenizar a outra parte pelas expectativas *legítimas* dela advindas²³⁰.

Ainda que a declaração de vontade tenha efeitos *vinculativos* porque tem características de uma promessa, há situações em que essa declaração, apesar de haver ingressado no mundo jurídico, comprometerá a validade do negócio jurídico dela advindo. Nessas hipóteses, há a já noticiada confrontação entre os princípios da autonomia privada e da proteção da confiança gerada em terceiros.

Resta saber como o aplicador do direito fará para verificar a efetividade da declaração de vontade. Vale dizer, quando ela está perfeitamente formada ou quando há,

²²⁵ À declaração de vontade é, por vezes, atribuída tamanha importância que é equiparada ao negócio jurídico em si. Assim a teoria defendida por Antonio Junqueira de Azevedo, para quem o negócio jurídico “é” declaração de vontade, pois é ela a responsável pela determinação do seu conteúdo. Na proposta deste autor, “negócio jurídico é todo fato jurídico consistente em declaração de vontade, a que o ordenamento jurídico atribui os efeitos designados como queridos, respeitados os pressupostos de existência, validade e eficácia impostos pela norma jurídica que sobre ele incide”. AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4. ed. atual. de acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 16.

²²⁶ CORREIA, A. Ferrer. *Erro e interpretação na teoria do negócio jurídico*. Coimbra: Almedina, 1985. p. 151.

²²⁷ *Ibidem*, p. 63.

²²⁸ *Ibidem*, p. 59.

²²⁹ *Ibidem*, p. 99.

²³⁰ Neste aspecto, aliás, a declaração de vontade distancia-se de uma simples ação ou postura tomada pela parte que não vise a trazer efeitos jurídicos específicos. Por conta disso, afirma-se que o negócio jurídico não é formado por uma *manifestação de vontade* qualquer, mas por uma manifestação de vontade *qualificada*, denominada de *declaração de vontade*. Neste trabalho, todavia, as expressões *manifestação* e *declaração de vontade* são tratadas como sinônimas, dado que a expressão *manifestação* é utilizada por todo o texto como expressão elíptica da expressão maior *manifestação qualificada*. AZEVEDO, op. cit., p. 17.

em sua origem, algum vício de vontade que a macule. O ponto central dessa análise está na questão relacionada à busca da *vontade interna* do declarante. Disso decorrem várias questões de ordem hermenêutica e que impescindem da análise do objeto sobre o qual ela incidirá e dos limites da investigação conduzida pelo intérprete. Daí a pergunta: qual o grau de subjetivismo, se é que existe algum, envolvido nesta análise?

No item seguinte, serão apresentados os tratamentos oferecidos pelas teorias que versam sobre o papel desempenhado pela vontade e a posição adotada pelo CC/02, notadamente em vista do que dispõe o art. 112 deste texto legal. A título indicativo, visto que este trabalho não é um estudo de hermenêutica jurídica, serão apresentados alguns elementos que podem contribuir para a aplicação do referido dispositivo de lei.

No item posterior, será abordado o *erro no motivo* como causa de anulabilidade do contrato. Seu estudo seguirá a análise das questões relacionadas à tensão entre declaração da vontade e vontade interna por conta de ser, o erro no motivo, o mais claro exemplo da *intenção* das partes na celebração do negócio jurídico.

2.2.2.1 Declaração vs vontade interna: o problema da interpretação

A vontade interna tanto pode exercer papel fundamental no negócio jurídico, quanto pode ser relegada ao papel de coadjuvante, deixando à declaração de vontade as funções de protagonista.

Para a *Willenstheorie*, é a vontade interna que interessa na formação e interpretação do negócio jurídico: a vontade interna é sobre a qual deve pautar-se o intérprete para colmatar lacunas ou contradições havidas na declaração e, na hipótese de divergência entre aquela e esta, a primeira sempre deve prevalecer. A declaração nada mais é do que a simples exteriorização da vontade interna, que, por ser um fato interior e invisível, precisa de um *instrumento* para que a transforme em fato exterior e visível²³¹. Por conta disso, exerce função secundária.

A declaração é o fato central, por outro lado, para a *Erklärungstheorie*, uma vez que é ela, e não a vontade interna, que determina o conteúdo e os limites do negócio

²³¹ RIEG, Alfred. Le contrat dans les doctrines allemands du XIXe siècle. *Archives de Philosophie du Droit*, Paris, n. 13, p. 31-49, Sirey, 1968. p. 35.

jurídico. Na interpretação do negócio jurídico importa, portanto, o conteúdo da declaração. O aplicador do Direito não deverá enveredar-se para os campos da investigação psicológica. Deverá, sim, buscar o sentido *usual* da declaração, tomando por padrão figuras *standards*, como o *bom pai de família*, recorrendo a noções de utilidade e justiça²³². Nesse sentido, vale referir que, nas primeiras referências feitas a essa teoria, não se propunha a interpretação gramatical e literal da declaração. Ao aplicador do Direito cabia introduzir, nas relações jurídicas, pelos critérios antes referidos, “gotas de óleo social”²³³.

A posição adotada pelo CC/02 pode ser considerada intermediária entre as posições propostas pelas teorias citadas, visto que não está nem tanto ao céu (*Willenstheorie*), de modo que a declaração não é havida tão-somente um instrumento, pois pode gerar efeitos por si só, nem tanto à terra (*Erklärungstheorie*), porque toma em consideração a vontade interna na formação e na interpretação do negócio jurídico.

A opção da lei foi pela valorização da *vontade interna*, da intenção das partes, como se conclui da redação do art. 112 do referido diploma legal: “Nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem”. Não houve, no entanto, a adoção da teoria da vontade.

Com efeito, o artigo que se segue ao art. 112 do CC/02, qual seja, o art. 113 do CC/02, impõe limites na valorização da vontade interna. Ao prever que os contratos devem ser interpretados conforme a boa-fé objetiva, remete à proteção das expectativas geradas perante o destinatário. É que dado que a declaração é um ato (uma espécie de notificação, como propõe A. Ferrer Correia) voltado para celebração de um negócio jurídico, as expectativas geradas na outra parte podem ser passíveis de proteção jurídica, desde que sejam legítimas.

Pode-se afirmar, assim, que o CC/02 adotou a linha proposta pela *teoria da confiança*, a qual reconhece força vinculativa à declaração de vontade, sem se descuidar da necessidade de haver sintonia entre a vontade e a declaração.

Para essa teoria, “não basta analisar o dissídio entre vontade e declaração apenas no ângulo de quem emite”²³⁴, o que é defendido pela *teoria da*

²³² RIEG, Alfred. Le contrat dans les doctrines allemands du XIXe siècle. *Archives de Philosophie du Droit*, Paris, n. 13, p. 31-49, Sirey, 1968. p. 40.

²³³ Ibidem, p. 40.

²³⁴ THEODORO JR., Humberto. *Comentários ao novo Código Civil*. Coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. 3, t. 1, p. 25.

*responsabilidade*²³⁵. “É preciso levar em conta também o comportamento de quem a recebe”²³⁶, pois é ele que determinará se as expectativas geradas são ou não legítimas, vale dizer, são ou não protegidas pelo direito.

Assim, é também ponderado em que medida há expectativa a ser protegida (o que é, a meu ver, comum a todas as demais teorias, à exceção da *Willenstheorie*) por meio da análise do comportamento do destinatário. Identificado o comportamento culposos do destinatário, não há expectativa passível de proteção jurídica. Por conta disso é que a anulabilidade do negócio jurídico por erro exige, além do elemento da substanciabilidade, a sua recognoscibilidade²³⁷ (item 2.1.2.3).

A pergunta que ocorre é qual a posição que deve ser adotada pelo aplicador do direito frente ao comando do art. 112 do CC/02. Como atender à *intenção* consubstanciada na declaração de vontade sem faltar com o princípio da proteção da confiança e com os deveres de conduta decorrentes da boa-fé objetiva? Em outros termos, qual a função atribuída à *vontade interna* pelo CC/02?

É possível adiantar que a verificação da vontade interna referida neste artigo não está sujeita a exercícios de subjetivismo e psicologismo, visto que a *intenção* das partes não deve ser buscada no íntimo de cada um dos contratantes, mas sim a partir do que está contido na declaração.

Com efeito, o objeto de interpretação é a *declaração de vontade* e não a vontade interna. Isso implica afirmar que a vontade interna a ser perquirida, se assim for necessário na interpretação da própria declaração ou do negócio jurídico, é aquela formalizada na declaração.

Nesse aspecto em específico, valem as mesmas orientações que serviam de parâmetro para a aplicação do art. 85 do CC/02²³⁸ o que permite que se acompanhe a lição de Pontes de Miranda no sentido de que “o objeto da interpretação não é a vontade interior, que o figurante teria podido manifestar, mas sim a manifestação de vontade”²³⁹. Em outros termos, “é preciso que o *querido* esteja na manifestação”²⁴⁰, sob pena de não entrar no mundo jurídico. Portanto,

²³⁵ A teoria da responsabilidade, como já se referiu, adota a prevalência da vontade interna sobre a declaração. É, no entanto, uma atenuação da teoria da vontade na medida em que impõe ao sujeito que responda pelos atos culposos. Na hipótese de erro, por esta teoria, somente o erro *excusável* permite o desfazimento do negócio jurídico. Se o erro é resultado de ação negligente, imprudente ou imperita do declarante, ele deve arcar com os efeitos do negócio jurídico. *Vide* THEODORO JR., op. cit., p. 24.

²³⁶ *Ibidem*.

²³⁷ Sobre a aplicação da teoria da confiança no CC/02, *vide* THEODORO JR., op. cit., p. 25.

²³⁸ Art. 85 do CC/16: “Nas declarações de vontade se atenderá mais à sua intenção que ao sentido literal da linguagem”.

²³⁹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado: parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983. t. 3, p. 377, §327.

²⁴⁰ *Ibidem*.

“a vontade, ainda que buscada segundo o art. 85 [ou art. 112 do CC/02], há de estar *dentro*, não fora, nem, com maioria de razão, contra o que se manifestou”²⁴¹. Pode, no entanto, ir contra a literalidade da declaração, desde que a interpretação da intenção das partes a partir da própria declaração encaminhe a essa conclusão²⁴².

Ademais, não se interpreta uma vontade, isoladamente. O processo hermenêutico da identificação da *vontade interna* incide sobre a *fusão* dos dois (ou mais) elementos volitivos que formam o contrato. A vontade, pois, referida pelo legislador, não é a vontade individual de uma das partes, o que daria azo a pesquisas de ordem psíquica e subjetiva para além do que permitiria a segurança jurídica²⁴³. O art. 112 do CC/02, ao referir-se à *vontade interna*, representa, em verdade, *a vontade das partes contratantes*. Portanto, a vontade interna do art. 112 do CC/02 é diferente da vontade interna que interessa ao erro, vez que neste caso sim é importante a vontade de uma das partes, qual seja, do declarante. Mas é, sem dúvida, importante para a interpretação da declaração de vontade.

Da mesma forma, não se interpreta unicamente a última fase da formação da vontade, mas todo o ciclo que a antecede, vez que “quando se fala de erro como vício da vontade, se designa com esta última palavra todo o ciclo psicológico, e não apenas a última fase, porque, na realidade, a sede do erro não está no *terminus*, mas ao longo do curso do processo voluntário”²⁴⁴.

A necessidade de compreensão da integralidade das ações que envolvem a relação obrigacional fica ainda mais clara em face da sua visualização sob o ângulo da *totalidade* e, mais, como um *processo*. O vínculo obrigacional não é um fato isolado, mas antes é resultado de um processo dinâmico, para o qual “concorrem pessoas determinadas, circunstâncias de espaço e tempo (pressuposto de historicidade) e todo

²⁴¹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado: parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983. t. 3, p. 377, §327.

²⁴² AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4. ed. atual. de acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 100.

²⁴³ Marcos de Campos Ludwig faz referência ao art. 1.362 do Código Civil italiano para exemplificar que a tarefa do intérprete não é a de pesquisar sobre a *vontade individual*. O dispositivo legal em análise vale-se da expressão “comune intenzione delle parti”, que não é compartilhada pelo art. 112 do CC/02. Ainda assim, em ambas as legislações a atividade hermenêutica na identificação da *vontade interna* deve ser conduzida para a busca da *intenção comum das partes*. LUDWIG, Marcos de Campos. *Usos e costumes no processo obrigacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 108. Sobre o código italiano, vide ROPPO, Enzo. *O Contrato*. Coimbra: Almedina, 1988. p. 170

²⁴⁴ CARNELUTTI, Francesco. *Teoria Geral do Direito*. São Paulo: Lejus, 2000. p. 429.

um conjunto de direitos, obrigações e situações jurídicas”²⁴⁵.

Nessa linha, devem ser considerados todos os elementos que contribuíram na formação da vontade das partes contratantes, o que inclui seu comportamento global²⁴⁶. Daí a impossibilidade de se considerar, na atividade hermenêutica, um único momento, como se a intenção das partes pudesse ser registrada por uma fotografia. Ao contrário, a formação e o desenrolar do negócio jurídico, e assim também a formação da vontade negocial, são processos dinâmicos e, por conta disso, a interpretação exige a consideração do “contexto situacional”, além do “contexto verbal”. Vale dizer, não interessa apenas a letra da declaração, mas todos os elementos externos que tenham relevância sobre ela. “É o todo”, salienta MARCOS DE CAMPOS LUDWIG, “que interessa ao intérprete”²⁴⁷.

O art. 113 do CC/02, ao dispor que “os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a *boa-fé*²⁴⁸ e os usos do lugar de sua celebração” (g.n.), remete exatamente à necessidade de se considerar, na atividade hermenêutica, todo o contexto que circunda a formação do vínculo obrigacional, positivando o princípio da ultraliteralidade na interpretação dos contratos²⁴⁹. Por usos, frise-se, entende-se também usos do tráfico, mesmo porque as “regras de boa-fé são regras do uso do tráfico, gerais, porém de caráter cogente”²⁵⁰.

²⁴⁵ CACHAPUZ, Maria Claudia Mercio. O conceito de totalidade concreta aplicado ao sistema jurídico aberto. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, v. 24, n. 71, 108-153, nov., 1997. p. 133-135. Larenz foi quem primeiro propôs a consideração da relação jurídica como um pensamento de totalidade, nos termos referidos no texto (pois já havia se utilizado da expressão, em sentido restrito, Savigny), e não como uma relação de prestação isolada. Para Larenz, a obrigação deve ser vista como um todo, como um conjunto (“Gefüge”), que representa mais do que a soma das partes que a compõem. Por conta disso, a relação obrigacional pode sofrer alterações sem perder sua identidade como tal. (LARENZ, Karl. *Derecho de Obligaciones*. Madri: Revista de Derecho Privado, 1958. t. 1, p. 38). Clóvis do Couto e Silva, complementa Maria Claudia Cachapuz, aperfeiçoa a proposta de Larenz propondo a leitura da relação obrigacional como um *processo*, que é composto “do conjunto de atividades necessárias à satisfação do interesse do credor”. Esse processo dinâmico, como ensina Clóvis do Couto e Silva, envolve ao menos duas fases: o nascimento do vínculo e o desenvolvimento dos deveres. COUTO E SILVA, Clóvis do. *Obrigação como processo*. Porto Alegre: edição do autor, 1964. p. 10.

²⁴⁶ ROPPO, Enzo. *O Contrato*. Coimbra: Almedina, 1988. p. 171.

²⁴⁷ LUDWIG, Marcos de Campos. *Usos e costumes no processo obrigacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 109. As expressões “contexto verbal” e “contexto situacional” foram retiradas deste mesmo texto.

²⁴⁸ Além da função de cânone hermenêutico, como positivado no art. 113 do CC/02, a boa-fé é também fonte de deveres. Com efeito, a interpretação da vontade permite que se obtenha do negócio jurídicos outros deveres que não decorrem diretamente da declaração. COUTO E SILVA, Clóvis do. *Obrigação como processo*. Porto Alegre: edição do autor, 1964. p. 34.

²⁴⁹ LUDWIG, loc. cit. Clóvis do Couto e Silva já alertava para a função hermenêutica dos usos (usos do tráfico) na interpretação da vontade dos contratantes antes da vigência do Código Civil de 2002, quando não havia dispositivo legal expresso no direito civil brasileiro sobre sua aplicação. COUTO E SILVA, op. cit., p. 36.

²⁵⁰ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado: parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983. t. 3, p. 374, §327.

Como representação da necessidade de se considerar todos os fatores que marcaram o desenvolvimento do processo volitivo e do próprio vínculo obrigacional, FRANCESCO CARNELUTTI afirma que a “expressão própria não será, pois, vontade viciada de erro, mas antes *fruto* de erro”²⁵¹.

A verificação, pelo intérprete, da vontade interna do art. 112 do CC/02, portanto, deve pautar-se na análise do quanto consignado na *declaração*. A interpretação da declaração não envolve, todavia, apenas a análise da literalidade da declaração. Imprescinde, também, da avaliação dos elementos externos que compõem o contexto do processo de formação da vontade, o que decorre antes da compreensão do vínculo obrigacional como um processo e desde a vigência do CC/02 do quanto disposto no art. 113.

Ao se conjugar todas essas observações, alcança-se a conclusão de que a *intenção* das partes é determinada, ao fim e ao cabo, em razão da função econômica estipulada no contrato. Viu-se que a vontade das partes é apurada a partir da interpretação da declaração, em seus limites textuais e elementos exteriores que formam o contexto em que está inserida. Mais do que isso, deve-se ter em conta qual o objetivo esperado pelas partes ao firmarem o contrato, ou seja, deve-se considerar qual a operação econômica instrumentalizada por meio do negócio jurídico²⁵² na avaliação da *intenção das partes*.

2.2.2.2 Erro no motivo: exemplo das peculiaridades do papel da vontade interna no erro

O artigo do 140 do CC/02 reza que “o falso motivo só vicia a declaração de vontade quando expresso como razão determinante”, consagrando, por meio da imposição de uma exceção, o princípio geral da irrelevância dos motivos para o ordenamento jurídico. Os motivos são irrelevantes porque dizem respeito a deliberações

²⁵¹ CARNELUTTI, Francesco. *Teoria Geral do Direito*. São Paulo: Lejus, 2000. p. 429.

²⁵² CACHAPUZ, Maria Cláudia Mercio. O conceito de totalidade concreta aplicado ao sistema jurídico aberto. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, v. 24, n. 71, 108-153, nov., 1997. p. 137. É de Enzo Roppo o conceito de contrato como operação econômica. ROPPO, Enzo. *O Contrato*. Coimbra: Almedina, 1988.

pessoais do sujeito que não ingressam e não integram o objeto do contrato. Não ultrapassam, portanto, o âmbito do psiquismo da parte.

No Código anterior, o artigo equivalente referia-se ao termo “causa”²⁵³. A nova lei corrigiu esta falta, consagrando a vasta manifestação doutrinária no sentido de que causa e motivo têm, na verdade, sentidos diversos.

É aceito que todo o contrato tem uma *causa*, que está entrelaçada com sua economia “seus sujeitos, sua base estrutural, e tudo o que condiciona, com razão determinante, o efeito jurídico programado”²⁵⁴.

A causa representa a função econômico-social (e para alguns a função prático-social) do negócio. Por função econômico-social, entende-se não só a função jurídica do negócio, como também a operação econômica subjacente. A causa, nesse sentido, é elemento essencial do contrato, visto que a ausência de operação econômica no contrato, como alerta Enzo Roppo, é sinônimo de ausência de contrato em si²⁵⁵.

Nesta acepção, havida como objetiva²⁵⁶, a causa do contrato, ou a síntese funcional de seus elementos, é um dado a ser apreendido objetivamente. Na concepção objetiva da “causa”, ensina CLÓVIS DO COUTO E SILVA, “não há uma pesquisa de toda uma série de volições das partes contratantes. A valorização é feita no negócio mesmo”²⁵⁷.

Por conta disso é que causa não é sinônimo de motivo: a causa é do negócio jurídico, enquanto o motivo é da esfera psicológica da parte contratante.

²⁵³ No CC/16, o artigo equivalente dispunha que “só vicia a falsa causa quando expressa como razão determinante ou sob forma de condição” (art. 90), sendo que a expressão falsa causa representava, na verdade, o motivo do ato. COUTO E SILVA, Clóvis do. *Obrigação como processo*. Porto Alegre: edição do autor, 1964. p. 41, nota 44. Sobre o conceito de causa, *vide*, também, MARTINS-COSTA, Judith. A teoria da causa em perspectiva comparativista: a causa no sistema civil francês e no sistema civil brasileiro. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, v. 16, n. 45, p. 213-244, mar. 1989. ANDRADE, Fábio Siebeneichler. Causa e *consideration*. *Revista da AJURIS*, Porto Alegre, v. 18, p. 276-84.

²⁵⁴ THEODORO JR., Humberto. *Comentários ao novo Código Civil*. Coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. 3, t. 1, p. 88.

²⁵⁵ ROPPO, Enzo. *O Contrato*, Coimbra, Almedina, 1988. p. 11.

²⁵⁶ A teoria subjetiva da causa foi desenvolvida com mais rigor em França. Por essa teoria, a causa é havida como o fim que os declarantes pretendem. “A pesquisa dos móveis teleológicos e a tarefa conseqüente de diferenciá-los dos motivos tornam, de início, insustentável a teoria”, como conclui Clóvis do Couto e Silva *in* Teoria da causa no Direito Privado. *O Direito Privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva*. Org. Véra Maria Jacob de Fradera. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 66.

²⁵⁷ COUTO E SILVA, Clóvis do. Teoria da causa no Direito Privado. In: FRADERA, Véra Maria Jacob de (Org.). *O Direito Privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 67.

O motivo, no entanto, sai da esfera psicológica e se torna *motivo do negócio jurídico* quando for expresso como condição da celebração do ato. E, neste caso em específico, torna-se relevante para a ordem jurídica²⁵⁸.

São necessários dois requisitos para que o *falso motivo* abra a via da anulabilidade do negócio jurídico. O primeiro requisito é o de que o motivo deve assumir a condição de “razão determinante”. O segundo exige que o destinatário da declaração tenha conhecimento²⁵⁹ de que tal motivo é, para o declarante, “condição negocial”²⁶⁰.

O reconhecimento, pela ordem jurídica, da invalidação do negócio jurídico por *falso motivo* presta auxílio fundamental na compreensão do que se deve ter por *vontade interna* da parte, quando necessária sua análise em face de alegação de vício da vontade.

Este auxílio advém da apreensão daquilo que o art. 140 do CC/02 exclui de seu suporte fático: os motivos que não sejam expressos como determinantes do ato não abrem a via da anulabilidade do negócio jurídico. Isso significa afirmar que a *vontade interna* das partes, em seu sentido psicológico, ou seja, enquanto *querer subjetivo*, somente terá relevância no negócio jurídico quando ela constar, expressamente, na forma de *motivo*, como fato determinante da celebração do ato.

Se não houver essa referência de forma clara aos motivos como *determinantes*, os fatores individuais e subjetivos que impulsionaram a celebração do negócio jurídico são *irrelevantes*.

²⁵⁸ Esse era o entendimento extraído do art. 90 do CC/16, que permanece vigente em razão do art. 140 do CC/02, ainda que alterada a redação do artigo em razão da substituição do termo “causa” por “motivo”. De fato, o art. 140 do CC/02 trata de *falso motivo*, que não é sinônimo de *causa*. O motivo, no entanto, transformar-se-á em *causa* do negócio jurídico quando eleito como razão determinante da celebração do negócio. Neste sentido, Pontes de Miranda afirma que “a *causa* pode ser ‘motivo determinante’, se se supôs existir o que se pensava e se elevou tal motivo à categoria de motivo relevante”. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado: parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983. t. 4, p. 300, §438. A substituição do termo “causa” por “motivo” é também tratada, ainda que superficialmente, por Vera Lúcia Gebrin, In: *O erro no novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 176-179. Vide, ainda, BARROSO, Carlos Henrique. O falso motivo como vício do negócio jurídico no novo Código Civil. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 91, n. 804, p. 72-81, out. 2002.

²⁵⁹ Na vigência do Código de 1916, Pontes de Miranda observava que o erro no motivo consistia na única forma de erro que deveria ser, necessariamente, reconhecível pela outra parte. PONTES DE MIRANDA, op. citl, p. 299, §438. Em face da redação do art. 138 do CC/02, ver-se-á a seguir que a recognoscibilidade é, atualmente, pressuposto necessário para a invalidação do negócio jurídico por erro, e não só por erro no motivo.

²⁶⁰ THEODORO JR., Humberto. *Comentários ao novo Código Civil*. Coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. 3, t. 1, p. 90.

Ainda que se reconheça que, ao ser tratado como determinante, o motivo perde sua natureza subjetiva, incorporando o conteúdo do negócio jurídico²⁶¹, não se pode negar que ele consiste em uma das únicas janelas verdadeiramente voltadas para a análise da vontade subjetiva do sujeito contratante. A outra seria o próprio erro, mas em uma avaliação diferente, uma vez que ocorre no âmbito da falsa compreensão da realidade pela parte.

Nem um nem outro incentiva a pesquisa exclusivamente de ordem psicológica e subjetiva. Ambos têm em comum a forma de atuação e de verificação: o motivo deve estar expresso no contrato e a vontade interna na declaração.

O ponto *diferencial* do tema que se está a tratar, e que foge um pouco ao movimento da constante busca pela *objetivação* da figura do negócio jurídico, é que a análise da vontade interna é necessária no estudo dos vícios da vontade. Assim é que a atividade interpretativa deve buscar, com parcimônia, o elemento subjetivo na esfera psicológica do sujeito contratante, visto que *a falsa representação* ou mesmo a *ausência* dela frente à situação negocial que se estabelece é evento subjetivo²⁶². Se há erro, o próximo passo é verificar da sua relevância para viciar o negócio jurídico²⁶³.

Na verificação da existência de vício de vontade, notadamente de erro, deve-se procurar a real *intenção* das partes contratantes.

Diferentemente, todavia, do que ocorre na atividade direcionada à interpretação do negócio jurídico, em que deve ser considerada a intenção de todas as partes envolvidas no contrato, na hipótese de erro, procura-se a intenção *de uma destas partes*. Essa intenção individual da parte, afinal, é que demonstrará a existência ou não de erro frente à própria declaração e ao que se poderia colher, dos termos do negócio, como “intenção das partes”. Assim, se houver divergência entre vontade interna e declaração e o que se poderia haver por “intenção das partes”, e se essa divergência decorrer de fato inconsciente, haverá erro, como se verá a seguir.

²⁶¹ TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República: parte geral e obrigações*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. v. 1, p. 273.

²⁶² COUTO E SILVA, Clóvis do. *Obrigações como processo*. Porto Alegre: edição do autor, 1964. p. 42.

²⁶³ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado: parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983. v. 4, p. 275, §430.

3 A ANULABILIDADE DO NEGÓCIO JURÍDICO POR ERRO: ANÁLISE COMPARATIVA DOS REGIMES DO CÓDIGO CIVIL DE 1916 E DO CÓDIGO CIVIL DE 2002

O Código Civil de 2002 trouxe profunda alteração na sistemática do erro, fato que é consenso na doutrina. São, por outro lado, variadas as posições quanto ao que está por detrás dessa alteração.

Humberto Theodoro Jr., por exemplo, afirma que a nova regulamentação afastou a necessidade de escusabilidade do erro (que se refere ao declarante), optando, a nova lei, pela exigência de sua recognoscibilidade (que se refere ao declaratório)²⁶⁴. Por conta disso, teria havido a recepção pela lei de um novo princípio: o da proteção da confiança.

Para outros autores, a novidade estaria na incorporação pelo novo Código de ambos os requisitos, escusabilidade e recognoscibilidade, como decorrentes do princípio da boa-fé objetiva, que impõe, às partes, uma série de deveres anexos ou laterais à obrigação principal do contrato, tais como o de informar e o de cooperar²⁶⁵. Segundo os autores que apóiam esse entendimento, não haveria contradição no emprego dos dois elementos simultaneamente porque “enquanto a cognoscibilidade refere-se ao receptor da manifestação de vontade, a escusabilidade está naquele que declara a vontade em erro”²⁶⁶. A conclusão, aqui, é a de que cabe ao intérprete, nesse cenário, a conjugação desses dois elementos.

Não parece, no entanto, que tenham sido essas as mudanças trazidas pela redação dos arts. 138 e seguintes do CC/02 que justifiquem a assertiva de que o instituto do erro, no âmbito dessa lei, é substancialmente diverso daquele previsto na lei anterior.

A alteração significativa, a meu ver, está na passagem da tônica na proteção da autonomia privada, portanto do indivíduo, o que era próprio do Código anterior²⁶⁷, para

²⁶⁴ THEODORO JR., Humberto. *Comentários ao novo Código Civil*. Coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. 3, t. 1, p. 41.

²⁶⁵ Sobre o conceito de deveres laterais ou anexos, *vide* COUTO E SILVA, Clóvis do. *Obrigação como processo*. Porto Alegre: edição do autor, 1964 e FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesa. *A Boa-fé e a Violação Positiva do Contrato*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 75 e seguintes.

²⁶⁶ TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República: parte geral e obrigações*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. v. 1, p. 270.

²⁶⁷ *Vide* introdução deste trabalho.

a proteção do negócio jurídico em si e, via de consequência, do tráfico jurídico²⁶⁸. Adiante-se, desde já, que, como proposto originariamente por Clóvis do Couto e Silva e Pontes de Miranda, a proteção da confiança já tinha aplicação necessária na vigência do Código de 1916. Daí que não se sustenta a afirmação de que a proteção da confiança é novidade do novo Código.

A novidade do CC/02 está no fato de dificultar o desfazimento do negócio jurídico por meio do acréscimo de um componente, *a recognoscibilidade*. O destinatário da declaração já era, na vigência do Código anterior, em razão de estudos doutrinários sobre as funções da boa-fé objetiva²⁶⁹, merecedor de proteção jurídica em face de erro incorrido pela outra parte. Essa proteção, conforme se verá, está no dever de indenizar imputável àquele que errou.

Ademais, seguindo a lição de Clóvis do Couto e Silva, no sentido de que a boa-fé objetiva tem aplicação mesmo na ausência de previsão legislativa²⁷⁰, a responsabilidade pelas expectativas geradas perante a outra parte em razão da declaração de vontade, *o que tem sido atribuído pela doutrina comentadora do novo Código ao princípio da proteção da confiança*, já era aplicável sobre o texto do Código de 1916. Daí que a proteção do destinatário da declaração, seja pela compreensão da declaração de vontade como uma promessa²⁷¹, seja pelos deveres de conduta advindos da boa-fé objetiva, já valia no âmbito do Código anterior.

A diferença entre o CC/16 e o CC/02 está nas consequências possíveis previstas em cada um dos textos e nos pressupostos que as fundamentam.

No Código de 1916, a proteção do terceiro consistia no dever de indenizar imposto ao declarante que alega erro. No Código de 2002, essa ordem de proteção dá-se por meio da exigência de recognoscibilidade do erro. Ou seja, só não fará jus à proteção, que ao fim e ao cabo significa manutenção da situação criada pela declaração de vontade havida, portanto, do negócio jurídico, aquele que houver agido culposamente:

²⁶⁸ Não se trata de *princípio do tráfico jurídico*, como referido por Vera Lúcia Gebrin In: *O erro no novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 5. A expressão *tráfico jurídico* pode ter caráter normativo, se prevista em lei, hipótese em que impõe deveres às partes, ou função hermenêutica, na ausência de dispositivo legal ou quando assim impõe a lei. Comparada com o princípio da boa-fé objetiva, a diferença está em que o caráter normativo desta, diferentemente do que ocorre com os usos do tráfico jurídico, prescinde de previsão legal. In: *Obrigação como processo*. Porto Alegre: edição do autor, 1964. p. 36.

²⁶⁹ Assim as obras de Pontes de Miranda e Clóvis do Couto e Silva citadas diversas vezes por todo o texto.

²⁷⁰ COUTO E SILVA, Clóvis do. *Obrigação como processo*. Porto Alegre: edição do autor, 1964. p. 35.

²⁷¹ Item 2.2.2. acima.

ainda que tivesse condições de identificar a existência de erro, nada fez para alertar o declarante nesse sentido.

A bem da verdade, em que pese a definição de erro, enquanto vício da vontade, em si seja a mesma desde o século XIX, dela são extraídos regimes diversos, que estarão de acordo com o entendimento vigente, no âmbito do negócio jurídico, quanto à função da vontade, a sua relação com a declaração e para qual dos pólos penderá a proteção: declarante ou declaratário. Em outros termos, no conflito de princípios, qual será privilegiado: o da autonomia privada ou o da proteção da confiança.

Atuam, ainda, outros valores, como a proteção do tráfico jurídico, como está consignado no CC/02.

Por conta dessas questões e, principalmente, com o objetivo de comprová-las, este Capítulo cuidará de apresentar os elementos do suporte fático do erro (3.1), bem como as conseqüências da anulação do negócio jurídico em face da aplicação desse instituto (3.2).

Assim é que, no capítulo seguinte, serão apresentados os elementos necessários do erro, a substancialidade e a essencialidade (3.1.1), bem como aquele que pode ser havido como “possível”, qual seja, a culpa (3.1.2).

No próximo, serão comparados os regimes do CC/16 e do CC/02, visto que cada qual apresenta um próprio *suporte fático* para o erro e um *pool* de conseqüências jurídicas. É também aqui que se pretende tratar de um princípio que exerce significativa influência no CC/02: o da manutenção do negócio jurídico.

3.1 OS ELEMENTOS DO SUPORTE FÁTICO DO ERRO

A configuração do erro requer, na lição de Pontes de Miranda, dois pressupostos: o subjetivo e o objetivo. O primeiro refere-se à intenção do declarante, vez que haverá erro quando esse, se houvesse conhecido a realidade tal qual e não tal qual foi representada, não teria manifestado o que manifestou, porque, assim, não teria havido divergência entre o que ele entendia e o que o destinatário entendeu²⁷².

²⁷² PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado: parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983. t. 4, p. 285, §432.

O pressuposto objetivo refere-se à limitação da valoração da vontade, pois somente quando for justificável o erro poderá ser invocado para declaração de invalidade do ato. Isso significa que não é qualquer engano incorrido pela parte que dará vazão à anulabilidade do negócio jurídico, o que já se afirmou em outras passagens deste trabalho. Assim, como pressuposto *objetivo* da verificação do erro, a lei determina quais os fatores que devem ser verificados no caso concreto para que então seja desfeito o negócio jurídico.

É, pois, a conjugação destes dois elementos (subjetivo e objetivo) que comporá o suporte fático do erro, o qual conta com previsão legal.

Ocorre que a aplicação desse instituto jurídico depende de interpretação da lei e, portanto, não basta a análise isolada dos dispositivos legais que regulamentam a matéria. A compreensão do contexto em que foram e estão inseridos tais dispositivos é indispensável. E por isso da necessidade de se compreender quais os princípios que animam o Código Civil de 2002. Explico.

A invalidação do negócio jurídico por erro coloca em tônica a confrontação entre os princípios da autonomia privada e da proteção da confiança. Ou seja, entre a proteção da liberdade do indivíduo de se vincular pelo exercício da vontade livre e a proteção ao interesse de terceiro de boa-fé e da segurança jurídica pelas expectativas oriundas da prática de atos ou exteriorização da vontade de firmar determinado negócio jurídico.

A preponderância de um sobre o outro, que definirá o desfazimento ou não do negócio jurídico, é matéria a ser definida, em grande medida, pelo legislador – não exclusivamente, todavia, visto que também a jurisprudência exerce função relevante na delimitação das fronteiras da aplicação do instituto.

Alguns elementos do erro são, no entanto, constantes, pois são eles que dão as notas definidoras desse instituto como tal. Vale dizer, não fosse por eles, o erro não seria erro.

Esses elementos são a substancialidade e a essencialidade, os quais impõem que o erro seja sobre elemento essencial do negócio e que ele tenha exercido papel determinante em sua celebração, de modo que tal evento não teria ocorrido não fosse pelo erro. E há razões bastante sensatas para que eles sejam havidos como elementos necessários, visto que a aceitação da regra de invalidação do negócio jurídico sob a alegação de erro de qualquer espécie repercutiria não só na própria vulgarização do

instituto como em grave prejuízo à segurança das relações jurídicas e desconsideração das necessidades do tráfico jurídico.

O erro, para ser substancial, deve ser *error in negotio*, *error in persona*, erro sobre as qualidades essenciais do objeto e erro de direito. Essas hipóteses serão estudadas na primeira parte, item 3.1.1.

O suporte fático do erro pode, no entanto, contar com outros dois elementos: a escusabilidade e a recognoscibilidade. Esses elementos, os quais serão analisados na segunda parte, item 3.1.2, são adotados de acordo com a opção principiológica vigente. Ou não incidem, ou incidem ambos, ou apenas um deles. E isso dependerá do resultado decorrente do embate de princípios jurídicos, dentre os quais pode ser citado o da autonomia privada, o da proteção da confiança e, porque não, o da manutenção do negócio jurídico.

Há que se adiantar que já na vigência do Código anterior havia divergência quanto à incidência de um desses elementos, qual seja, a escusabilidade. Enquanto alguns apontavam para a necessidade de erro ser exclusivamente substancial, outros agregavam a necessidade de ele ser também escusável. A celeuma persiste atualmente, ainda que a redação do artigo de lei que descreve o suporte fático do erro do novo Código seja diferente da do anterior.

Há, contudo, uma certeza: o erro, de acordo com o art. 138 do CC/02, para anular o negócio jurídico deve ser *substancial* e passível de verificação (art. 138 *in fine*). A dúvida persiste quanto a ser ou não indispensável a escusabilidade do erro, como ocorria no regime do Código anterior, ou a necessidade de ele ser cognoscível pela outra parte.

Nas linhas seguintes, os elementos do erro serão analisados em dois blocos: o primeiro referente à substancialidade, denominada elemento *necessário*, porque é a nota que faz do erro uma categoria jurídica única. Em face do que dispõe o art. 139 do CC/02, que define o que vem a ser *erro substancial*, serão analisados os casos de erro sobre a natureza do negócio, sobre a pessoa, sobre as qualidades do objeto. Será também analisada hipótese de erro de direito.

O segundo bloco tratará do elemento *culpa* no instituto do erro, denominada elemento *possível* dado que sua ausência não retira a identificação do erro enquanto vício da vontade. A culpa pode apresentar-se sob a forma de *escusabilidade* ou de *recognoscibilidade*. Esses elementos determinarão qual a influência dessa culpa na possibilidade de desfazimento do negócio jurídico.

Culpa, aqui, é preciso adiantar, representa o risco assumido pela parte que não agir de forma diligente ao proferir ou receber uma declaração de vontade que venha a concluir um negócio jurídico. Não é ato ilícito, evento que se dá nas hipóteses de dolo e coação.

3.1.1 Elementos necessários: a substancialidade e a essencialidade

Admitido que “erra” a parte que forma uma falsa representação da situação contratual ou que declara, inconscientemente, aquilo que não quis, surge a necessidade de se averiguar quando essa “falsa representação” ou a declaração dissociada da vontade real dá ensejo ao desfazimento do negócio jurídico.

Isso porque, para alegar-se erro, não basta haver discrepância entre vontade e declaração. Exige-se a relevância do erro, de forma que o declarante não teria firmado o negócio jurídico se estivesse ciente desse vício. Mas não é só. O erro deve recair sobre elemento essencial do negócio jurídico, por isso ele deve ser *substancial*.

A substancialidade do erro é exigência que se verifica em todos os sistemas jurídicos, daí a denominação de *elemento necessário*. Na França, por exemplo, as partes estarão liberadas das obrigações contratuais se houver erro sobre a *substância* da coisa ou do objeto do negócio²⁷³. Na Alemanha, o negócio poderá ser impugnado se houver erro sobre característica, considerada essencial pelo tráfico, da pessoa ou da coisa²⁷⁴. Da mesma forma, na Itália, exige-se que o erro seja “essenziale”²⁷⁵.

Na lei brasileira, o art. 87 do Código de 1916 conceituava erro substancial como aquele que interessava à natureza do ato, o objeto principal da declaração, ou alguma das qualidades a ele essenciais. O dispositivo seguinte (art. 88) complementava o conceito de substancialidade, determinando que se tem “igualmente por erro substancial

²⁷³ Eis o teor do dispositivo legal do Código francês que versa sobre erro: “Art. 1110 Code Civil 1804. L’erreur n’est une cause de nullité de la convention que lorsqu’elle tombe sur la substance même de la chose qui en est l’objet. Elle n’est point une cause de nullité, lorsqu’elle ne tombe que sur la personne avec laquelle on a l’intention de contracter, à moins que la consideration de cette personne ne soit la cause principale de la convention».

²⁷⁴ Assim o §119 (2) do BGB: (2) Als Irrtum über den Inhalt der Erklärung gilt auch der Irrtum über solche Eigenschaften der Person oder der Sache, die im Verkehr als wesentlich angesehen werden“.

²⁷⁵ É o que dispõe o art. 1428 do Código Civil italiano: “Art. 1428 Rilevanza dell’errore. L’errore è causa di annullamento del contratto quando è essenziale ed è riconoscibile dall’altro contraente”.

o que disser respeito a qualidades essenciais da pessoa, a quem se refira a declaração de vontade”.

No Código de 2002, o conceito de substancialidade está nos três incisos do artigo 139²⁷⁶. Esse dispositivo legal determina que o erro que interessar à natureza do *negócio*, ao objeto da declaração ou a alguma das qualidades a ele essenciais é substancial.

Além dessas hipóteses, descritas no inciso I do artigo de lei em comento, é prevista outra no inciso II: quando concernente à identidade ou qualidade essencial da pessoa a quem se refira a declaração de vontade (desde que determinante).

Mas e como devem ser apuradas a essencialidade e a substancialidade: por critérios objetivos ou subjetivos? Em que medida devem ser consideradas a vontade interna (elemento psíquico) e as condições pessoais do declarante?

É fato que a apuração da essencialidade de um elemento do negócio jurídico pode dar-se por critérios subjetivos ou objetivos. Na hipótese de opção por critérios subjetivos, a identificação da essencialidade deve ser feita atendendo-se a se o objeto, fato, ou circunstância ignorado ou em erro *foi o fator principal do negócio*²⁷⁷. Na lição de JAMES GORDLEY, para a teoria subjetiva, “the error must concern a quality the parties had principally in view, one which led them to contract, one which was the ‘determining’ motive”²⁷⁸.

Os critérios objetivos determinam, por sua vez, que se analise se o elemento viciado *foi havido especialmente em conta pelos sujeitos do contrato*. Nesse caso, desconsidera-se a vontade interna para se haver em consideração a importância objetiva do elemento viciado, ou seja, se é essencial para que do negócio jurídico surtam os efeitos desejados, cumprindo sua função²⁷⁹. O Código Civil alemão, por exemplo, ao estabelecer que o elemento sobre o qual incide o erro deve ser considerado essencial pelo tráfico (*Verkehr*), visivelmente opta pela teoria objetiva.

²⁷⁶ A regulamentação sobre o tema é muito parecida com a do Código Civil italiano: “Art. 1429 Errore essenziale. L'errore è essenziale: 1) quando cade sulla natura o sull'oggetto del contratto; 2) quando cade sull'identità dell'oggetto della prestazione ovvero sopra una qualità dello stesso che, secondo il comune apprezzamento o in relazione alle circostanze, deve ritenersi determinante del consenso; 3) quando cade sull'identità o sulle qualità della persona dell'altro contraente, sempre che l'una o le altre siano state determinanti del consenso (122); 4) quando, trattandosi di errore di diritto, è stato la ragione unica o principale del contratto (1969)”.

²⁷⁷ CIFUENTES, Santos. *Negocio jurídico*. Buenos Aires: Astrea, 2004. p. 432-433. De acordo com este autor, o Código Civil Argentino optou pelos critérios objetivos, o que se conclui do seu art. 928.

²⁷⁸ GORDLEY, James. Mistake in Contract Formation. *American Journal of Comparative Law*, v. 52, n. 2, p. 433-468, 2004. p. 434.

²⁷⁹ CIFUENTES, loc. cit. De acordo com este autor, o Código Civil Argentino optou pelos critérios objetivos, o que se conclui do seu art. 928.

Para Pontes de Miranda, a essencialidade deve ser verificada objetivamente, considerando o tráfico (comércio de jóias, comércio de pinturas e esculturas etc.), não devendo vincular-se a significado subjetivo para determinado figurante. As qualidades, para serem essenciais, têm de ser as que pesam para a apreciação e para o valor do objeto²⁸⁰. O instrumento dessa medida é a resposta à análise quanto ao papel desses dados: se eles deixam o objeto sem identificação, é hipótese de erro²⁸¹.

A mesma orientação é proposta por Ghestin e os irmãos Mazeaud. Para esses autores, a substancialidade deve ser analisada em relação ao objeto em si, a partir da avaliação do propósito para o qual um determinado objeto é vendido ou comprado (o que é diferente verificar se o objeto preenche os propósitos das partes)²⁸².

Diogo Costa Gonçalves, jurista português, opina em sentido diverso: a apreciação da essencialidade é subjetiva, visto que os motivos determinantes da celebração, só o declarante os pode fixar²⁸³. Na mesma linha, HUMBERTO THEODORO JR. afirma que “não é [...] pela natureza ou pela substância da coisa, em si, que, necessariamente, se define o erro substancial. É pela função que a qualidade desempenhou na sistemática da formação da vontade negocial”²⁸⁴.

Assim também Paulo Mota Pinto:

A essencialidade tem de ser encarada sob o aspecto subjectivo do errante, e não sob qualquer outro. Trata-se do carácter determinante do erro, pelo menos como concausa da declaração apreciada subjectivamente e “in concreto” – e não para um declarante razoável ou em abstracto. A função do requisito da essencialidade é, na verdade, atestar o peso do erro para o declarante, efectuando-se a tutela do declaratório, de acordo com a opção do legislador, não através dela, mas pelo requisito relativo ao declaratório que é a cognoscibilidade da essencialidade do elemento sobre que recaiu o erro²⁸⁵.

Paulo Gustavo Gonet Branco segue a mesma posição. Para esse autor, a análise quanto à existência ou não de erro recairá, ao fim e ao cabo, na avaliação de sua

²⁸⁰ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983. t. 3, p. 297, §437.

²⁸¹ PONTES DE MIRANDA, op. cit., t. 4, p. 290, §411.

²⁸² James Gordley analisa a posição de Ghestin e dos irmãos Mazeaud e a compara com o conceito aristotélico de *substância da coisa*. Para Aristóteles, afirma Gordley, a essência da coisa é determinada pelo seu propósito, ou seja, para os fins para a qual ela se presta. GORDLEY, James. Mistake in contract formation. *American Journal of Comparative Law*, v. 52, n. 2, p. 433-468, 2004. p. 442-445.

²⁸³ GONÇALVES, Diogo Costa. *Erro obstáculo e erro vício. Subsídios para a determinação do alcance normativo dos artigos 247°, 251° e 252° do Código Civil*. Lisboa: aafdl, 2004. p. 37.

²⁸⁴ THEODORO JR., Humberto. *Comentários ao novo Código Civil*. Coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. 3, t. 1, p. 78.

²⁸⁵ PINTO, Paulo Mota. Requisitos de relevância do erro nos princípios de direito europeu dos contratos e no Código Civil português. *Estudos em homenagem ao professor doutor Inocêncio Galvão Telles*. Coimbra: Almedina, 2003. p. 72.

essencialidade: somente erros sobre elementos essenciais do negócio jurídico justificam seu desfazimento. E essa essencialidade, ainda que analisada sob perspectiva objetiva, é determinada fundamentalmente pelos interesses do declarante. Portanto, conclui o autor, o conceito de erro está carregado de subjetividade, e sua verificação exige a análise do caso concreto e das condições dos agentes envolvidos. Não obstante, há um fator, na percepção deste autor, que confere mais objetividade ao erro²⁸⁶.

Esse fator seria a confrontação da vontade com a “realidade”, de modo a se verificar se houve ou não erro. A objetivação estaria em se estabelecer essa confrontação não entre “realidade” e vontade, mas entre vontade e a situação de o declarante haver atribuído a certo “signo” conteúdo significativo distinto daquele atribuído pela comunidade²⁸⁷. Com efeito, realidade, na opinião de Paulo Gustavo G. Branco, não é um dado objetivo, pois ela depende de representação humana. Por isso, a noção de realidade está atrelada a um juízo de valor (subjetivo).

Emilio Betti e Caio Mário da Silva Pereira²⁸⁸ posicionam-se pela aplicação simultânea dos critérios subjetivos e objetivos dada a relevância da *intenção* do sujeito nos casos em que se está a verificar a existência de erro.

Erro substancial, segundo Emilio Betti, é erro na identidade e erro na substância. Não necessariamente precisa incidir sobre elementos essenciais do negócio jurídico considerado em abstrato (critério objetivo), pois podem ser elementos essenciais do negócio jurídico específico, em concreto, enquadrado nas circunstâncias de fato que o determinam (critério subjetivo)²⁸⁹.

É semelhante o entendimento de James Gordley sobre o assunto, pois, para esse autor, pode haver *erro substancial* quando o resultado do contrato não alcança os propósitos das partes de forma *objetiva* (pois não atenderiam aos propósitos de *qualquer* outra parte) ou de forma *subjetiva* (pois as partes não *pagariam* o valor

²⁸⁶ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Em torno dos vícios do negócio jurídico: seu exame quanto às principais inovações no tocante ao negócio jurídico. In: *O novo código civil: estudos em homenagem ao professor Miguel Reale*. São Paulo: LTr, 2003. p. 133.

²⁸⁷ *Ibidem*.

²⁸⁸ “Na apuração do defeito em cada espécie”, afirma Caio Mário, “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”. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 21. ed. rev. atual. por Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v. 1, p. 520-521.

²⁸⁹ BETTI, Emilio. *Teoria General del Negocio Jurídico*. Madri: Editorial Revista de Derecho Privado, 1959. p. 314-315.

acertado)²⁹⁰.

A *conjugação* de critérios objetivos e subjetivos parece ser o entendimento mais acertado, que, ademais, deixa a cargo do aplicador do direito a escolha do critério mais adequado ao caso concreto.

3.1.1.1 Erro na natureza do negócio (*error in negotio*), erro nas qualidades essenciais da coisa (*error in corpore*) ou do objeto do negócio jurídico (*inc. I do art. 139*)

O inciso I do art. 139 do CC/02 qualifica como substancial o erro que “interessa à natureza do negócio, ao objeto principal da declaração, ou a alguma das qualidades a ele essenciais”.

Em face da opção pelo novo Código da classificação dos atos jurídicos em atos jurídicos em sentido lato e atos jurídicos em sentido estrito (negócios jurídicos)²⁹¹, o texto atual inova com relação ao texto do art. 87 do CC/16²⁹² ao empregar a expressão “negócio” em lugar de “ato”. O conteúdo da norma no que diz respeito à qualidade de “substancial” permanece, no entanto, inalterado.

Há, no inciso em análise, três formas de erro: (i) erro sobre a natureza do negócio jurídico, (ii) erro sobre o objeto principal da declaração e (iii) erro sobre algumas das qualidades essenciais do negócio jurídico. Seguem-se, nas próximas linhas, exemplos de cada uma delas.

Erro sobre a natureza do negócio, ou *error in negotio*, é hipótese de erro que recai sobre a *categoria jurídica* do negócio celebrado entre as partes. O exemplo comumente citado deste tipo de erro é a celebração, pelo declarante, de negócio jurídico de compra e venda, quando pensava estar locando o bem.

²⁹⁰ Para James Gordley, a substancialidade do erro pode ser determinada pelo preço acertado entre as partes, na medida em que o valor pode ou não *incluir* o risco de haver erro. Se o preço inclui esse risco, então o contrato não pode ser desfeito. Se o preço do contrato *não* inclui o risco de erro, então o contrato deve ser desfeito se constatado que houve engano de uma das partes sobre a qualidade ou quantidade do objeto do negócio. O fundamento está em que “by agreeing on a price, the parties allocate the risk”. GORDLEY, James. Mistake in contract formation. *American Journal of Comparative Law*, v. 52, n. 2, p. 433-468, 2004. p. 448.

²⁹¹ Vide item 2.1.1.2. acima.

²⁹² Art. 87 do CC/16: “Considera-se erro substancial o que interessa à natureza do ato, o objeto principal da declaração, ou alguma das qualidades a ele essenciais”.

Embora não haja referência expressa na lei nesse sentido, o erro na natureza do negócio é, mais comumente, espécie de *erro obstáculo*²⁹³. Isso porque não há, neste caso, o que se poderia definir como falsa representação da realidade negocial. Aqui, há dissociação, inconsciente, entre a vontade interna do declarante e o conteúdo da declaração de vontade, o que é próprio de erro obstativo.

O importante, como lembra Humberto Theodoro Jr., é que a declaração, na qual se consubstancia a dissociação com a vontade da parte, seja fruto de erro passível de demonstração e que esse erro tenha sido definitivo na celebração do negócio jurídico²⁹⁴.

PONTES DE MIRANDA refere que há *error in negotio* somente “quando os figurantes manifestaram-se pela conclusão do negócio jurídico mas houve divergência, quanto à espécie de negócio, no que cada um manifestou”²⁹⁵. Esse caso, ainda que enquadrável no conceito legal de erro sobre a natureza do negócio, aproxima-se da hipótese de *dissenso*²⁹⁶, que é causa de inexistência²⁹⁷. Nada obstante, a consequência aplicável é a anulabilidade do negócio jurídico, como determina o art. 138 do CC/02.

O erro sobre o objeto principal da declaração diz respeito especificamente ao objeto da relação jurídica, ou seja, o sujeito declara adquirir a casa de número 45, quando tencionava adquirir a de número 54²⁹⁸, ou, outro exemplo, quando entregou o relógio suíço, em lugar do francês, que fora efetivamente vendido²⁹⁹. PONTES DE MIRANDA define esta espécie de erro como aquela em que “o declarante não quis, de modo nenhum, emitir manifestação de vontade com o conteúdo que se lhe atribuiu, sem razão”³⁰⁰.

²⁹³ Vide CIFUENTES, Santos. *Negocio jurídico*. Buenos Aires: Ed. Astrea, 2004, p. 446 e THEODORO JR., Humberto. *Comentários ao novo Código Civil*. Coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. 3, t. 1, p. 76.

²⁹⁴ THEODORO JR., op. cit., p. 75.

²⁹⁵ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado: parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983. t. 4, p. 288, §433.

²⁹⁶ Dissenso, na definição de Emilio Betti, é “un íntimo e inadvertido desacuerdo entre las partes cuanto al sentido en que cada una de ellas entiende el contenido del negocio; desacuerdo que se halla encubierto por la aparente (o creída) congruencia exterior de las respectivas declaraciones”. BETTI, Emilio. *Teoria General del Negocio Jurídico*. Madri: Editorial Revista de Derecho Privado, 1959. p. 318.

²⁹⁷ THEODORO JR., loc. cit. Emilio Betti, analisando o Código Civil Italiano, afirma que o tratamento conferido pela lei ao *dissenso* é diverso daquele destinado ao *erro* (obstáculo). A consequência não é a anulabilidade (art. 1.428 do CC italiano), mas nulidade, por estar ausente um dos elementos necessários do contrato, qual seja, o acordo das partes (art. 1.325, que trata dos elementos do contrato, e art. 1.428, que define ser nulo o contrato no qual esteja ausente um dos requisitos do art. 1.325). BETTI, op. cit., p. 319-320.

²⁹⁸ TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República: parte geral e obrigações*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. v. 1, p. 271.

²⁹⁹ PONTES DE MIRANDA, op. cit., p. 289.

³⁰⁰ *Ibidem*.

O termo “objeto” utilizado pelo inc. I do art. 139 do CC/02 refere-se a qualquer objeto de direito, e não somente à coisa³⁰¹. Por isso é que se admite que o erro, nesta forma, pode dar-se sobre a coisa (conforme exemplos citados no parágrafo anterior) ou sobre a relação jurídica (quando, por exemplo, o sujeito confessa ser devedor de dívida já quitada³⁰²).

A espécie de erro em estudo pode referir-se à *identidade* do objeto ou incidir sobre suas *qualidades* essenciais.

O erro na identidade do objeto pressupõe a análise de seus dados qualitativos e quantitativos, mas não só. Essa análise deve responder a questão quanto à relevância do erro nesses elementos na celebração do negócio jurídico. Somente dará causa à anulabilidade do negócio jurídico o erro acerca da identidade ou da qualidade do objeto que tenha sido decisivo, de modo que, não houvesse o erro, o negócio jurídico não teria sido realizado³⁰³.

Pode haver erro, ainda, sobre qualidades essenciais do objeto, mesmo que não sejam necessárias para sua individualização nos termos referidos anteriormente. O fator determinante para que essas qualidades dêem azo à anulabilidade do negócio jurídico é que sejam havidas como *essenciais*, ou seja, que tenham sido determinantes na celebração do negócio jurídico. Exemplos clássicos, segundo Francesco Messineo, são aqueles em que se crê haver vinho, quando é vinagre, ou quando se pensa que se está diante de ouro, e é apenas metal dourado³⁰⁴.

Há, na doutrina, quem trate o *erro* quanto ao *preço* como hipótese de erro na qualidade essencial do objeto³⁰⁵. O Direito brasileiro não prevê, contudo, essa possibilidade.

O *preço* ou (i) será hipótese de erro acidental e, portanto, não será causa de anulação de contrato³⁰⁶, ou (ii) será causa de vício da vontade por consistir *motivo*

³⁰¹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado: parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983. t. 4, p. 290, §434.

³⁰² O exemplo é de THEODORO JR., Humberto. *Comentários ao novo Código Civil*. Coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. 3, t. 1, p. 76.

³⁰³ THEODORO JR, op. cit., p. 77. O exemplo citado por este autor é bastante esclarecedor: “Se, por exemplo, em dois bairros diferentes da mesma cidade existem ruas de denominações iguais, pode o comprador de um lote errar quanto à identidade do imóvel negociado, imaginando adquirir bem situado em bairro nobre quando, na realidade, se tratava de lote da periferia urbana. A hipótese, sem dúvida, configurará erro essencial de identidade do objeto do contrato, pois o comprador terá negociado coisa diversa da que imaginava adquirir”.

³⁰⁴ MESSINEO, Francesco. *Doctrina general del contrato*. Trad. de R. O. Fontanarrosa, S. Sentis Melendo, M. Volterra. Buenos Aires: EJE, 1948. t. 1, p. 126.

³⁰⁵ Nesse sentido, THEODORO JR., op. cit., p. 77.

*relevante*³⁰⁷, aplicando-se o art. 140 do CC/02, ou (iii) poderá ensejar rescisão do contrato com amparo no instituto da lesão.

A análise da doutrina francesa acerca do *erro sobre valor*, no qual estaria incluído o erro sobre o preço, feita por Gilles Goubeaux³⁰⁸ a partir de estudos de Jacques Ghestin, conclui que a figura do *erro sobre o valor*, que pode ser dividida na *erro sobre o valor de troca* e *erro sobre o valor de uso*, está em vias de ser extinta em França. Especificamente com relação ao preço (que está dentro do conceito de valor de troca ou *valeur d'échange*), a lição que se colhe é a de que o erro sobre esse elemento não se dá de forma isolada. Está sempre acompanhada de outro erro, como a falsa representação do valor da coisa em si. Nesses casos, a anulabilidade do negócio mais se refere a erro sobre outras qualidades essenciais do objeto e menos a erro sobre o preço. O erro sobre o “valor de uso” ou “valor cultural” (*valeur d'usage*), que representa o valor de utilidade do objeto, segue a mesma linha: tem sido a cada dia incorporado no conceito de *erro sobre a qualidade essencial* do objeto³⁰⁹.

No Direito brasileiro, ainda que se reconheça que exista erro sobre o preço, esse seria uma espécie de erro sobre *qualidade essencial* do objeto (inc. I do art. 139 do CC/02), consubstanciado na *falsa representação* de seu verdadeiro valor econômico, social ou de utilidade para os fins do contrato. E para que possibilite a anulabilidade do negócio jurídico, é preciso que essa *qualidade*, repita-se, tenha influenciado de forma definitiva na celebração do negócio ou que tenha sido eleita *motivo determinante* do contrato. De outro modo, o erro sobre o preço é havido como acidental, e mesmo como parte do risco do negócio.

³⁰⁶ Neste sentido, o julgado publicado na RT 589/126, cuja ementa é a seguinte: ATO JURÍDICO – Vício de vontade – Compra e venda – Preço ajustado que não corresponde ao valor efetivo das mercadorias – Inexistência de erro essencial ou substancial – Nulidade pretendida – Ação improcedente. O fato de o preço do negócio jurídico ser superior ao valor real das mercadorias não constitui erro essencial ou substancial, podendo constituir apenas erro acidental, que não induz à anulação do ato.

³⁰⁷ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado: parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983. t. 4, p. 298, §434.

³⁰⁸ GOUBEAUX, Gilles. À propos de l'erreur sur la valeur. *Études offertes à Jacques Ghestin. Le contrat au début du XXIe siècle*. Paris: L.G.D.J, 2001. p. 389-404.

³⁰⁹ Ibidem.

3.1.1.2 Erro sobre a identidade ou qualidade essencial da pessoa (inc. II do art. 139)

É também havido pela lei como *substancial* o erro que “concerne à identidade ou à qualidade essencial da pessoa a quem se refira a declaração de vontade”, com a ressalva de que tal evento tenha sido determinante na celebração do negócio jurídico (inc. II do art. 139 do CC/02)³¹⁰.

Em comparação com a redação do art. 88 do CC/16³¹¹, o inc. II do art. 139 do CC/02 inovou ao incluir o erro quanto à *identidade* da pessoa. Ainda que alguns sustentem que a inovação não é significativa em vista do entendimento de que uma exegese extensiva seria suficiente para resolver esta questão no regime anterior³¹², esta inclusão tem contribuição relevante.

É preciso lembrar que não é qualquer erro em face da pessoa do receptor da declaração de vontade que poderá servir de justificativa para a invalidade do negócio jurídico. Somente será anulável o negócio quando demonstrado que, não fosse determinada qualidade da pessoa do receptor ou não fosse um aspecto específico de sua identidade, o negócio jurídico não teria sido realizado.

Essa nova regra permite a objetivação da verificação da *qualidade* e da *identidade* da pessoa como causas de invalidade. Não é qualquer vício: somente aquele vinculado ao negócio jurídico. Eis aí a delimitação do âmbito de análise, o que antes não havia.

Em outros termos, alegações de ordem comportamental do receptor, por exemplo, não servem, nesta lógica, como fundamento para o pleito de anulabilidade do negócio jurídico, salvo se a conduta ilibada houver sido o motivo da realização do contrato.

Avaliando-se objetivamente, pode-se afirmar que é nos contratos fiduciários que a correta identificação e a correta compreensão das qualidades da pessoa mostram-se especialmente relevantes. Com efeito, nas vendas a crédito, por exemplo, o negócio está

³¹⁰ O “não-ser bom profissional” autoriza o desfazimento do negócio jurídico por denúncia, e não por erro, conforme lição de Pontes de Miranda. In *Tratado de Direito Privado: parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983. t. 4, p. 292, §436. Em sentido contrário, Francisco Amaral. *Direito Civil: introdução*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 484.

³¹¹ Art. 88 do CC/02: “Tem-se igualmente por erro substancial o que disser respeito a qualidades essenciais da pessoa, a quem se refira a declaração de vontade”.

³¹² TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República: parte geral e obrigações*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. v. 1, p. 272.

essencialmente ligado à pessoa, pois o referido crédito é concedido individualmente, para aquela determinada pessoa. Outra é a situação, no entanto, do contrato de venda com o pagamento à vista: é indiferente ao negociante vender a esta ou àquela pessoa³¹³.

3.1.1.3 Erro de direito: inclusão legislativa no CC/02 (inc. III do art. 139 do CC/02)

O inc. III do art. 139 faz referência ao *erro de direito*, regulamentando como anulável o negócio jurídico quando o erro dessa natureza não implicar recusa à aplicação da lei e for motivo único ou principal para sua realização.

Apesar da omissão legislativa sobre o erro de direito até a promulgação do CC/02, muitos autores defendiam sua aplicabilidade já na vigência do CC/16³¹⁴.

Assim, admitiam a existência de erro de direito Orlando Gomes, Arnaldo Wald, Barros Monteiro, Serpa Lopes, Agostinho Alvim e Lino Lemos.

Caio Mário da Silva Pereira³¹⁵, Clóvis Beviláqua e Pontes de Miranda, por outro lado, posicionavam-se pela inexistência, no direito brasileiro, da figura do erro sobre direito (*error iuris*)³¹⁶.

As insurgências havidas na doutrina contra o *error iuris* estão pautadas no princípio de que a ninguém é dado o privilégio da não aplicação de uma determinada lei sob a alegação de não a conhecer. No ordenamento jurídico brasileiro, tal previsão está

³¹³ BETTI, Emilio. *Teoria General del Negocio Jurídico*. Madri: Editorial Revista de Derecho Privado, 1959. p. 315.

³¹⁴ Também na jurisprudência é possível verificar-se a controvérsia quanto à aplicabilidade ou não do erro de direito na ausência de previsão expressa no CC/16. Cite-se, por exemplo, acórdão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro em que, por dois votos a 1, foi anulado negócio jurídico de sociedade com fundamento na existência de erro de direito. De acordo com o acórdão, o ato havia sido firmado no “pressuposto de que a gerência e o uso da firma seriam da exclusiva competência do embargante”, o que não se perfectibilizou em face de uma norma da Junta Comercial. O relator do voto vencedor afirmou que a hipótese exigia a anulação do negócio porque se verificou que, não fosse pelo exercício da gerência, o contrato não teria sido celebrado. Em sentido contrário, o voto vencido firma posição pela inaplicabilidade do erro de direito no sistema brasileiro em face do art. 3º da LICC. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Decisão datada de 30/04/1981. Publicada na RT 545/192.

³¹⁵ Caio Mário opina no sentido de que “é preferível prestigiar o princípio da obrigatoriedade, e recusar guarida à teoria que defende a impugnabilidade do negócio jurídico com fundamento no *error iuris*”. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 21. ed. rev. atual. por Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v. 1, p. 524.

³¹⁶ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado: parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983. t. 4, p. 281, §430.

contida no art. 3º da LICC, o qual estabelece que ninguém pode alegar a ignorância da lei.

Apesar de concordar que, em face da omissão do CC/16, o erro de direito não era admitido no Direito brasileiro até a promulgação do CC/02, acompanho aqueles que entendem que a admissão desse instituto não repercute em choque direto com a proibição do art. 3º da LICC. Nesse sentido, Orlando Gomes já alertava para o fato de que o erro de direito *não é hipótese* de inobservância do direito, que consiste no objeto do art. 3º da LICC. Apenas se considera o erro em relação à *validade* do ato³¹⁷.

Na verdade, o art. 3ª da LICC não exclui a hipótese de o *erro de direito* ser relevante como fator de determinação da vontade do sujeito e, por isso, provocar a anulabilidade do contrato. E mais, como esclarece Francesco Messineo, o *erro de direito* tem aplicação na relação entre as partes³¹⁸, com a ressalva de haver proteção de terceiros de boa-fé³¹⁹ por meio do dever de indenizar daquele que agiu culposamente³²⁰. Isso significa admitir que o erro de direito traz prejuízo à parte, e não à ordem jurídica, que é o bem protegido pela norma do art. 3º da LICC³²¹.

Em face da expressa previsão legal desta espécie de erro atualmente, é despicienda a análise dos argumentos lançados por esses autores na defesa da existência ou não do erro de direito antes de 2003 (quando entrou em vigor o novo Código Civil)³²². É necessária, todavia, a análise do que vem a ser *erro de direito*.

Pois bem. O erro de direito ocorre quando “o agente emite a declaração de vontade no pressuposto falso de que procede segundo o preceito legal”³²³. Há ignorância ou falsa interpretação das normas jurídicas ao se avaliar as *qualidades jurídicas* do objeto do contrato ou da pessoa do outro contratante³²⁴. Portanto, “quem

³¹⁷ GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil* 10 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991. p. 433.

³¹⁸ MESSINEO, Francesco. *Doctrina general del contrato*. Trad. de R. O. Fontanarrosa, S. Sentis Melendo, M. Volterra. Buenos Aires: EJE, 1948. t. 1, p. 128.

³¹⁹ Terceiro, nesta frase, é toda e qualquer pessoa que não seja parte do contrato.

³²⁰ Ver-se-á adiante que o erro de direito, para trazer a anulabilidade do negócio, deve ser *recognoscível* pelo destinatário da declaração. Está no conceito de recognoscibilidade o “obrar culposamente”. Presente a culpa e desfeito o negócio jurídico, o destinatário deverá indenizar pelo interesse negativo o terceiro de boa-fé na hipótese de haver sofrido conseqüências em razão da anulabilidade do contrato.

³²¹ THEODORO JR., Humberto. *Comentários ao novo Código Civil*. Coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. 3, t. 1, p. 84.

³²² Sobre o tema, *vide* BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Em torno dos vícios do negócio jurídico: seu exame quanto às principais inovações no tocante ao negócio jurídico. In: *O novo código civil: estudos em homenagem ao professor Miguel Reale*. São Paulo: LTr, 2003. p. 129-146.

³²³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 21. ed. rev. atual. por Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v. 1, p. 524.

³²⁴ ROPPO, Enzo. *O Contrato*. Coimbra: Almedina, 1988. p. 235.

incide em erro de direito não viola norma jurídica (o que seria inescusável), mas celebra negócio tendo em vista uma disciplina jurídica equivocada, em função da qual sua declaração de vontade foi consubstanciada”³²⁵.

Enzo Roppo cita como exemplo o caso, hipotético, de um estrangeiro que adquire uma obra de arte com o propósito único e declarado de levá-la para seu país de origem, ignorando uma disposição legal que proíbe a transferência para o estrangeiro daquele tipo de obra de arte³²⁶. Agora, quando a parte pretende alugar um bem, mas termina por assinar contrato de compra e venda, o erro, nessa hipótese, é erro de fato; não é erro de direito.

Outra é a hipótese, contudo, do erro *sobre as conseqüências jurídicas acessórias*³²⁷ que decorrem da incidência da lei. Trata-se da situação em que uma das partes firma determinado negócio jurídico, o qual, havendo incidência de determinada norma legal, *ensejará efeitos não esperados*. Não há, no entanto, aqui, espaço para a anulação deste negócio por erro.

O fato de que, da aplicação da lei a um determinado negócio jurídico resultam efeitos, além daqueles queridos, outros *desconhecidos* e não almejados pelas partes, não é relevante para o Direito. Isso porque a incidência da norma ocorre independentemente da vontade das partes. Como explica PONTES DE MIRANDA, o Direito não diz “queira tal efeito jurídico e assegura-lo-ei”, mas sim “subscreva o ato que terá tal efeito e assegura-lo-ei, tenha-o querido ou não”³²⁸.

Francesco Messineo refere-se, como hipótese de *erro sobre conseqüências jurídicas*, à situação de um contrato de compra e venda em que o vendedor ignora ou erra acerca da responsabilidade por vícios da coisa vendida, i.e., quando crê não ter responsabilidade pelos vícios. No exemplo do autor, essas conseqüências são *conseqüências acessórias* do contrato, de um lado, e de outro são decorrentes da lei³²⁹.

Assim, também, o seguinte exemplo: se A conclui contrato com B, adiantando-lhe arras e, ao descumprir o contrato, causando sua extinção, alega que desconhecia a

³²⁵ TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República: parte geral e obrigações*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. v.1, p. 273.

³²⁶ ROPPO, Enzo. *O Contrato*. Coimbra: Almedina, 1988. p. 236.

³²⁷ MESSINEO, Francesco. *Doctrina general del contrato*. trad. de R. O. Fontanarrosa, S. Sentis Melendo, M. Volterra. Buenos Aires: EJE, 1948. t. 1, p. 128. Pontes de Miranda refuta esta divisão, afirmando que não cabe, no direito brasileiro, “distinguir-se erro sobre a regra jurídica e erro sobre os efeitos dela”. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado: parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983. t. 4, p. 320, §430.

³²⁸ PONTES DE MIRANDA, loc. cit.

³²⁹ MESSINEO, loc. cit.

norma legal que prevê a conversão de arras em favor do B, não está autorizado pela lei a postular a anulabilidade do negócio invocando *erro de direito*. Essa não é uma hipótese de *error iuris*. Aquele que postular o desfazimento do negócio jurídico nessas circunstâncias estará, sim, valendo-se da alegação de ignorância do conteúdo do art. 418 do CC/02³³⁰, o que esbarra no art. 3º da LICC.

Feitos os esclarecimentos necessários para a delimitação do conceito do erro de direito, tem-se que somente a aplicação equivocada desse instituto poderá trazer alguma insegurança jurídica. Como se pode perceber dos elementos próprio do erro de direito e de seu âmbito de atuação, essa espécie de erro não se presta como argumento à recusa de aplicação de uma norma de ordem pública, como sustenta Caio Mário³³¹. A inserção do erro de direito no texto do novo Código Civil representa, tomadas as devidas precauções em sua aplicação, uma inovação positiva do Direito brasileiro.

3.1.2 Elemento possível: a culpa.

Para que o erro sirva de motivo para o desfazimento do negócio jurídico por meio de sua anulação ele deve ser, necessariamente, e em qualquer sistema jurídico, substancial ou essencial, conforme abordado no item anterior.

Há, no entanto, além dele, outro elemento que pode ou não constar no suporte fático do erro, disso decorrendo conseqüências diversas, seja quanto ao desfazimento do negócio, seja quanto ao dever de indenizar na hipótese em que ele se verifique. Esse segundo elemento é a *culpa*, que ora aparece sob a forma de *excusabilidade* do erro, ora sob a denominação de *recognoscibilidade*.

Por qualquer deles, excusabilidade ou recognoscibilidade, insere-se, no conceito de erro, um novo elemento a ser apreciado pelo aplicador da lei e que será determinante para a decisão pelo desfazimento ou não do negócio jurídico. Esse elemento é a *atitude*

³³⁰ Art. 418 do CC/02: “Se a parte que deu as arras não executar o contrato, poderá a outra tê-lo por desfeito, retendo-as; se a inexecução for de quem recebeu as arras, poderá quem as deu haver o contrato por desfeito, e exigir sua devolução mais o equivalente, com atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, juros e honorários de advogado.”

³³¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 21. ed. rev. atual. por Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v. 1, p. 525.

ou o *comportamento* da parte: do declarante, na hipótese de escusabilidade, e do destinatário, no caso de recognoscibilidade ou cognoscibilidade.

Na lição de Pontes de Miranda, contudo, a configuração de erro invalidante prescinde de avaliação de ação culposa de qualquer das partes: declarante ou destinatário. “O que importa, para se conferir a ação de anulação por erro é que tenha, realmente, havido o erro”³³². A culpa, com o que concordo, não é, portanto, parte integrante do suporte fático do erro. Será, entretanto, elemento do erro se assim determinar o legislador.

É preciso esclarecer que a não inclusão da escusabilidade ou da recognoscibilidade no suporte fático do erro exclua a análise da atitude da parte no caso concreto. Na verdade, o comportamento da parte será relevante na determinação de eventuais deveres indenizatórios, amparados na existência de ação culposa da parte ou na responsabilidade pela *culpa in contrahendo*.

Esse fato vai ao encontro da divisão que se propôs entre elementos necessários e elemento possível, pois que o erro deve ser necessariamente substancial e essencial, mas não necessariamente escusável ou cognoscível. Na hipótese de a culpa não desempenhar papel determinante para anulação, ela poderá atuar no campo indenizatório.

Com relação aos termos apresentados, é preciso conceituá-los. É o que se passa a fazer nos itens seguintes.

3.1.2.1 A culpa na forma de escusabilidade: a conduta do declarante

A escusabilidade remete o aplicador do Direito a investigar sobre a conduta do *declarante*. Quando se entende que, para o desfazimento do negócio jurídico, é necessário que o erro seja *escusável*, quer-se dizer com isso que o declarante não pode alegar erro se não agiu de forma diligente. Escusabilidade é sinônimo de ausência de

³³² PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Rio de Janeiro: Borsó, 1983. t. 3, p. 313, §442.

culpa. Inescusabilidade do erro, pelo contrário, equivale à ocorrência de culpa pelo contratante que pratica o erro³³³.

Nessa linha, ao comentar o Código Civil argentino, Santos Cifuentes afirma que a anulabilidade por erro exige que se aprecie a existência ou não de culpa ou negligência por parte do declarante. Esta verificação, para o autor, é decisiva para a apuração se o erro em que incorreu o declarante é ou não escusável³³⁴.

O elemento em tela serve, portanto, como instrumento para a verificação da existência ou ausência da diligência tomada pelo declarante para informar-se do quanto ignorava. Ou, considerando que o erro e a ignorância são equiparados pela lei, do quanto procurou verificar sobre a exatidão que detinha sobre os fatos que ensejaram a declaração de vontade e a posterior celebração do negócio jurídico³³⁵.

Para parte da doutrina brasileira³³⁶, a *escusabilidade* compõe o suporte fático do erro. Pontes de Miranda, em sentido contrário, já alertava, na vigência do CC/16, para o fato de que a *escusabilidade* não é elemento necessário do erro³³⁷.

A esta altura, é necessário analisar a lei: se o artigo 86 do CC/16 exigia e se o artigo 138 do CC/02 exige, para o desfazimento do negócio jurídico, a escusabilidade do erro.

Na linha do que já se apontou (item 2.2.2), ao legislador cabe optar, com relação aos pressupostos e efeitos do desfazimento do negócio jurídico, pelas orientações propostas pela teoria da responsabilidade ou pela teoria da confiança³³⁸.

Para a teoria da responsabilidade, “em princípio a vontade deve prevalecer sobre a declaração, isto é, sendo viciada a vontade na sua formação interna, o negócio deverá ser invalidado”³³⁹. A regra, contudo, aceita uma exceção: a prevalência da vontade quando o declarante, quem é favorecido pela regra geral, agir com culpa. Por isso é que, ao mesmo tempo em que a teoria da responsabilidade protege a vontade, ela também

³³³ THEODORO JR., Humberto. *Comentários ao novo Código Civil*. Coordenador Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. 3, t. 1, p. 51.

³³⁴ CIFUENTES, Santos. *Negocio jurídico*. Buenos Aires: Astrea, 2004. p. 438.

³³⁵ *Ibidem*.

³³⁶ Por exemplo: GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991. p. 431: “o erro deve ser essencial e escusável [...] um erro inescusável seria equivalente a má-fé”. No mesmo sentido, Clóvis Beviláqua, como se verá a seguir.

³³⁷ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Rio de Janeiro: Borsóí, 1983. t. 3, p. 313, §442.

³³⁸ Isso em face do entendimento de que as teorias da vontade e da declaração são, em si, extremos de posições antagônicas, o que as torna pouco eficazes devido aos exageros e dependentes de mitigação, o que veio a ocorrer por meio das teorias da responsabilidade e da proteção da confiança.

³³⁹ THEODORO JR., Humberto. *Comentários ao novo Código Civil*. Coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. 3, t. 1, p. 51.

admite que a declaração gera efeitos. E esses efeitos deverão ser atendidos se “o erro tiver sido fruto de culpa do declarante”³⁴⁰. É por essa razão que a *excusabilidade* está vinculada à teoria da responsabilidade.

De acordo com a teoria da confiança, a regra é a de que a declaração deve prevalecer sobre a vontade. Isso não significa, entretanto, que o negócio jurídico não possa ser desfeito em face de erro. O negócio pode ser anulado por erro, mas então o declarante deverá *indenizar* o destinatário da declaração: por interesses negativos, se não houver agido culposamente; por perdas e danos, se culposamente.

Seguindo-se a teoria da confiança, não há necessidade de se perquerir sobre a *culpa* do declarante para que se abra a via da anulabilidade por erro em face da constatação de vício da vontade. Nessa hipótese, o que há é o dever de indenizar os interesses negativos do destinatário, *independentemente* de culpa do declarante.

Em face dessas questões, a *excusabilidade* consistia em elemento do suporte fático do erro no Código de 1916? E no Código de 2002, é ela necessária para que o negócio jurídico seja anulável por erro?

Avaliando-se a redação dos artigos 86 do CC/16 e 138 do CC/02, bem como as conseqüências advindas do desfazimento do contrato, as quais serão analisadas nos itens seguintes (3.2), é possível afirmar-se, desde já, que nem em um nem em noutro é necessário que o erro seja *excusável*.

Pois bem. Constou no art. 86 do Código de 1916 que seria passível de anulabilidade o negócio jurídico firmado em erro, quando provada sua substancialidade. Esse artigo, seguido por outros cinco dispositivos sobre o tema, dispunha que “são anuláveis os atos jurídicos, quando as declarações de vontade emanarem do erro substancial”. À primeira vista, portanto, não havia exigência legal de *excusabilidade*.

Pela simples leitura, pois, do artigo referido, o cenário se apresentava da seguinte forma: o erro era considerado vício da vontade, passível de provocar a anulabilidade do negócio jurídico se comprovada sua existência, essencialidade e substancialidade.

Não obstante, os comentaristas do Código Civil do início do século passado divergiram sobre qual era, efetivamente, o regime vigente. Com efeito, enquanto alguns defendiam que a *excusabilidade* integrava o suporte fático do erro, ainda que não

³⁴⁰ THEODORO JR., Humberto. *Comentários ao novo Código Civil*. Coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. 3, t. 1, p. 51.

houvesse previsão expressa nesse sentido³⁴¹, outros, frente à omissão da lei, manifestavam-se por sua desnecessidade, bastando que o erro fosse essencial³⁴².

Para Clóvis Beviláqua, resume João Casillo, o erro deveria apresentar quatro elementos: (1) *ser escusável*; (2) ser real e recair sobre o objeto do contrato, e não simplesmente sobre o nome ou qualificação; (3) referir-se ao próprio negócio, e não a motivos não essenciais e (4) ser relevante, ou seja, segundo concepção geral da vida e experiência, possa ser admitido que o “iludido” não teria celebrado o negócio se conhecesse a relação verdadeira³⁴³.

A manifestação de Pontes de Miranda, em sentido contrário, foi pela não incidência da escusabilidade. Primeiro, porque a culpa não é elemento do suporte fático do erro, como se referiu acima, e, segundo, porque a tipicidade legal do erro, no âmbito do CC/16, exigia que ele fosse tão somente *essencial e substancial*³⁴⁴.

Mas não é só isso. Aceitar que a *escusabilidade* é parte do suporte fático do erro é aceitar a leitura do Código de 1916 pelas lentes da teoria da responsabilidade. Essas, todavia, não parecem ser as lentes adequadas para o Código Civil anterior (nem para o Código atual).

Os dispositivos do CC/16 e mesmo o regime do erro dão conta de que o intérprete deveria ler as normas a partir da proposta da teoria da confiança.

Vale retomar aqui que a teoria da confiança prioriza a vontade interna, mas não da forma como o faz a teoria da vontade, tendo em vista que, para aquela, há que se proteger a confiança e as expectativas da contraparte e de terceiros.

O art. 85 do CC/16, o qual dispõe que “nas declarações de vontade se atenderá mais à sua *intenção* que ao sentido literal da linguagem” (g.n.), é indicativo da aplicação da teoria da confiança. E mais: indica que o Código anterior adotou a teoria subjetiva do

³⁴¹ Assim Caio Mário da Silva Pereira, Silvio Rodrigues, Clóvis Beviláqua, entre outros.

³⁴² Nesse sentido Pontes de Miranda, Campos Batalha (*Defeitos do negócio jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 1988) e Humberto Theodoro Jr. (*Comentários ao novo Código Civil*. Coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. 3, t. 1).

³⁴³ CASILLO, João. *O erro como vício da vontade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982. p. 19.

³⁴⁴ Além disso, salienta Pontes de Miranda que para a constatação do erro, em conta da interpretação *praeter legem* pela necessidade da *escusabilidade*, fazia-se alusão à inteligência comum (RT 166/268), à observação do homem sensato (RT 179/263). Ocorre que, ressalta o autor, não há ponto de referência para essa espécie de análise, pois a inteligência e a cultura são fatores individuais, e nessa condição (individuais) elas devem ser consideradas no caso concreto, no qual se avalia a existência ou não de erro. Nessa análise, não se busca o homem normal, o homem comum, o homem abstrato. Deve-se, na verdade, perquirir as peculiaridades do caso. O argumento do autor é no sentido de que, regra geral, não devem ser considerados esses padrões (inteligência comum, homem sensato). E com muito menos razão devem ser verificados no que diz respeito à existência ou não de culpa. Isso significa admitir que, na vigência do CC/16, uma vez que se identificava o erro, o declarante tinha a sua disposição o direito formativo extintivo de invalidar o negócio jurídico. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Rio de Janeiro: Borsó, 1983. t. 3, p. 275, §430.

negócio jurídico, visto que a *vontade* constituía elemento de seu suporte fático. Nesse cenário, não parece possível encaixar-se a teoria da responsabilidade, que foca na declaração.

Em face dessas questões, conclui-se que o entendimento mais plausível parece ser aquele que considera que o CC/16 teria adotado a teoria da confiança (art. 85 do CC/16), que representa uma versão mitigada da teoria da vontade. Com efeito, embora a teoria da confiança dê prevalência à vontade interna sobre a declaração, no que segue a teoria da vontade e se afasta da teoria da declaração e da responsabilidade, prevê conseqüências jurídicas que visam à proteção de expectativas legítimas advindas da declaração.

Nesse sentido, por exemplo, há o dever do declarante de indenizar o destinatário pelo interesse negativo, dever esse, como será tratado a seguir (item 3.2.1), que independe de culpa.

Assim, colher do artigo 86 do CC/16 que a declaração sobrepõe-se à vontade interna, salvo se houver incidência de erro *excusável*, ou seja, sem culpa do declarante, não parece estar adequado com o restante das disposições do mesmo Código.

Não obstante, na vigência do CC/16, a jurisprudência manifestou-se, em posição majoritária, pela necessidade de que o erro, para dar ensejo à anulabilidade do negócio jurídico, fosse *essencial, substancial e excusável*.

É o que se verifica do acórdão do Tribunal de Alçada de São Paulo, de 15/08/84, em que o pedido formulado pela autora, de anulação do negócio jurídico, foi julgado improcedente por se tratar de *erro accidental* (pois referente ao preço) e por não ter ela *tomado as cautelas elementares antes de formalizar o negócio jurídico*. Consta no voto que:

[...] não resta a menor dúvida que a autora não tomou as cautelas elementares antes de formalizar o negócio jurídico, já que, embora examinasse demoradamente as mercadorias, não se preocupou em verificar o preço real destas. Ora, como esclarece Caio Mário da Silva Pereira, ‘a doutrina acrescenta ainda que somente é de se considerar o erro excusável, não afetando o negócio, quando o agente procede sem as cautelas normais, ou seja, tal que não o cometeria um indivíduo de inteligência comum’ (cf. Instituições de Direito Civil, vol. I/448, ed. 1978)³⁴⁵.

Seguindo a mesma orientação, o Tribunal de Justiça de Santa Catarina asseverou que:

³⁴⁵ RT 589/126, 1984.

[...] segundo a melhor construção da mais sábia doutrina e abalizada jurisprudência, faz-se mister, para que aquela vingue [a anulação], que o erro que se alegue capaz de viciar a vontade seja essencial ou substancial, escusável e real³⁴⁶.

No âmbito do CC/02 há, da mesma forma, divergência doutrinária com relação à necessidade ou não da *excusabilidade*. Considerando-se que se destinou um item específico para o elemento *culpa* no novo Código, o assunto será abordado oportunamente (item 3.1.2.3 abaixo).

3.1.2.2 A culpa na forma de *recognoscibilidade*: a conduta do destinatário da declaração

O Código Civil brasileiro de 1916 não previa a *recognoscibilidade* do erro como elemento de seu suporte fático, ao contrário do que fazem o Código Civil italiano de 1942 e o Código Civil português de 1966.

Considerando, pois, que o fato de o erro ser ou não reconhecível pelo destinatário da declaração não tinha relevância na vigência do Código de 1916, é na doutrina estrangeira que se pode encontrar mais subsídios para a apresentação do conteúdo do termo *recognoscibilidade* ou *cognoscibilidade*. Apresentação essa que se faz necessária em face da redação do art. 138 do CC/02, o qual instaurou a discussão sobre a exigência ou não desse elemento no sistema jurídico brasileiro.

O Código Civil italiano estabelece, no art. 1428, que o erro é causa de anulabilidade do negócio jurídico quando for *essencial e recognoscível* ao outro contratante³⁴⁷.

Emilio Betti explica que o erro deve ser *recognoscível* a outra parte no sentido de que essa parte, pelas circunstâncias em que o erro se produz, deve advertir o declarante sobre tal fato³⁴⁸.

³⁴⁶ RT 666/147, 1991.

³⁴⁷ No original: “Art. 1428 Rilevanza dell'errore. L'errore è causa di annullamento del contratto quando è essenziale ed è riconoscibile dall'altro contraente”.

³⁴⁸ BETTI, Emilio. *Teoria General del Negocio Jurídico*. Madri: Editorial Revista de Derecho Privado, 1959. p. 327.

Se o destinatário da declaração, contudo, não estava, objetivamente, em condições de se aperceber do erro, ou seja, se o erro não era reconhecível, o contrato deve ser mantido. Anular o contrato nessas circunstâncias, afirma Enzo Roppo, “significaria enganar a confiança” do destinatário da declaração, “confiança que a lei se empenha em tutelar”³⁴⁹.

Estão também no Código em referência os critérios para se apurar quando o erro é ou não reconhecível. Para a lei italiana, é cognoscível o erro quando, em relação ao conteúdo, às circunstâncias do contrato ou então às qualidades dos contraentes, uma pessoa de normal diligência poder-lo-ia ter notado³⁵⁰.

Na explicação de Enzo Roppo, “se o não reconhecimento do erro for imputável a negligência ou descuido da parte, a sua confiança não é mais considerada digna de tutela, e a lei protege, então, o que erra, permitindo a anulação”³⁵¹.

O Código Civil português, por sua vez, dispõe no art. 247º que “a declaração negocial é anulável, desde que o declaratório conhecesse ou não devesse ignorar a essencialidade, para o declarante, do elemento sobre que incidiu em erro”.

Diversamente do que ocorre no Código italiano, a previsão do Código português, assim como a do Código brasileiro, não menciona expressamente o termo *recognoscibilidade*.

Não obstante, o Código português difere do brasileiro por exigir de forma clara, na parte final do artigo 247º, um determinado comportamento dirigido *especificamente* ao destinatário da declaração. Essa clareza não se encontra no nosso Código promulgado em 2002 e em vigor desde 2003, que não determina quem deve *perceber* o erro: declarante ou declaratório.

Em que consiste o objeto dessa parte final do art. 247º do Código português foi objeto de muita discussão doutrinária, que se seguiu em duas frentes: (i) uma em relação ao conteúdo do comportamento do declaratório, (ii) uma outra em relação à efetividade da proteção do comércio em face do maior grau de dificuldade no desfazimento do negócio jurídico.

Com relação à primeira, o tema tratado é sintetizado por Diogo Costa Gonçalves na seguinte pergunta: em razão do que dispõe a parte final do art. 247º do Código Civil,

³⁴⁹ ROPPO, Enzo. *O Contrato*. Coimbra: Almedina, 1988. p. 238.

³⁵⁰ No original: “Art. 1431 Errore riconoscibile. L'errore si considera riconoscibile quando, in relazione al contenuto, alle circostanze del contratto ovvero alla qualità dei contraenti, una persona di normale diligenza (1176) avrebbe potuto rilevarlo”.

³⁵¹ ROPPO, op. cit., p. 238.

o declaratório deve conhecer o erro ou simplesmente a essencialidade do elemento sobre o qual recai?³⁵² A resposta do autor para essa pergunta é a de que, para “a generalidade da doutrina, e bem, [...] basta o conhecimento ou o dever de conhecer a essencialidade do elemento, não o erro”³⁵³.

Nessa linha, no entanto, a posição doutrinária afasta a necessidade da *cognoscibilidade* do erro pelo destinatário da declaração, tratando da função da última parte do artigo como a de inclusão da necessidade de que o erro recaia sobre elemento essencial.

Com efeito, na percepção de DIOGO COSTA GONÇALVES, “exigir a cognoscibilidade do erro, com o conseqüente limite de invocação da anulabilidade, seria sacrificar de forma inaceitável o princípio da autonomia privada e o papel da vontade na formação negocial”³⁵⁴. Por outro lado, o autor não afasta a necessidade de se ponderar quanto à tutela do declaratório em face de seu comportamento. Essa ponderação apenas não estaria no suporte fático do erro, o que permite que negócios jurídicos sejam anulados ou mantidos independentemente da exigência de *recognoscibilidade* do erro. O fator determinante, para o autor, é a *proteção da confiança*. E, na sua perspectiva, a *recognoscibilidade* do erro poderia prejudicar a concretização desse princípio³⁵⁵.

Paulo Mota Pinto preocupa-se com a outra questão: há, efetivamente, proteção do comércio em face do maior grau de dificuldade no desfazimento do negócio jurídico, decorrente do teor do art. 247º? Na opinião desse autor, a resposta seria *não*.

³⁵² GONÇALVES, Diogo Costa. *Erro obstáculo e erro vício: subsídios para a determinação do alcance normativo dos artigos 247º, 251º e 252º do Código Civil* Lisboa: aafdl, 2004. p. 38.

³⁵³ *Ibidem*, p. 39.

³⁵⁴ *Ibidem*, p. 39.

³⁵⁵ O autor português ilustra a sua preocupação da seguinte forma: “Pensemos, por exemplo, numa situação na qual o declaratório conheça a essencialidade do elemento. Surge na esfera jurídica do declarante o direito potestativo de ‘impugnar’ o negócio e na esfera jurídica do declaratório a correspondente sujeição. Isto justifica-se porque o conhecimento da essencialidade, segundo o critério do artigo 247º, afasta uma situação típica de confiança e por isso a necessidade da sua tutela. Ora, imaginemos que em tal caso, não obstante o conhecimento, existe um investimento de confiança do declaratório especialmente intenso que releve para os valores fundamentais do sistema... não requererá tal situação uma ponderação posterior da tutela da confiança? Pensemos também numa situação em que o declaratório desconheça e nem sequer deva conhecer a essencialidade do elemento. Face ao artigo 247º, o declarante não poderia impugnar o negócio pois o direito recorta esta situação como típica de confiança. Imaginemos, porém, que, não obstante o desconhecimento, não existe, de facto, qualquer investimento de confiança por parte do declaratório... continuará a justificar-se impedir o declarante de impugnar o negócio que não corresponde à sua vontade real?”. *Ibidem*, p. 40-41.

Mota Pinto defende que exigir do declaratório que conheça *a essencialidade* do erro é uma medida excessiva, por um lado, e não protege o comércio, por outro. Para ele, tal exigência pode impor ônus pesado às pessoas que recebem uma declaração e com isso haver frustração das expectativas do declaratório e do interesse da segurança do comércio jurídico. Nas palavras utilizadas pelo autor, “tal oneração do declaratório, com base na *mera indicação* de uma circunstância essencial, não parece a mais razoável, em face da ponderação dos interesses em presença [proteção da confiança em detrimento da autonomia privada], e dificilmente se adequa (*sic*) aos dados da realidade do tráfico jurídico”³⁵⁶.

É preciso esclarecer, neste momento, que a exigência do Código Civil português distancia-se daquela prevista no Código Civil brasileiro³⁵⁷. Esse, seguindo o Código italiano, trata da recognoscibilidade do erro *em face das circunstâncias do negócio*, o que é bastante diferente de se exigir do declaratório que conheça a *essencialidade* do erro, conforme consta no Código português. Na forma como está prevista no CC/02, a recognoscibilidade como dificultadora da invalidade do negócio jurídico tem importante papel para o comércio. Não é, todavia, o único elemento a ser analisado e deverá, necessariamente, ser compatibilizado com os princípios gerais da boa-objetiva e proteção da confiança.

Vale referir, ainda, que Paulo Mota Pinto, apesar de se posicionar pela desnecessidade da recognoscibilidade do erro, defende a *reconhecibilidade do próprio erro*, que equivale ao que se denomina por *excusabilidade*, pois é atribuir o risco do erro ao errante³⁵⁸.

A recognoscibilidade, como elemento necessário para o desfazimento do negócio jurídico por erro, não obstante essas manifestações, tem sido empregada pela jurisprudência, amparada na doutrina de Menezes Cordeiro e Antunes

³⁵⁶ PINTO, Paulo Mota. Requisitos de relevância do erro nos princípios de direito europeu dos contratos e no Código Civil português. In: *Estudos em homenagem ao professor doutor Inocêncio Galvão Telles*. Coimbra: Almedina, 2003. v. 4, p. 101.

³⁵⁷ Nesse sentido, a justificativa ao Enunciado de n. 12 aprovado na I Jornada de Direito Civil promovida pelo CJP, de autoria de Luiz Paulo Vieira de Carvalho: “[...] a redação do art. 138, 2ª parte, do Código Civil novo não é idêntica à redação do art. 247 do Código Civil português, pois neste se exige que o declaratório conhecesse ou não devesse ignorar apenas **a essencialidade para o declarante do elemento sobre que incidiu o erro**, expressão não prevista no nosso novo diploma substantivo” (grifos do original). Disponível em: <http://www.cjf.gov.br/revista/outras_publicacoes/jornada_direito_civil/11/enunciados_apresentados_parte_geral.pdf>. Acesso em: 31 maio 2006.

³⁵⁸ PINTO, op. cit., p. 108.

Varella³⁵⁹.

E como exemplo sobre o que consiste e como é apurada a possibilidade de percepção do erro pela outra parte pode ser observada em acórdão proferido pelo Tribunal da Relação do Porto, datado de 12/01/04. Ao analisar os fatos, o Tribunal concluiu que os autores conheciam

[...] da importância, essencialidade, para Ré da possibilidade de [...] construir [na área adquirida] pois, de outro modo, não negociaria a permuta com eles. A Ré informou os AA. de que o objectivo do negócio de permuta era possibilitar-lhe (à Ré) a construção de um edifício. Fê-lo actuando de boa-fé, do ponto em que cumpriu o dever de informação, acerca de circunstâncias relevantes da sua decisão de contratar e que os AA. Souberam³⁶⁰.

3.1.2.3 A escusabilidade e a recognoscibilidade no Código Civil de 2002

O novo Código Civil, no art. 138, determina que “são anuláveis os negócios jurídicos, quando as declarações de vontade emanarem de erro substancial que *poderia*

³⁵⁹ Nesse sentido, o acórdão proferido pelo Tribunal da Relação do Porto: “O art. 247º do Código Civil estabelece: “Quando, em virtude de erro, a vontade declarada não corresponda à vontade real do autor, a declaração negocial e anulável, desde que o declaratório conhecesse ou não devesse ignorar a essencialidade, para o declarante, do elemento sobre que incidiu o erro”. Comentando este normativo o Professor Menezes Cordeiro, na obra citada, pág. 532, ensina: “Para a relevância do erro na declaração, a lei portuguesa apenas exige: - a essencialidade, para o declarante, do elemento sobre erro; - o conhecimento dessa essencialidade, pelo declaratório ou o dever de a conhecer. A essencialidade permite excluir o erro indiferente e o erro incidental: no primeiro caso, o declarante concluiria o negócio tal como resultou no final; no segundo, concluí-lo-ia igualmente, ainda que com algumas modificações. A bitola da essencialidade é subjectiva: cada um, determina livremente, os factores que o possam levar a contratar. O conhecimento da essencialidade do elemento, por parte do declaratório é, também, um dado subjectivo: ou conhece ou não conhece. Em regra, o conhecimento derivará duma comunicação expressa, todavia, ele poderá advir do conjunto das circunstâncias que rodeiam o negócio”. Processo n. 0356572, acórdão de 12/01/2004. Disponível em: < <http://www.dgsi.pt/jtrp1.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/20c25fd43d48b12f80256f33005548dd?OpenDocument>>. Acesso em: 29 maio 2006.

³⁶⁰ Na seqüência do acórdão, lê-se o quanto segue: “Entre os deveres resultantes da chamada “relação de negociações”, a que o art. 227º do Código Civil se refere, conta-se o esclarecimento de certos factos: cada uma das partes pode, segundo a boa fé, esperar a comunicação dos factos que a outra parte deva admitir serem importantes para a sua decisão de contratar e de que por si só não pode obter conhecimento”- Vaz Serra, RLJ, 110-276. A Ré observou um dever acessório de conduta entendido o conceito como “os que, não respeitando directamente, nem à perfeição, nem à perfeita (correcta) realização da prestação debitória (principal), interessam todavia ao regular desenvolvimento da relação obrigacional, nos termos em que ela deve processar-se entre contraentes que agem honestamente e de boa-fé nas suas relações recíprocas” - José João Abrantes, “A Excepção de Não Cumprimento do Contrato...”, edição de 1986-42, nota 8”. Processo n. 0356572, acórdão de 12/01/2004. Disponível em: < <http://www.dgsi.pt/jtrp1.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/20c25fd43d48b12f80256f33005548dd?OpenDocument>>. Acesso em: 29 maio 2006.

ser percebido por pessoa de diligência normal, em face das circunstâncias do negócio” (g.n.).

Diferentemente do que ocorria no Código anterior, o novo dispositivo legal que trata do erro exige que ele seja substancial e que possa “ser percebido por pessoa de diligência normal”. A questão que se levanta em face da redação do art. 138 do CC/02 é a quem o comando de “agir” de forma diligente deve ser dirigido: ao declarante (escusabilidade), ao destinatário (cognoscibilidade) ou a ambos?

No livro sobre a Parte Geral do Código Civil, Moreira Alves defende, no corpo do texto, que a pessoa que deve ser diligente é a pessoa que erra. Portanto, o agir de forma diligente quer significar que somente o erro escusável permite a anulação do negócio jurídico. O autor afirma, então, que o art. 138 do CC/02 explicitou “a necessidade de que o erro seja escusável, adotando-se um padrão médio abstrato – o *vir medius* – para a aferição da escusabilidade”³⁶¹.

Não é esta, no entanto, a conclusão que se colhe do texto inserido em nota de rodapé. Aqui, Moreira Alves defende que a redação do art. 138 do CC/02 insere a *recognoscibilidade* como nova exigência para a anulabilidade do negócio jurídico por erro. Conclui, assim, ao final, que deve ser diligente *aquele que recebe a declaração*.

Tal conclusão está suportada, como se depreende do texto formulado pelo jurista citado a respeito do assunto em tela, no fato de que a primeira versão do artigo sobre erro (o então art. 147 do Anteprojeto) previa que o erro fosse *escusável* quanto ao declarante e *reconhecível* pela outra parte.

A proposta, todavia, foi recusada pela Comissão Elaboradora e Revisora, sob o argumento de que havia no artigo um exagero, redundando na alteração da redação do referido artigo para a alteração seguinte, que mantinha o requisito da escusabilidade, sob nova numeração:

Art. 138. São anuláveis os negócios jurídicos, quando as declarações de vontade emanarem de erro substancial.

Parágrafo único. Não se considera erro substancial o que poderia ser percebido por pessoa de diligência normal, em face das circunstâncias do negócio.

Nova alteração ocorreu, passando o art. 138 a ter a seguinte redação:

³⁶¹ MOREIRA ALVES, José Carlos. *A Parte Geral do Projeto de Código Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1986. p. 110.

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

Parágrafo único. Não se considera erro substancial o que poderia ser percebido por pessoa de diligência normal, em face das circunstâncias do negócio.

Esta nova redação do art. 138 é atribuída, por Moreira Alves, a um erro de *datilografia*. A prova disso estaria, segundo esse autor, no fato de que “justamente por ter sido equívoco material, não constou da Exposição de Motivos [...] qualquer (sic) alusão à modificação da disciplina do erro”³⁶².

Na revisão do Projeto de 1975, em face da repetição das mesmas expressões no *caput* e no parágrafo único, optou-se pela exclusão do parágrafo. “E aí”, lamenta Moreira Alves, “ocorreu outro equívoco: ao invés de se retirar do *caput* o apêndice que nele equivocadamente ingressara, suprimiu-se o parágrafo único”³⁶³.

Essa última alteração *modificou*, na opinião de Moreira Alves, o significado do artigo, sendo que, pelo contexto que se extrai da nova redação, a pessoa de diligência normal

[...] só pode ser a parte que recebe a declaração de vontade, pois, se ela se referisse ao declarante, ter-se-ia o absurdo de o dispositivo estabelecer, como requisito para a anulabilidade do negócio jurídico, que o erro substancial seja inescusável, que a tanto corresponde o erro substancial que poderia ser percebido pelo declarante, se tiver diligência normal, em face das circunstâncias do negócio”³⁶⁴.

Em suma, o art. 138 do CC/02 exige, para a anulação do negócio jurídico, que o erro *seja cognoscível para o destinatário da declaração*.

Essa é, a meu ver, a melhor orientação hermenêutica para o art. 138 do CC/02, pois concretiza o viés comercial do novo Código. Com efeito, ao dificultar a anulação do negócio jurídico por meio da exigência de que o erro seja *cognoscível* para a outra parte, a norma do art. 138 do CC/02 prioriza a manutenção do negócio, em detrimento da proteção dos interesses de um determinado indivíduo, de modo que não se quebre o andar normal do mercado.

³⁶² MOREIRA ALVES, José Carlos. *A Parte Geral do Projeto de Código Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1986. p. 111.

³⁶³ *Ibidem*.

³⁶⁴ *Ibidem*.

Na verdade, a recognoscibilidade do erro protege outro bem além do negócio jurídico em si: protege, também, as expectativas legítimas do destinatário da declaração.

Assim, não obstante o art. 138 do CC/02 não se refira expressamente à necessidade de *cognoscibilidade* do erro, pode-se afirmar que é esse o significado que se pode atribuir à parte final do referido artigo. Essa conclusão é resultado da simples leitura do artigo em questão, e também resultado de sua análise conjugada com o espírito do novo Código. Isso porque a recognoscibilidade visa a tutelar “a segurança e fluência das transações (os interesses gerais do comércio jurídico)”³⁶⁵.

Em comentários ao art. 138 do CC/02, Humberto Theodoro Jr. propõe, da mesma forma, a leitura dessa regra como a exigir a *recognoscibilidade* do erro. Esse autor afirma que não há dúvida de que “o exemplo da lei italiana foi claramente adotado entre nós”. E, por conta disso, conclui a seguir, é que não se deve questionar quanto à escusabilidade do erro, mas tão somente quanto à possibilidade de percepção pela outra parte³⁶⁶.

A escusabilidade é também afastada pelo Enunciado de nº 12 aprovado na I Jornada de Direito Civil do CJF, que dispõe que “na sistemática do art. 138, é irrelevante ser ou não escusável o erro, porque o dispositivo adota o princípio da confiança”³⁶⁷. O autor da justificativa da proposta do enunciado em questão, aduz que a redação do art. 138 do CC/02 exige a *recognoscibilidade* para que então o negócio possa ser anulado por erro³⁶⁸.

Há, no entanto, manifestações no sentido de que o art. 138 do CC/02 impõe que o erro deva ser *escusável* e *cognoscível* concomitantemente.

Assim a posição de Alberto Gosson Jorge Junior, quem entende que a jurisprudência permanecerá exigindo que o erro seja escusável, não porque isso esteja previsto no art. 138 do CC/02, mas baseada no próprio senso comum de não tolerar o erro tolo, tosco e negligente. A recognoscibilidade, por sua vez, passa a ser necessária em face da parte final do artigo de lei em análise³⁶⁹.

³⁶⁵ A expressão é de Paulo Mota Pinto. Requisitos de relevância do erro nos princípios de direito europeu dos contratos e no Código Civil português. In: *Estudos em homenagem ao professor doutor Inocêncio Galvão Telles*. Coimbra: Almedina: 2003. t. 4, p. 88.

³⁶⁶ THEODORO JR., Humberto. *Comentários ao novo Código Civil*. Coordenador Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. 3, t. 1, p. 46.

³⁶⁷ Disponível em: <<http://www.cjf.gov.br/revista/enunciados/IJornada.pdf>>. Acesso em: 31 maio 2006.

³⁶⁸ CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. Disponível em: < http://www.cjf.gov.br/revista/outras_publicacoes/jornada_direito_civil/11_enunciados_apresentados_parte_geral.pdf >. Acesso em 31 maio 2006.

³⁶⁹ JORGE JR., Alberto Gosson. Considerações em torno do art. 138 do Código Civil Brasileiro. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 95, n. 843, p. 85-96, jan. 2006. p. 95.

Essa também é a linha adotada, sobre a qual já se referiu no item 2.1.2, por Gustavo Tepedino, Heloisa H. Barboza e Maria C. Bodin de Moraes, em comentários ao referido artigo de lei. Para esses autores, escusabilidade e cognoscibilidade não são excludentes. “Cabe ao intérprete”, afirmam, “conjugando ambos os requisitos, visto que a desculpabilidade do erro associada ao dever de atenção imposto ao receptor da vontade decorrem da cláusula geral de boa-fé objetiva, que convoca as partes para uma colaboração recíproca dirigida à consecução dos objetivos do negócio”³⁷⁰.

O ponto está no fundamento lançado por esses autores: a boa-fé objetiva. É questão pacífica a de que a boa-fé objetiva impõe deveres de conduta cooperativa e leal para as partes contratantes. Não é a boa-fé objetiva, no entanto, que determina que a escusabilidade figure como elemento do suporte fático do erro, porque quem erra o faz em seu próprio prejuízo. Não há, aqui, violação a nenhum dever de conduta que imponha cooperação e lealdade. Daí que *escusabilidade* não é exigência da boa-fé objetiva.

Constitui, por outro lado, exigência da boa-fé objetiva o dever de indenizar pelo interesse negativo, conforme será verificado adiante (3.2.1.1). O negócio jurídico pode ser desfeito por erro que não seja escusável sem que isso viole o princípio da boa-fé objetiva.

Ademais, o erro grosseiro, tosco e indesculpável não é causa para invalidação do negócio jurídico mais em razão de não ser *erro substancial* e menos por não ser *escusável*. A função da escusabilidade, como já se viu, é a aferição sobre a existência de ação culposa por parte do declarante, o que é despiciendo para o desfazimento do negócio jurídico por erro.

Quanto à cognoscibilidade, de fato há influência da boa-fé objetiva, vez que exige do destinatário da declaração que atue de forma pró-ativa, alertando o declarante sobre o erro em que está incidindo. A recognoscibilidade, na verdade, polariza duas questões relacionadas à posição do declaratório: de um lado seus deveres de conduta advindos da boa-fé objetiva; e, de outro, a proteção da confiança que deposita na execução do contrato anunciado por meio da declaração de vontade.

Por fim, há aqueles que se posicionam pela aplicação exclusiva da escusabilidade. É o caso de Marcos Bernardes de Mello, para quem, pela interpretação

³⁷⁰ TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República: parte geral e obrigações*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. v. 1, p. 270.

gramatical da norma, a qual “de modo algum [...] adotou o reconhecimento do erro pelo outro figurante como elemento tipificador do erro invalidante”³⁷¹.

Segue a mesma orientação Vera Lúcia Gebrin, para quem o erro, para dar causa à anulabilidade do negócio jurídico, precisa ser essencial e escusável. Há que se fazer a ressalva de que não está clara, no texto, qual a posição da autora, pois se de início afirma ser necessária a escusabilidade, mais adiante dá a entender que o erro não precisa ser nem escusável nem reconhecível. Tal é o que se entende do seguinte trecho: “a nova lei codificada em seu art. 138, sequer fala da necessidade do erro ser escusável; isto é, ter por fundamento uma razão plausível que qualquer pessoa de inteligência comum o possa cometer; quanto mais exigir o reconhecimento, ou possibilidade de reconhecimento pela outra parte”³⁷².

Resta acompanhar, pois, qual dessas propostas será seguida pela jurisprudência.

2.2 CONSEQUÊNCIAS DA ANULABILIDADE DO NEGÓCIO JURÍDICO POR ERRO

O contrato é o instrumento próprio de transferência de riquezas e guarda em si um dos principais valores do Direito Privado: a autonomia privada. Com efeito, o contrato é formado por provocação de duas ou mais partes no exercício de poder que lhes é conferido pelo ordenamento jurídico de criarem para si direitos e obrigações. Quando as partes firmam um contrato, buscam, por meio dele, atingir a um determinado fim. Esse fim é a operação econômica subjacente ao contrato e, para que o contrato “funcione”³⁷³, ela deve ser concretizada na forma como foi desejada pelas partes contratantes.

Se há circunstâncias que prejudicam essa correspondência, qual seja, identidade entre vontade das partes e efeitos do negócio, deve-se apurar quais são elas e se impedem, por conta de previsão legal, que os efeitos se perfectibilizem. Assim, o erro, enquanto vício da vontade, pode desfazer os efeitos jurídicos do negócio por lhe causar

³⁷¹ BERNARDES DE MELLO, Marcos. *Teoria do fato jurídico: plano da validade*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 155.

³⁷² GEBRIN, Vera Lúcia. *O erro no novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 183-184.

³⁷³ O verbo “funcionar” é empregado por ROPPO, Enzo. *O Contrato*. Lisboa: Almedina, 1997. p. 219.

a anulação³⁷⁴. Ou seja, determinar que se restaure a situação existente antes da celebração do contrato.

A pergunta que surge é: o retorno ao *status quo ante* ao da celebração do contrato, que consiste na consequência própria da anulabilidade, é a única que resulta do desfazimento do negócio por erro? Se há outras consequências, quais são elas? O objetivo dos itens seguintes é, pois, justamente, responder a essas perguntas.

Não custa, no entanto, adiantar que essa resposta está diretamente relacionada aos elementos exigidos por lei para que o erro figure como causa de anulação. Dê-se atenção especial àqueles que se relacionam com o conceito de culpa, na forma de escusabilidade e cognoscibilidade.

Mas não é só isso. A resposta também está relacionada aos princípios éticos jurídicos que balizam a interpretação da lei. Dentre esses princípios, merecem destaque, no âmbito do erro, o da proteção da confiança e o da manutenção do negócio jurídico.

Assumindo-se que o suporte fático do erro foi objeto de alteração substancial com a entrada em vigor do novo Código, como se pode aferir da redação do art. 138 do CC/02, o qual exige que o erro alegado seja perceptível pela outra parte, é preciso avaliar-se se as consequências advindas do desfazimento do negócio permanecem as mesmas do Código anterior.

Sem prejuízo da justificativa que virá a seguir, a resposta que se oferece é a de que as consequências, no âmbito do novo Código, são diversas daquelas resultantes do regime do Código de 1916. E isso principalmente em razão da já referida inserção de um novo elemento no suporte fático do erro pelo art. 138 do CC/02: a recognoscibilidade.

Com efeito, enquanto antes havia o dever do declarante de indenizar pelo interesse negativo, ainda que sem culpa, e pelas expectativas legítimas do declaratário, se presente ação culposa, hoje a indenização é afastada em razão da existência de *culpa* ou de *negligência* do destinatário da declaração. É que se para configuração do erro, deve haver culpa desse último, não há o que se indenizar por estarem ausentes quaisquer expectativas legítimas (seja porque não há confiança a ser protegida, seja porque eventuais expectativas não podem, nesse contexto, ser classificadas como legítimas).

Antes, no entanto, de se tratar das consequências em si (itens 3.2.1.1 e 3.2.2.2), é necessário que se analisem os princípios jurídicos que servem de critério para a

³⁷⁴ Vide item 2.1.2 e subitens acima.

interpretação e conexão dos artigos referentes ao erro em ambos os Códigos (itens 3.2.1.1 e 3.2.2.1). Assim a proteção da confiança, no Código de 1916, e a manutenção do negócio jurídico, novidade do Código de 2002.

3.2.1 O paradigma do Código de 1916: risco das circunstâncias pelo destinatário da declaração – a regra do desfazimento do negócio jurídico firmado em erro

A doutrina tem ovacionado a aplicação da teoria da confiança no Código de 2002, como se infere das manifestações dos comentaristas citados ao longo deste trabalho: Humberto Theodoro Jr., Gustavo Tepedino, Maria Celina Bodin de Moraes, Arnaldo Rizzardo, entre outros.

A aplicação dessa teoria não é, contudo, novidade do Código atual, dado que já a aplicação das regras do Código anterior dava-se sob a ótica da teoria da confiança³⁷⁵.

Não é também a teoria da confiança que explica a alteração introduzida no regime do erro por meio da redação atribuída ao art. 138 do CC/02. Por isso que não há nenhuma incompatibilidade entre admitir-se que a teoria da confiança já exercia significativa influência nas normas do Código anterior e que o novo Código alterou de forma significativa o regime do erro.

Que houve mudança, isso é inegável. Qual seu fundamento é que se pretende esclarecer neste trabalho, com o propósito de que se evite a exegese do art. 138 do CC/02 de forma que desvie do seu objetivo quando contextualizado com as demais normas do ordenamento jurídico, notadamente do próprio Código Civil. E esse objetivo é, em última análise, *preservar a fluência das transações comerciais*, por certo que sem desconsiderar a importância do papel exercido pela vontade interna do declarante (daí o reconhecimento do erro) e da proteção da confiança da outra parte (daí uma das funções da recognoscibilidade).

³⁷⁵ Essa assertiva poderia não ser válida se se tomasse em consideração a observação, feita por Humberto Theodoro Jr., no sentido de que vigia a teoria da responsabilidade no regime do Código anterior por exegese jurisprudencial, visto que se exigia a *excusabilidade* do erro (*Comentários ao novo Código Civil*. Coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. 3, t. 1, p. 26). Todavia, se assim for, corre-se o risco de se ter afastada a aplicação da teoria da confiança, claramente eleita pelo legislador do CC/02, também agora em razão de eventual exigência, pela jurisprudência, da *excusabilidade* também perante o art. 138 do CC/02.

Assim, o que de fato parece ter sido alterado frente ao antigo Código é a eleição do princípio da manutenção do negócio jurídico como um valor que permeia todo o texto do novo Código.

A demonstração dessa proposta será feita nos itens seguintes. Primeiro atentando-se para dois aspectos relacionados ao Código de 1916: (i) a aplicação da teoria da confiança no Código de 1916, tanto por meio da forma como isso se dava, como pelas razões para tanto (3.2.1.1), e (ii) como ocorria a proteção da confiança da outra parte contratante na aplicação do instituto do erro (3.2.1.2).

Segundo, analisando-se o novo Código em dois aspectos: (i) a atuação do princípio da manutenção do negócio jurídico e, necessariamente, o da função social (3.2.2.1), (ii) e o instrumento utilizado por esse Código como medida de proteção da confiança da outra parte contratante na aplicação do erro (3.2.2.2).

3.2.1.1 A teoria da confiança, proteção da confiança e boa-fé objetiva no Código Civil de 1916

A teoria da confiança já foi por diversas vezes referida neste trabalho. Ainda assim, é útil, neste tópico em específico, retomar que por meio dessa teoria faz-se ou lê-se a regra jurídica com atenção à vontade interna da parte, sem, contudo, desconsiderar-se a proteção da confiança gerada fruto de um determinado ato praticado ou comportamento assumido por uma determinada pessoa. Esse cenário reivindica o estudo de outros dois termos: o princípio da proteção da confiança e o da boa-fé objetiva, tendo em conta que eles são instrumentos de extrema importância na concreção da teoria da confiança.

Lendo-se o Código Civil de 1916, verifica-se que não há, em nenhum de seus dispositivos, menção expressa à proteção da confiança ou à boa-fé objetiva. Mesmo assim, os preceitos e as orientações hermenêuticas resultantes desses princípios eram aplicáveis por conta de dois fatores: a compreensão do sistema jurídica como um

“sistema aberto” e o modelo da comunicabilidade do Código e da Constituição da República, que remete à leitura do Código sob a perspectiva civil-constitucional³⁷⁶.

A crença em um sistema fechado, corporificado nos códigos, que garantiria a justiça material por meio da aplicação lógica do Direito e, a partir disso, conduziria necessariamente a uma decisão correta, foi substituída, no início do século XX, pela idéia de *sistema aberto*³⁷⁷. Nele, o Direito está apto a receber a influência de fatores extrínsecos ao sistema criado pelos Códigos³⁷⁸, possibilidade antes inadmissível, já que até mesmo o juiz, no famoso adágio de origem francesa de que o “juiz é a boca da lei”, em face da plenitude do sistema, cumpria a função de aplicar “mecanicamente” a lei.

A superação do dogma da completude do sistema teve significativas repercussões. Uma delas é a recepção da influência de questões originalmente não consideradas na aplicação do Direito Privado, como os estudos havidos no âmbito da sociologia e da economia³⁷⁹.

Outra é a queda de outro fruto do movimento oitocentista de codificação: a dicotomia entre Direito Público e Direito Privado³⁸⁰, como se não houvesse duas “ordens” jurídicas incomunicáveis. Disso foi que, ao lado da coluna mestra do Direito Privado de tutela de bens patrimoniais e de um direito geral de personalidade, construída sob a ética kantiana formal dirigida à liberdade e autodeterminação do

³⁷⁶ São inúmeras as obras sobre o tema. A título de exemplo, seguem algumas indicações: NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato.: novos paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002; TEPEDINO, Gustavo. Org. *A parte geral do novo Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003; MARTINS-COSTA, Judith. Org. *A reconstrução do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002; FACHIN, Luiz Edson coord. *Repensando fundamentos do Direito Civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

³⁷⁷ Vide CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

³⁷⁸ WIEACKER, Franz. *História do Direito Privado Moderno*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993. p. 495.

³⁷⁹ Clóvis do Couto Silva, nesse sentido, analisa a aplicação sociológica no processo obrigacional. “Em verdade”, afirma o autor, “outros fatores passaram a influir poderosamente no nascimento e no desenvolvimento do vínculo obrigacional, fatores esses decorrentes da cultura e da imersão dos valores que os Códigos revelam no campo social e das transformações e modificações que produzem. A crise decorre da concepção de que um código por mais amplo que seja não esgota o ‘corpus iuris’ vigente, o qual se manifesta através de princípios, máximas, usos, diretivas, não apenas na interpretação judicial, como também na doutrinária”. *Obrigações como processo*. Porto Alegre: edição do autor, 1964. p. 76.

³⁸⁰ Sobre o tema, afirma Marcos Ludwig que é antiga a distinção entre direito público e direito privado, mas não a dicotomia. A dicotomia, como critério dotado de pretensão científica, veio afina manifestar-se claramente através da técnica normativa adotada pelos países da família romano-germânica, a partir da Revolução Francesa, para moldar seus ordenamentos jurídicos. Nessa época, surgiu o outro pólo da relação que hoje conhecemos – a Constituição, entendida em seu sentido contemporâneo. LUDWIG, Marcos de Campos. *Direito público e direito privado: superação da dicotomia. A reconstrução do Direito Privado*. Org. Judith Martins-Costa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 94-96.

indivíduo³⁸¹, elementos e preocupações estranhos ao objeto do Direito Privado foram a ele agregados, a ponto de verter-lhe o próprio conteúdo³⁸². Ou seja, além da abertura do sistema, também a queda da separação extrema entre Direito Público e Direito Privado contribuiu para que o Direito Privado recebesse influências externas. Mas mais do que isso, passou-se ao sistema de comunicabilidade do Código e da Constituição³⁸³, o que antes era impensável.

Nesse cenário, vivido pelo Código de 1916, é preciso esclarecer que o Código Civil permanece desempenhando o papel de eixo central do Direito Privado, responsável, portanto, pela regulamentação das obrigações em geral³⁸⁴.

Contudo, as inovações trazidas pela noção de sistema aberto e pela concepção da Constituição como o fundamento de todo o ordenamento jurídico fizeram com que se reconhecesse a aplicação de normas não contidas no Código Civil.

Sob esse prisma, o Direito Privado é definido por princípios, sendo de ressaltar-se que, se à época da promulgação do Código de 1916, vigorava o individualismo pregado pela ideologia liberal, desde meados do século passado, são acentuados os princípios do reconhecimento da independência e liberdade do indivíduo, o da solidariedade e o do livre desenvolvimento da personalidade³⁸⁵.

Em face dessas considerações, ainda que na ausência de previsão legislativa expressa, a aplicação da proteção da confiança e da boa-fé objetiva é mandamental³⁸⁶.

Há, nesse sentido, decisões judiciais de casos regulamentados pelas regras do Código anterior, nas quais a boa-fé objetiva e a proteção da confiança são aplicadas como fundamento da decisão.

Assim o acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (TJRS) sobre cláusula de contrato de empreitada que previa a possibilidade de rescisão do

³⁸¹ RAISER, Ludwig. O futuro do direito privado. *Revista da Procuradoria Geral do Estado do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, v. 25, 1979. p. 12.

³⁸² Ernst Heintz sumariza esse aspecto na doutrina alemã expondo que a proteção dos bens jurídicos pessoais (personali) cabia ao direito penal, enquanto o direito civil tutelava os direitos patrimoniais. HEINITZ, Ernst. Libertà di stampa e diritto alla personalità. *JUS Rivista di Scienze Giuridiche*, maio 2000. p. 288.

³⁸³ Vide note 144 acima. MARTINS-COSTA, Judith. Os direitos fundamentais e a opção culturalista do novo Código Civil. *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Org. Ingo Wolfgang Sarlet. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 61-85.

³⁸⁴ HATTENHAUER, Hans. *Conceptos fundamentales del derecho civil. Introducción histórico-dogmática*. Trad. Gonzalo Hernández. Barcelona: Editorial Ariel, 1987. p. 78.

³⁸⁵ RAISER, Ludwig. O futuro do direito privado. *Revista da Procuradoria Geral do Estado do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, v. 25, 1979. p. 11.

³⁸⁶ COUTO E SILVA, Clóvis do. O princípio da boa-fé no Direito brasileiro e português. *O Direito Privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva*. Org. Véra Maria Jacob de Fradera. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 33-58 e *Obrigações como processo*. Porto Alegre: edição do autor. 1964.

contrato por qualquer das partes sem que desse fato ficasse autorizado algum pleito indenizatório. Na decisão, o Tribunal assentou que tal cláusula era inválida (*rectius* ineficaz³⁸⁷) por ser contrária aos deveres de lealdade e cooperação oriundos da boa-fé objetiva e impôs o dever de indenizar à parte que havia denunciado o contrato sem causa justificativa³⁸⁸.

Os acórdãos proferidos pelo STJ, de relatoria do Min. Ruy Rosado de Aguiar Jr., tais como o Resp 256.456 e Resp 256.274, entre outros citados na doutrina³⁸⁹, são exemplos da utilização da boa-fé. Com relação à proteção da confiança, é preciso referir que tal nomenclatura não é utilizada comumente como indexadora de decisões judiciais. Nada obstante, há decisões que utilizam o termo boa-fé objetiva no sentido de proteção da confiança.

E não só no Direito Privado, mas também no Direito Público como é reconhecido pela doutrina e pela jurisprudência³⁹⁰.

3.2.1.1 O dever de indenizar no CC 1916: fundamento

Na vigência do Código de 1916, o desfazimento do negócio jurídico por meio da declaração de sua anulabilidade dava-se uma vez identificada a compreensão equivocada da realidade, de forma inconsciente, pelo declarante. Não havia necessidade de investigação sobre a existência de culpa do declarante (escusabilidade) ou de culpa do declaratório (recognoscibilidade do erro) (item 3.1.2.1).

Ainda que se considere que o erro no CC/16 deveria ser escusável, linha que foi adotada por grande parte da jurisprudência, as conseqüências do desfazimento do negócio por erro são, na prática, as mesmas. A diferença entre as duas situações está na dificuldade de se determinar a anulabilidade do negócio: é inegável que a exigência da

³⁸⁷ Sobre as conseqüências *invalidade vs ineficácia vide* FRADERA, Véra Maria Jacob de. Ineficácias das cláusulas abusivas no sistema brasileiro do Código de Defesa do Consumidor. Uma abordagem clássica. *Revista do Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 11, n. 43, p. 316-324, jul-set. 2002.

³⁸⁸ TJRS, ApCív 70008739492, julgado em 22/03/06. Disponível em: <www.tj.rs.gov.br>.

³⁸⁹ Vide MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

³⁹⁰ COUTO E SILVA, Almiro do. Princípios da legalidade da administração pública e da segurança jurídica no Estado de Direito contemporâneo. *Revista de Direito Público*, São Paulo, v. 20, n. 84, p. 46-63, out./dez. 1987. STF, Questão de Ordem em Petição nº 2.900-3 – RS, DJ 01/08/2003.

excusabilidade dificulta o desfazimento do negócio jurídico ao impor ao declarante o ônus da prova de que não poderia ter percebido o erro. Outra, contudo, é a situação da recognoscibilidade do erro, que será tratada quando se falar do CC/02 (item 3.2.2.2).

Pois bem. Na vigência do Código anterior, a anulação do negócio jurídico por erro não isentava o declarante do dever de indenizar o declaratário pelos interesses negativos, ou seja, pelas despesas incorridas com a contratação. Mas a que título era devida essa indenização?

O dever de indenizar estava amparado na necessidade de efetivação do princípio da proteção da confiança, cuja vigência, em nosso ordenamento jurídico, é muito anterior à promulgação do Código de 2002. Vale dizer, não é novidade desse Código, como tem sido constantemente invocado pela doutrina, nem poderia ser desconsiderado na aplicação das regras do Código anterior.

Ferrer Correia ensina que o dever de indenizar decorre dos efeitos que são conferidos à declaração que dá ensejo à formação do negócio jurídico³⁹¹. Modernamente, a declaração é tratada como instituto autônomo, desvinculado da vontade interna do declarante, o qual, uma vez exteriorizado, é capaz de gerar, no declaratário, expectativas passíveis de proteção jurídica. Nem sempre foi assim, no entanto. Para a doutrina clássica, do dogma da vontade, a declaração consistia em um mero indício da vontade interna do declarante, um simples sinal revelador da existência da vontade³⁹². Sob esse entendimento, não haveria razão para a imputação ao declarante do dever de indenizar o declaratário.

Mas se, por um lado, permanece a necessidade de convergência entre a vontade interna e a declaração havida, sob pena de o negócio jurídico ser firmado sem *vontade livre* (e consciente), por outro, estranho seria, na lição de FERRER CORREIA, se o Direito, “no momento de determinar as condições da vinculação do agente à palavra dada, não tomasse em conta a situação do declaratário (inteiramente digna de tutela) e as necessidades do comércio jurídico³⁹³”.

E o que vai amparar, ao fim e ao cabo, a indenização a que faz jus o declaratário, na hipótese de desfazimento do negócio jurídico por erro, é ter-se a declaração como instituto autônomo, com caráter de notificação, nela constando efeitos que devem

³⁹¹ CORREIA, A. Ferrer. *Erro e interpretação na teoria do negócio jurídico*. Coimbra: Almedina, 1985. p. 73.

³⁹² *Ibidem*, p. 63.

³⁹³ CORREIA, op. cit., p. 65. LARENZ, Karl. *Metodologia de la Ciencia del Derecho*. Barcelona: Editorial Ariel, 1994. p. 90.

produzir-se, e não efeitos simplesmente *queridos*. A declaração não representa um juízo acerca de um “ser”, um juízo de fato; antes afirma um “dever ser”: não diz que o declarante quer vincular-se, senão que ele se vincula, obriga-se a realizar ou a não realizar determinada ação. *A declaração de vontade é fundamentalmente uma promessa*³⁹⁴

É preciso esclarecer, por outro lado, que o dever de indenizar, neste caso, não está amparado na *culpa*. O dever de indenizar o interesse negativo resulta da prática de ato lícito, mas que a equidade impõe que sofra o prejuízo aquele quem deu causa a ele³⁹⁵.

E o que vem a ser interesse negativo? Consiste no que teria sido a situação do indenizado se a manifestação de vontade do indenizante tivesse entrado no mundo jurídico. Pontes de Miranda cita como exemplos os gastos com a conclusão do contrato, os desembolsos havidos em razão da crença de que o contrato teria entrado, efetivamente, no mundo jurídico³⁹⁶.

3.2.2 O paradigma do Código Civil de 2002: o risco das circunstâncias pelo declarante – a regra da manutenção do negócio jurídico firmado em erro

Viu-se que, no Código de 1916, a proteção da confiança consistia no dever de indenizar imposto ao declarante que postula o desfazimento do negócio sob a alegação de erro.

No Código de 2002, a proteção dá-se por meio da exigência de recognoscibilidade do erro. Isso significa que somente quando constatado que o destinatário da declaração poderia ter percebido o erro, é que o negócio poderá ser desfeito a pedido de quem errou. Do contrário, mantém-se a situação criada pela declaração de vontade.

³⁹⁴ CORREIA, A. Ferrer. *Erro e interpretação na teoria do negócio jurídico*. Coimbra: Almedina, 1985. p. 99.

³⁹⁵ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983. t. 3, p. 88, §383.

³⁹⁶ *Ibidem*, p. 90.

A recognoscibilidade, que se colhe da parte final do art. 138 do CC/02, além de ser instrumento de proteção da confiança e das expectativas geradas no destinatário, é da mesma forma ferramenta de manutenção das transações comerciais. É que tem, também, por objetivo, a concretização do primado do *favor acti*, que guarda em sua raiz a segurança jurídica.

O novo Código, com efeito, elegeu o princípio da manutenção do negócio jurídico como valor a ser protegido, claramente optando pelo caráter de excepcionalidade às hipóteses de desfazimento do negócio.

Essa conclusão pode não estar tão clara para alguns, vez que quanto ao tema invalidade, por exemplo, muitas das regras do Código de 1916 foram mantidas.

Ocorre que, se à primeira vista pode transparecer que as alterações não foram substanciais, o Código de 2002 inovou, inegavelmente, na medida em que positivou uma nova ordem principiológica, na qual está presente tanto o princípio da função social quanto o do *favor acti*. Assim, ainda que alguns dispositivos do Código anterior tenham sido compilado integralmente no novo Código, a norma, ainda que inalterada sua redação, deverá assumir novos contornos, de acordo com os valores que, embora já arraigados na ordem jurídica em geral, foram finalmente incorporados e positivados pelo CC/02.

Nesse sentido, vale ressaltar que, no hodierno, o dogma da vontade e outros princípios de ordem estritamente individualista cederam espaço para outros como o da boa-fé objetiva, do equilíbrio e da justiça contratual, e da função social³⁹⁷. E é nesse contexto que o CC/02 vem reforçar o princípio da conservação do negócio jurídico, cuja afinidade com o da função social será demonstrada no item seguinte (3.2.2.1).

Por fim, há que se enfrentar quais as conseqüências advindas do desfazimento do negócio jurídico pela aplicação do art. 138 do CC/02. A questão que pende de resposta é: haja vista a necessidade de recognoscibilidade do erro, há algum dever indenizatório imputável ao declarante, como permitia o regime do Código de 1916? (3.2.2.2)

³⁹⁷ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Princípios do novo direito contratual e desregulamento do mercado – direito de exclusividade nas relações contratuais de fornecimento – função social do contrato e responsabilidade aquiliana do terceiro que contribui para inadimplemento contratual. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 87, n. 750, 119.

3.2.2.1 A opção do Código Civil de 2002 pela teoria da funcionalização de institutos jurídicos e o princípio da manutenção do negócio jurídico

A funcionalização de institutos jurídicos, sobre o que muito se tem escrito, tem em sua essência a idéia de atribuição de uma função às regras jurídicas. O tema não é propriamente inédito, vez que a função do Direito sempre foi objeto de estudo³⁹⁸.

A concepção de *função promocional* do Estado e do próprio Direito, no entanto, surgiu com a passagem do Estado protecionista para o Estado com funções programáticas, ou seja, aquele que se propõe a dirigir a atividade econômica de um país. E, em razão desse movimento, reconheceu-se que o Direito não é exclusivamente um poder coativo, mas também econômico. Em outros termos, assumiu-se que o Direito não tem como única função a repressão, por meio da sanção positiva; ele também é um instrumento de incentivo e *promoção*³⁹⁹.

Admitido, portanto, que o Direito atua como meio de *promoção* de um determinado fim, um instituto jurídico somente terá sua existência e aplicação convalidadas quando essa função (ou objetivo) for alcançada⁴⁰⁰.

No âmbito do Direito dos Contratos, o princípio da função social representa, da mesma forma, a necessidade de promoção de um fim. A questão é: qual é esse fim? É justamente na determinação desse elemento que a manutenção do negócio jurídico desempenha papel de inegável relevância.

Seguindo-se na linha de desenvolvimento da teoria contratual exposta acima, no item 1.1 da primeira parte, pode-se afirmar que o princípio da função social do negócio jurídico, ao mesmo tempo em que é causa, é também conseqüência do deslocamento da análise do contrato do âmbito exclusivo das disposições oriundas da vontade individual para aquelas previstas pela ordem jurídica⁴⁰¹. O reconhecimento de que a força vinculativa do contrato está na lei, e não na vontade, implica o reconhecimento da funcionalização desse instituto, pois ele deverá realizar os fins a que se propõe o Direito

³⁹⁸ FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesa. Princípios de direito das obrigações no novo Código Civil. *O novo Código Civil e a Constituição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 109.

³⁹⁹ BOBBIO, Norberto. *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*. Milão: Edizioni di Comunità, 1977. p. 65-80.

⁴⁰⁰ SILVA, Luis Renato Ferreira da. A função social do contrato no novo Código Civil e sua conexão com a solidariedade. In: *O Novo Código civil e a Constituição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 134.

⁴⁰¹ NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato. Novos paradigmas*. São Paulo: Renovar, 2002. p. 224.

em geral. E dentre esses fins, pode ser citada a justiça, a segurança e a dignidade da pessoa humana, todos inseridos, vale ressaltar, no texto constitucional.

A consequência mais relevante desse cenário é que o poder jurígeno reconhecido à vontade individual não é mais havido, pois, como originário e autônomo, mas como derivado e funcionalizado a finalidades heterônomas⁴⁰². Isso significa admitir que o contrato não pode mais ser interpretado como um instrumento de satisfação dos interesses dos contratantes individualmente considerados, mas sim em função da realização das finalidades traçadas pela ordem jurídica.⁴⁰³ Por meio do movimento de *funcionalização dos institutos jurídicos*, portanto, são atribuídos uma utilidade e um papel social aos institutos jurídicos.

No caso do contrato, a funcionalização é resultado do incremento prático da consolidação da *solidariedade*⁴⁰⁴, princípio eleito como um dos fundamentos da República Federativa Brasileira (art. 3º da Constituição). A solidariedade é um valor inserido no texto constitucional enquanto um dos objetivos da República e, por conta da vigência hoje do modelo de comunicabilidade da Constituição e do Código Civil, é um valor também presente na interpretação e integração das normas desse texto legal⁴⁰⁵. Em uma análise muito simplificada, mas que precisa ser referida, a solidariedade exige dos indivíduos *cooperação*⁴⁰⁶.

⁴⁰² NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato. Novos paradigmas*. São Paulo: Renovar, 2002. p. 228.

⁴⁰³ *Ibidem*.

⁴⁰⁴ NALIN, Paulo. *Do Contrato: conceito pós-moderno. Em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional*. Curitiba: Juruá, 2003. p. 220.

⁴⁰⁵ Sobre a passagem do modelo da incomunicabilidade para o da comunicabilidade, ver MARTINS-COSTA, Judith. Os direitos fundamentais e a opção culturalista do novo Código Civil. In: *Constituição, Direitos Fundamentais e Direitos Privados*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 64. Ainda a mesma autora, afirma que: “Se às Constituições cabe proclamar o princípio da função social – o que vem sendo regra desde Weimer –, é ao Direito Civil que incumbe transformá-lo em concreto instrumento de ação. Mediante o recurso à função social e também à boa-fé – que tem uma face marcadamente ética e outra solidarista – instrumentaliza o Código agora aprovado a diretriz constitucional da solidariedade social, posta como um dos ‘objetivos fundamentais da República’”. O Novo Código Civil Brasileiro: em busca da ‘Ética da Situação’.” In: *Diretrizes Teóricas do Novo Código Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 144.

⁴⁰⁶ Mas qual é o conteúdo do valor solidariedade? Como aponta Luis Renato Ferreira da Silva, para resposta a essa pergunta, é inevitável a remissão à teoria desenvolvida pelo sociólogo Émile Durkheim, para quem há duas espécies de solidariedade: a mecânica, presente em sociedades mais simples, e a orgânica, em sociedades mais complexas, nas quais os indivíduos assumem funções muito especializadas e, portanto, precisam *cooperar uns com os outros*. Com efeito, nas sociedades mais complexas, nas quais o indivíduo assume funções cada vez mais especializadas, o nível de dependência entre os indivíduos é maior. Mas é também maior o sentimento de individualização. Por conta dessa dicotomia (dependência vs individualismo) é que a solidariedade se estabelece entre órgãos com funções autônomas (daí o nome “solidariedade orgânica”). Em uma sociedade assim, a busca da solidariedade depende de um “sistema nervoso central” que comande os diversos órgãos. Tal papel, de coordenação dos variados órgãos, é desempenhado pelo direito. SILVA, Luis Renato Ferreira da. A função social do contrato no novo Código Civil e sua conexão com a solidariedade. In: *O Novo Código civil e a Constituição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 131.

Por conta disso, ao estabelecer-se um perfil conceitual do princípio da função social⁴⁰⁷, pode-se dizer que ele é, como propõe Jorge Cesa Ferreira da Silva “o que impõe a observância das conseqüências sociais das relações obrigacionais, tendo como pressuposto a compreensão de que direitos e faculdades individuais não são imiscíveis às necessidades sociais, dado que o indivíduo só pode construir a sua vida *em sociedade*”⁴⁰⁸.

Sabendo-se que a solidariedade está na raiz do princípio da função social, cabe perguntar-se qual é, efetivamente, o conteúdo prático desse princípio quando aplicado às relações contratuais.

Uma das leituras possíveis, já bastante conhecida e com aplicação no plano da eficácia do negócio jurídico, diz respeito à mitigação do princípio da relatividade do contrato. Antonio Junqueira de Azevedo, em parecer já considerado obra clássica sobre o tema, afirma que a aplicação desse princípio implica a redefinição de outros da teoria clássica do contrato, trazendo à liberdade contratual uma série de restrições e condicionamentos. E porque a função social está fundamentada no princípio constitucional da solidariedade, sua aplicação impõe que se reconheça que o contrato não pode ser considerado como um ato que somente diz respeito às partes⁴⁰⁹.

Outra possibilidade de aplicação do princípio da função social, ainda não tão celebrada pela jurisprudência e pela doutrina, refere-se à *manutenção do negócio jurídico*. Isso porque a solidariedade e a cooperação, valores que compõem o princípio da função social, exigem a manutenção do negócio jurídico. O fundamento dessa restrição para o desfazimento do negócio jurídico está na assunção do fato de que, em uma sociedade complexa, os diferentes contratos firmados criam uma rede da qual resulta a total dependência entre os instrumentos, seja de forma direta ou indireta. Ou seja, assume-se como verdadeiro ser necessário o adimplemento de um contrato para

⁴⁰⁷ O estudo desse princípio não é novo na doutrina, mas por longo período permaneceu sem significado operativo por conta da prevalência do individualismo. A partir do século XIX, quando ganharam força as teorias do solidarismo social, a função social passou a ganhar concretude. FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesa. Princípios de direito das obrigações no novo Código Civil. In: *O novo Código Civil e a Constituição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 109. É nessa linha que Paulo Nalin afirma que o princípio da função social do contrato pode assumir a forma de cláusula geral de solidariedade, de resposta à quebra do individualismo e como instrumento de tutela da confiança dos interesses envolvidos e do equilíbrio das parcelas do contrato. *Do Contrato: conceito pós-moderno. Em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional*. Curitiba: Juruá, 2003. p. 223.

⁴⁰⁸ FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesa. Princípios de direito das obrigações no novo Código Civil. In: *O novo Código Civil e a Constituição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 112.

⁴⁰⁹ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Princípios do novo direito contratual e desregulamento do mercado – direito de exclusividade nas relações contratuais de fornecimento – função social do contrato e responsabilidade aquiliana do terceiro que contribui para inadimplemento contratual. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 87, n. 750, p. 113-120, p.119.

que outro, que esteja de alguma forma vinculado a ele, também seja cumprido. Os exemplos são fartos, mas basta pensar-se que o cumprimento do contrato de distribuição de bebidas, por exemplo, é condição necessária para que a distribuidora atenda ao pedido de venda desse produto para uma festa. A quebra de um contrato, portanto, implicará a inexecução do outro⁴¹⁰.

Essa interligação entre cada contrato firmado evidencia a dependência entre os negócios jurídicos e a importância da manutenção da cadeia, já que o desfazimento de um contrato pode vir a prejudicar toda ela⁴¹¹.

De acordo com ANTÔNIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO, “o princípio da conservação⁴¹² consiste [pois] em se procurar salvar tudo que é possível num negócio jurídico concreto, tanto no plano da existência, quanto da validade, quanto da eficácia”⁴¹³. Isso porque o princípio da conservação “é a consequência necessária do fato de o ordenamento jurídico, ao admitir a categoria de negócio jurídico, estar implicitamente reconhecendo a utilidade de cada negócio jurídico concreto”⁴¹⁴.

⁴¹⁰ Luiz Renato Ferreira da Silva cita Emile Durkheim, quem afirma que “é verdade que as obrigações propriamente contratuais podem fazer-se e desfazer-se unicamente com o acordo de vontades. Mas não se deve esquecer que, se o contrato tem o poder de ligar, é a sociedade que lhe confere esse poder [...] Portanto, todo o contrato pressupõe que, por trás das partes que o estabelecem, há a sociedade pronta para intervir a fim de fazer respeitar os compromissos assumidos; por isso ela só presta essa força obrigatória aos contratos que, por si mesmos, têm um valor social, isto é, que são conformes às regras de direito”. SILVA, Luis Renato Ferreira da. *A função social do contrato no novo Código Civil e sua conexão com a solidariedade*. In: *O Novo Código civil e a Constituição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 132.

⁴¹¹ Luis Renato Ferreira da Silva trata da influência do princípio da função social do contrato no princípio da relatividade. Para esse autor, o contrato cumpre sua função sempre que permitir a realização e a manutenção das convenções livremente estabelecidas. Estas, porém, somente serão mantidas quando nela estiver presente uma equação de utilidade e justiça. Op. cit., p. 137. Nesse sentido, a função social significa a manutenção de trocas úteis e justas, com larga influência no referido princípio da relatividade, e pelas mesmas razões fomentador do princípio da manutenção do negócio jurídico, como é defendido neste texto.

⁴¹² Esse princípio pode ser havido como corolário de dois outros: a proteção da confiança (de terceiros) e a segurança jurídica. Como se verá em capítulo próprio, a teoria da proteção da confiança aplicada ao direito obrigacional surgiu em resposta à instabilidade causada nas relações interpessoais por conta da importância conferida à vontade individual no século XIX, concretizada no que se chama de dogma da vontade, também representado sob a denominação de “teoria da vontade”. A transição deu-se na alteração da definição do ato que determina o conteúdo do negócio jurídico firmado: não é mais a vontade interna, mas sim a declaração. A declaração, porque constitui ato que vem ao mundo exterior, ao contrário do que ocorre com a chamada “vontade interna”, tem o condão de assegurar que se conheça com mais clareza e certeza o objeto do ato celebrado. A proposta é assegurar que o acertado entre as partes seja cumprido, de modo a evitar o desfazimento de atos negociais, já que ações dessa natureza são causa de constante instabilidade em todos os níveis das relações negociais. Em suma, a tutela subjetiva da vontade foi, paulatinamente, substituída pela tutela objetiva da confiança. Nada disso sem, no entanto, perder de vista a justiça comutativa, o objetivo imediato do Direito Privado.

⁴¹³ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 66.

⁴¹⁴ *Ibidem*, p. 67.

A função social, portanto, pode exigir do aplicador do Direito que afaste, em alguns casos, a possibilidade de desconstituição do negócio jurídico. Essa, aliás, é uma das possíveis formas de leitura do art. 421 do Código Civil que dispõe que “liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”.

E por conta do que se expôs, pode-se concluir que a norma constitucional de solidariedade tem sido apontada como o pano de fundo sobre o qual deve ser lido o art. 421 do Código Civil, e a cooperação entre as partes contratantes como ponto a ser fomentado por meio da funcionalização do contrato.

E se o princípio da função social busca a manutenção do contrato, ele serve de fomentador às formas de revisão, como instrumento de retomada do sinalagma do negócio jurídico, quando, por fatores exógenos à relação contratual, há excessiva vantagem a uma das partes em detrimento da outra. De fato, como não interessa que haja descontinuidade dos contratos, senão que sua manutenção, o caminho da revisão contratual se abre⁴¹⁵.

Quanto ao conteúdo do princípio da manutenção, Antônio Junqueira pondera que ele consiste “em se procurar salvar tudo que é possível num negócio jurídico concreto, tanto no plano da existência, quanto no da validade e no da eficácia. Seu fundamento prende-se à própria razão de ser do negócio jurídico; sendo este uma espécie de fato jurídico, de tipo peculiar, isto é, uma declaração de vontade (manifestação de vontade a que o ordenamento jurídico imputa os efeitos manifestados como queridos). [...] O princípio da conservação [...] é a consequência necessária do fato de o ordenamento jurídico, ao admitir a categoria negócio jurídico, estar implicitamente reconhecendo a utilidade de cada negócio jurídico concreto”⁴¹⁶.

E, nessa linha, são vários os dispositivos legais que ora dificultam a declaração de invalidade do negócio jurídico, ora dotam as partes de ferramentas para sanar as irregularidades do negócio.

A nova exigência imposta pelo art. 138 do CC, qual seja, a de que o erro, enquanto causa invalidante do negócio jurídico, deve ser cognoscível pela outra parte, é um exemplo de regra em cujo cerne está no princípio em evidência.

⁴¹⁵ SILVA, Luis Renato Ferreira da. A função social do contrato no novo Código Civil e sua conexão com a solidariedade. In: *O Novo Código civil e a Constituição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2003. p. 145. Do mesmo autor: *Revisão dos contratos: do Código Civil ao Código do Consumidor*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

⁴¹⁶ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 66.

Também na lesão verifica-se a inclusão desse princípio, vez que o §2º do art. 157 do CC/02 deixa a critério do beneficiário da vantagem a manutenção ou não do contrato. Como esclarece Luis Renato Ferreira da Silva, “o pedido que se concede ao autor da demanda é o de anulabilidade (*rectius*, rescisão). O destino da causa, porém, resta *secundum eventus contestationis*, pois como diz o próprio dispositivo, no § 2º, *não se decretará a anulação do negócio, se for oferecido suplemento suficiente, ou se a parte favorecida concordar com a redução do proveito.*”⁴¹⁷

O art. 167, que dispõe sobre simulação, antes causa de anulabilidade, hoje de nulidade⁴¹⁸, inova em outro aspecto: determina que o negócio jurídico simulado subsistirá se válido for na substância e na forma.

Outras disposições, como a ratificação dos negócios anuláveis (art. 172 do CC), a redução dos negócios acometidos de nulidade parcial (art. 184 do CC) e a conservação dos negócios nulos (art. 170 do CC)⁴¹⁹, também são exemplos de normas que atendem ao princípio da conservação do negócio jurídico.

3.2.2.2 A conduta do declaratório e o dever de indenizar no CC 2002

No CC/02, as regras sobre vícios de vontade permanecem arroladas como hipóteses de anulabilidade do negócio jurídico, em capítulo destinado aos Defeitos do Negócio Jurídico, com algumas novidades com relação ao regulamento do Código anterior.

O artigo que define erro (art. 138) determina que não basta haver erro substancial para que o negócio jurídico seja invalidado. É necessário que o erro seja reconhecível pela outra parte. Essa mudança tem como norte não só a proteção da confiança de terceiros (o que em certa medida já havia no regime anterior, por meio da

⁴¹⁷ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 146.

⁴¹⁸ De acordo com Leonardo Mattietto, “a escolha legislativa, de passar a simulação de causa de anulabilidade a de nulidade, é respaldada na idéia de que tal figura, mais que restrita a atingir interesses privados, ofende o interesse público de correção e veracidade nas relações negociais. A questão não é puramente volitiva, de solução com base apenas na vontade das partes, mas, muito pelo contrário, liga-se à causa do negócio jurídico, pois, como ensina Pugliatti, ‘o acordo simulatório priva o negócio de sua causa’”. Op. cit., p. 342.

⁴¹⁹ Leonardo Mattietto, op. cit., p. 346.

imposição, àquele que errou, do dever de indenizar os interesses negativos), mas, principalmente, a conservação do negócio jurídico⁴²⁰, já que a exigência de recognoscibilidade do erro resulta, imediatamente, na dificuldade de anulabilidade do ato.

A cognoscibilidade do erro não estava prevista no art. 86 do antigo Código Civil, mas foi inserida no art. 136, já no Projeto de 1975, por meio da inclusão da seguinte passagem: “que poderia ser percebido por outra pessoa de diligência normal, em face das circunstâncias do negócio”. Essa é a orientação adotada pelo Direito Italiano (art. 1.438 do Código), tendo por fim a segurança das relações jurídicas e a proteção da confiança depositada por terceiros na declaração de vontade havida por aquele que alega erro.

Esse novo elemento exige, daquele que errou, maior esforço probatório: se antes bastava a prova da existência de erro, hoje é necessário demonstrar que a contraparte poderia ter identificado o erro e, assim, impedido a celebração de negócio jurídico nessas condições.

Para a aferição da cognoscibilidade do erro, a lei estabelece dois parâmetros, que podem ser lidos como cláusulas gerais⁴²¹: “a pessoa de diligência normal” e as “circunstâncias do negócio”. A possibilidade de anulabilidade sob a alegação de erro, portanto, será analisada em cada caso, cabendo ao juiz verificar se o vício de vontade era ou não perceptível⁴²².

Diante desse novo quadro, desenhado pela redação do art. 138 do novo Código, é possível verificar-se tanto a objetivação do erro quanto o inegável afastamento de sua função original, qual seja, a proteção do declarante no sentido de que o negócio celebrado é aquele efetivamente querido. O artigo citado passa a tutelar o negócio

⁴²⁰ Art. 170 do CC: Se, porém, o negócio jurídico nulo contiver os requisitos de outro, subsistirá este quando o fim a que visavam as partes permitir supor que o teriam querido, se houvesse previsto a nulidade.

⁴²¹ Embora à primeira vista os parâmetros indicados possam ser vistos como conceitos jurídicos indeterminados, há entre esses e as cláusulas gerais uma substancial diferença: enquanto aqueles representam a técnica da *subsunção* (hipótese em que não se permite criação do direito), estas, por sua vez, exigem “que o juiz concorra ativamente para a sua formulação”, assumindo, portanto, a atividade jurisdicional como criadora do Direito. MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 324-328.

⁴²² É importante frisar, aqui, a manifestação de Pontes de Miranda no sentido de que as hipóteses de erro não deveriam ser avaliadas a partir de *standards* objetivos, como “homem médio”, por exemplo. Escreveu esse jurista que “não há ponto de referência, porque a inteligência e cultura são fatores individuais, que, pequenos ou grandes, apenas se levam em conta na apreciação do erro, sem se estar a buscar o homem normal, o homem comum, o abstrato homem que seria o exposto ao erro” (*vide* item 3.1.2.1).

jurídico em si. E, por conta disso, a nova regra inclui, no suporte fático do erro, elemento antes desconsiderado⁴²³: a culpa do destinatário da declaração.

A doutrina tem festejado essa nova regra como se sua inovação consistisse na garantia de bens como a segurança jurídica e a proteção da confiança, pressupondo que esses princípios não estivessem presentes no regime do Código de 1916. Essa premissa, todavia, não é verdadeira, pois não se pode olvidar que a invalidade do ato sob a alegação de erro imputava, ao declarante, o dever de indenizar a contraparte pelos interesses negativos, independentemente da verificação de culpa⁴²⁴. Ora, não é este um instrumento adequado de proteção da confiança depositada na celebração do negócio jurídico? Por certo que sim.

Hoje, na vigência do Código de 2002, o instrumento de proteção da confiança é a *exigência de recognoscibilidade* do erro pelo destinatário da declaração. E, por conta dessa mudança, *não há mais dever de indenizar* pelos interesses negativos nos moldes do Código anterior.

O desfazimento do negócio jurídico pelo art. 138 do CC/02 é hipótese excepcional e pressupõe negligência ou culpa de declaratário.

Na vigência do Código anterior, também havia a necessidade de se analisar a conduta do destinatário da declaração. Essa análise, contudo, não era necessária para determinar a anulabilidade do contrato em face da existência do erro, mas sim para determinar se era devida alguma indenização.

No Código atual, a avaliação da conduta do declaratário é condição necessária para a anulação do contrato. Ela não ocorre, contudo, após o desfazimento do ato, mas antes por ser a recognoscibilidade do erro *condição sine qua non* para a anulação do contrato. Neste cenário, verifica-se que o desfazimento do negócio pressupõe um determinado comportamento do declaratário, que, por envolver negligência ou culpa, *afasta* a incidência de qualquer pleito indenizatório.

⁴²³ Para alguns juristas, a culpa já estava presente no regime do Código Civil de 1916 por conta de suposta exigência de escusabilidade do erro para que fosse possível a anulabilidade do negócio jurídico (Clóvis Beviláqua, Silvio Rodrigues entre outros). Seguimos Pontes de Miranda no sentido de que a escusabilidade não foi e não é pressuposto de anulabilidade por erro. Afirma esse jurista que se pode ter erro, ainda que inescusável, porque essa inescusabilidade é na dimensão ética, e não na dimensão jurídica. *Tratado de Direito Privado*, op. cit., v. 4, p. 311, §442.

⁴²⁴ De acordo com Pontes de Miranda, devem ser indenizados os danos derivados de não se ter levado a cabo a eficácia do negócio jurídico, sem necessidade de culpa. *Tratado de Direito Privado: parte geral*. São Paulo: Revista Tribunais, 1983. t. 4, p. 314.

4 APONTAMENTOS CONCLUSIVOS

A proteção da confiança e a boa-fé objetiva são princípios que têm aplicação em nosso ordenamento jurídico já na vigência do CC/16. Um exemplo da aplicação desses princípios consiste no dever de indenizar que era imputável ao declarante em erro pelo interesse negativo do destinatário da declaração em razão da anulação do negócio jurídico. Com efeito, o fundamento dessa indenização não tinha relação com ato ilícito ou culpa, mas sim com a proteção de expectativas geradas na outra parte. A indenização era devida, portanto, havendo ou não culpa do declarante.

O dispositivo legal referente ao erro no novo Código Civil apresenta uma nova redação. O art. 138 do CC/02 dispõe que o erro substancial causa a anulabilidade se verificado que “poderia ser percebido por pessoa de diligência normal, em face das circunstâncias do negócio”. Leia-se: o erro deve ser essencial, substancial e *recognoscível*. Ausente algum desses elementos, não se abre a via da anulação.

A recognoscibilidade é elemento que atua em duas frentes: (i) uma referente à proteção da confiança, mesmo porque o erro é, em si, representação do “problema da confiança e sua tutela”⁴²⁵; (ii) outra relaciona-se com a proteção da circulação de bens no mercado, por meio da busca pela manutenção do negócio jurídico, haja vista que exigir que o erro seja cognoscível pela outra parte é *dificultar* o desfazimento do negócio.

Assim, enquanto no Código anterior a confiança era protegida por meio da *indenização*, no Código atual ela é protegida por meio da *exigência de recognoscibilidade* do erro.

E dado que a recognoscibilidade exige do aplicador da lei a análise do comportamento do declaratório para decidir ou não pela aplicação das regras sobre erro, é desnecessária a análise quanto a eventual direito de indenização. Isso porque é a culpa do destinatário da declaração que vai definir o destino do negócio jurídico firmado em erro: ou não há culpa e, por isso, o negócio é *mantido*, ou há culpa e por essa razão é *anulado*.

E se há culpa do declaratório, não há expectativa legítima ou confiança a ser protegida ou indenizada.

⁴²⁵ ROPPO, Enzo. *O Contrato*. Lisboa: Almedina, 1997. p. 233.

E, afinal de contas, por qual razão foi alterado o *instrumento* de proteção da confiança do antigo Código para o novo? Por que inserir a recognoscibilidade se a indenização já atuava como garantia da expectativa legítima do declaratório de que o contrato seria executado?

A alteração tem um objetivo: a manutenção das transações de trocas de bens e mercadorias, como forma de preservação do comércio. A preocupação da lei não está restrita aos interesses da outra parte (declaratório), mas de toda a sociedade.

A função social, positivada no art. 421 do CC/02, impõe ao negócio jurídico que cumpra, no ordenamento jurídico, uma função: a de servir de instrumento para circulação de bens e riquezas⁴²⁶. Ocorre que dada a complexidade e a dependência assumidas pelas relações contratuais hodiernamente, pode-se aceitar que o princípio da função social exige, em muitos casos, a *manutenção do negócio jurídico*, ainda que nele haja sido identificado algum vício. Assim é que o CC/02, ao inserir em seu bojo norma sobre a necessidade de cumprimento da função social pelo contrato (art. 421), trouxe, conseqüentemente, a relevo o princípio da manutenção do contrato como um princípio que deverá informar a aplicação de todas as demais normas que regulamentam os contratos, mormente aquelas que dizem respeito à invalidação por vício e outras que tratam de institutos de preservação do negócio jurídico.

A conseqüência mais imediata é a de que, ao contrário do que inspirou o Código de 1916, a preservação do contrato pode sobrepor-se à vontade das partes. Disso decorre que os instrumentos de desfazimento do ato estão mais rigorosos (como a resolução por inadimplemento, o erro etc.). Por outro lado, as normas sobre conservação do negócio jurídico devem contar com um certo abrandamento, de modo a amparar, sempre que possível, a permanência do contrato.

⁴²⁶ ROPPO, Enzo. *O Contrato*. Lisboa: Almedina, 1997.

REFERÊNCIAS

AGUIAR Jr., Ruy Rosado de. Projeto de Código Civil: as obrigações e os contratos. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 89, n.775, p.18-31, maio 2000.

ALPA, Guido. Les nouvelles frontières du droit des contrats. *Revue internationale de droit comparé*, v. 50, n. 4, p. 1015-1030, out./dez. 1998.

ALVES, Moreira. *A parte geral do novo Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 1986.

AMARAL NETO, Francisco dos Santos. Autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica: perspectivas estrutural e funcional. *Revista de Informação Legislativa*, São Paulo, v. 26, n. 102, p. 207-230, abr./jun. 1989.

AMARAL, Francisco. *Direito Civil: introdução*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

AMORIM FILHO, Agnelo. Critério Científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 49, n. 300, p. 7-37, out. 1960.

ANDRADE JR., Attila de Souza Leão. *Comentários ao novo Código Civil: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. 1.

ANDRADE, Fábio Siebeneichler. Causa e consideration. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, v. 18, n. 53, p. 276-284, nov. 1991.

AUGÉ, Guy. Le contrat et l'évolution du consensualisme chez Grotius. *Archives de Philosophie du Droit*, n. 13, p. 99-114, 1965.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4. ed. atual. de acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. Princípios do novo direito contratual e desregulamento do mercado – direito de exclusividade nas relações contratuais de fornecimento – função social do contrato e responsabilidade aquiliana do terceiro que contribui para inadimplemento contratual. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 87, n. 750, p. 113-120, abr. 1998.

BARCELONA, Pietro. A formação del jurista. *La formación del jurista. Capitalismo monopolístico y cultura jurídica*. 3. ed. reimp. Madri: Editorial Civitas, 1993.

BARROSO, Carlos Henrique. O falso motivo como vício do negócio jurídico no novo Código Civil. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 91, n. 804, p. 72-81, out., 2002.

BECKER, Anelise. *A teoria geral da lesão nos contratos*. São Paulo: Saraiva, 2000.

BERNARDES DE MELLO, Marcos. *Teoria do fato jurídico: plano da validade*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

BETTI, Emilio. *Cours de Droit Civil Compare. Étude d'un système juridique. Système du Code Civil Allemand*. Milão: Giuffrè, 1965.

BETTI, Emilio. *Teoria General del Negocio Jurídico*. Madri: Editorial Revista de Derecho Privado, 1959.

_____. *Teoria Generale delle obbligazioni in diritto romano*. Milão: Giuffrè, 1947. v. 1.

BOBBIO, Norberto. *Dalla Struttura allá funzione: nuovi studi di teoria del diritto*. Milão: Edizioni di Comunità, 1977.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Em torno dos vícios do negócio jurídico: seu exame quanto às principais inovações no tocante ao negócio jurídico. In: *O novo código civil: estudos em homenagem ao professor Miguel Reale*. São Paulo: LTr, 2003. p. 129-146.

CACHAPUZ, Maria Claudia Mercio. O conceito de totalidade concreta aplicado ao sistema jurídico aberto. *Revista da Ajuris*, v. 24, n. 71, p. 108-153, nov. 1997.

CAENEGEM, R. C. van. *Uma introdução histórica ao direito privado*. Trad. Carlos Eduardo Lima Machado; revisão Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

CALASSO, Francesco. *Negozió Jurídico. Lezioni di storia del diritto italiano*. Milão: Giuffrè, 1959.

CANARIS, Claus-Wilhelm. A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado na Alemanha. In: *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Org. Ingo Wolfgang Sarlet. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 223-243.

_____. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

CARNELUTTI, Francesco. *Teoria Geral do Direito*. São Paulo: Lejus, 2000.

CARVALHO, Orlando de. Teixeira de Freitas e a unificação do direito privado. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, v. 60, p. 1-86, 1984.

CASILLO, João. *O erro como vício da vontade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

CIFUENTES, Santos. *Negocio jurídico*. Buenos Aires: Astrea, 2004.

CORREIA, A. Ferrer. *Erro e interpretação na teoria do negócio jurídico*. Coimbra: Almedina, 1985.

CORTIANO JUNIOR, Eroulths. Alguns apontamentos sobre os chamados direitos da personalidade. In: *Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

COUTO E SILVA, Clóvis do. *Obrigação como processo*. Porto Alegre: edição do autor, 1964.

_____. Para uma histórica dos conceitos no direito civil e no direito processual civil: a atualidade do pensamento de Otto Karlowa e de Oskar Bülow. *Revista de processo*, São Paulo, v. 10, n. 37, p. 238- 255, jan./mar.1985.

_____. Teoria da causa no Direito Privado. In: FRADERA, Véra Maria Jacob de (Org.). *O Direito Privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 59-71.

_____. O Direito Civil Brasileiro em perspectiva histórica e visão de futuro. In: FRADERA, Véra Maria Jacob de (Org.). *O Direito Privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 11-31.

DANTAS, San Tiago. *Programa de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense. 2001.

EISENBERGT, Melvin A. Mistake in Contract Law. *California Law Review*, California, v. 91, n. 6, p. 1573-1643, dec. 2003.

FACHIN, Luiz Edson (Coord.) *Repensando fundamentos do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesa. *A Boa-fé e a Violação Positiva do Contrato*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. Princípios de direito das obrigações no novo Código Civil. In: *O novo Código Civil e a Constituição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

FERRI, Giovanni B. Appunti sull'invalidità del contratto: dal Codice Civile del 1865 al Codice Civile de 1942. *Rivista de Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obbligazioni*, Roma, v. 94, n. 5-6, p. 367-394, mag./giu.1996.

FRADERA, Véra Maria Jacob de. Boa-fé objetiva: uma noção comum no conceito alemão, brasileiro e japonês de contrato. In: *Fundamentos do Estado de Direito: estudos em homenagem ao Professor Almiro do Couto e Silva*. Rio de Janeiro: Malheiros, 2006. p. 357-377.

_____. La partie générale du Code Civil Brésilien: *le Droit Brésilien hier, aujourd'hui et demain*. Paris: Société de Législation Comparée, 2005.

FREITAS, Teixeira de. *Consolidação das Leis Civis*. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003. v. 1.

GEBRIN, Vera Lúcia. *O erro no novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

GILISSEN, John. *Introdução histórica ao Direito*. 2. ed. trad. A. M. Hespanha e A. M. Macaísta Malheiros. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995.

GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

_____. *Raízes históricas e sociológicas do Código Civil brasileiro*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

GOMES, Orlando. *Transformações gerais do Direito das Obrigações*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1980.

GONÇALVES, Diogo Costa. *Erro Obstáculo e Erro Vício: subsídios para a determinação do alcance normativo dos artigos 247º, 251º e 252º do Código Civil*. Lisboa: aafdl, 2004.

GORDLEY, James. Mistake in Contract Formation. *American Journal of Comparative Law*, v. 52, n. 2, p. 433-468, 2004.

GOUBEAUX, Gilles. À propos de l'erreur sur la valeur. In: *Études offertes à Jacques Ghestin. Le contrat au débaüt du XXIe siècle*. Paris: L.G.D.J, 2001. p. 389-404.

GRAU, Eros Roberto. *Direitos, Conceitos e Normas Jurídicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

_____. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. p. 220 e ss.

HATTENHAUER, Hans. *Conceptos fundamentales del derecho civil. Introducción histórico-dogmática*. Trad. Gonzalo Hernández. Barcelona: Editorial Ariel, 1987.

HEINITZ, Ernst. Libertà di stampa e diritto alla personalità. *JUS Rivista di Scienze Giuridiche*, maio. 2000.

HESPANHA, Antonio M. *Panorama histórico da Cultura Jurídica Européia*. 2. ed. Mira-Sintra, Portugal: Mem Martins. Publicações Europa-América, 1998.

IRTI, Natalino. Il Negozio Giuridico come Categoria Storiografica. *Quaderni Fiorentini*, v. 19, p. 557, 1990.

_____. *Introduzione. Le incognite del diritto privato*. *Rivista di Diritto Civile*, Parte Prima, 1980.

_____. *L'età della decodificazione*. Milão: Giuffrè, 1979.

JORGE JR., Alberto Gosson. Considerações em torno do art. 138 do Código Civil Brasileiro. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 95, n. 843, p. 85-96, jan. 2006.

KASER, Max. *Direito Privado Romano* Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999.

KLIEMANN, Ana Carolina. O Princípio da Manutenção do Negócio Jurídico: uma proposta de aplicação. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, n. 26, abr./jun. 2006. (no prelo)

KOSCHAKER, Pablo. *Europa y el Derecho Romano*. Madri: Revista de Derecho Privado, 1955.

LA TORRE, Massimo. Rechtsstaat and Legal Science. The rise and fall of the concept of subjective right. *Archive für Rechts- und Sozialphilosophie*, v. 76, p. 50-68, 1990.

LARENZ, Karl. *Derecho de Obligaciones*. Madri: Revista de Derecho Privado, 1958. t. 1.

_____. *Metodologia de la Ciencia del Derecho*. Barcelona: Editorial Ariel, 1994.

LORENZETTI, Ricardo Luis. Análisis crítico de la autonomía privada contractual. *Revista do Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 14, p. 6-19, abr/jun 1995.

_____. *Fundamentos do Direito Privado*. Trad. Vera Maria Jacob de Fradera. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

_____. *Tratado de los contratos: parte general*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2004.

LUDWIG, Marcos de Campos. Direito Público e Direito Privado: a superação da dicotomia. In: *A reconstrução do Direito Privado*. Org. Judith Martins-Costa. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. *Usos e costumes no processo obrigacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MAC-DONALD, Norberto da Costa Caruso. O Projeto do novo Código Civil e o direito comercial. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, v. 16. p.139-160, 1999.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____. Três tipos de diálogos entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002: superação das antinomias pelo “diálogo das fontes”. In: *Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 11- 82.

MARTINO, Francesco de. *Individualismo e Diritto Romano Privato*. Torino: Giuffrè, 1999.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. A Noção do Contrato na História dos Pactos. *Uma Vida Dedicada Ao Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 497-513.

_____. Mercado e solidariedade social: entre *cosmos* e *táxis*: a boa-fé nas relações de consumo. In: *A reconstrução do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 611-661.

_____. O Direito Privado como um “Sistema em Construção”: as cláusulas gerais no Projeto de Código Civil Brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, v. 15, p. 129-154, 1998.

_____. Os direitos fundamentais e a opção culturalista do novo Código Civil. In: *Constituição, Direitos Fundamentais e Direitos Privados*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 61-85.

MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gerson. *Diretrizes teóricas do novo Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2002.

MAZZONI, Cosimo Marco. Invalidità degli atti giuridici. *Revista di Diritto Civile*, I parte, p.225-232,1989.

MELILLO, Generoso. *Contrahere, pacisci, transigere. Contributi allo studio del negozio bilaterale romano*. Napoles: Liguori, 1994.

MELLO, Marcos Bernardes de. *A Teoria do Fato Jurídico: plano da existência*. São Paulo: Saraiva, 1995.

MESSINEO, Francesco. *Doctrina General del Contrato*. Buenos Aires: EJE, 1986. t. 1

MICHELON JR., Cláudio Fortunato. *Enriquecimento sem Causa e Medidas Restituições*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. (prelo)

_____. Ensaio Sobre a História, as Possibilidades e os Limites de Uma Teoria das Invalididades dos Atos Jurídicos. *Revista do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, n. 40, p. 47-74, jan./jun, 1998.

MIRANDA, José Gustavo Souza. A proteção da confiança nas relações obrigacionais. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, DF, v. 38, n. 153, p. 131-149, jan./mar. 2002.

MORAES, Maria Celina Bodin de. Constituição e Direito Civil: Tendências. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 89, n. 779, p. 47-63, set. 2000.

MOREIRA ALVES, José Carlos. A formação do contrato obrigatório: suas raízes romanas. *Revista da Faculdade de Direito da USP*, São Paulo, v. 93, 1998.

_____. *A parte geral do novo Código Civil*. São Paulo. Saraiva, 1986.

NALIN, Paulo. *Do contrato: conceito pós-moderno. Em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional*. Curitiba: Juruá, 2003.

NEGREIROS, Teresa. *Teoria do Contrato: novos paradigmas*. São Paulo: Renovar, 2002.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 21. ed. rev. atual. Por Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Lesão nos Contratos*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

PERLINGIERI, Pietro. *Il diritto civile nella legalità Costituzionale*. Napoli: Scientifiche Italiane, 1991.

PETIT, Eugène. *Tratado elemental de derecho romano*. Trad. José Ferrández González. Buenos Aires: Editorial Universidad SRL, 1999.

PINTO, Paulo Mota. Requisitos de relevância do erro nos princípios de direito europeu dos contratos e no Código Civil português. In: *Estudos em homenagem ao professor doutor Inocêncio Galvão Telles*. Coimbra: Almedina: 2003, v. 4, p. 43-139.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsó, 1954.

PRATA, Ana. *Tutela Constitucional da Autonomia Privada*. Coimbra: Almedina, 1982.

PREDIGER, Carin. A noção de sistema no Direito Privado e o Código Civil como eixo central. In: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). *A Reconstrução do Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 145-173.

RAISER, Ludwig. O futuro do direito privado. *Revista da Procuradoria Geral do Estado do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, v. 25, p. 11-30, 1979.

REALE, Miguel. *Fontes e modelos do direito: para um novo paradigma hermenêutico*. São Paulo: Saraiva, 1994.

_____. *O Projeto de Código Civil: situação atual e seus problemas fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1999.

RIEG, Alfred. Le contrat dans les doctrines allemands du XIXe siècle. *Archives de Philosophie du Droit*, Paris, n. 13, p. 31-49, Sirey, 1968.

RIZZARDO, Arnaldo. Direitos dos negócios jurídicos. In: _____. *Parte geral do novo Código Civil*. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 469-514.

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

ROUSSEAU, Jean Jacques. *El contrato social*. Barcelona: Edicomunicación, 1998.

SILVA, Luis Renato Ferreira da. A função social do contrato no novo Código Civil e sua conexão com a solidariedade. In: *O novo Código Civil e a Constituição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 127-150.

_____. *Revisão do contratos: do Código Civil ao Código do Consumidor*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

TEPEDINO, Gustavo, BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. v. 1.

TEPEDINO, Gustavo. *A Parte Geral do Novo Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

THEODORO JR., Humberto. *Comentários ao novo Código Civil: Livro III – Dos fatos jurídicos: do negócio jurídico. Arts. 138 a 184*. 2. ed. Coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. 3, t. 1.

_____. Lesão e fraude contra credores no projeto de novo Código Civil brasileiro. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 89, n. 711, p. 11-37, jan. 2000.

VELOSO, Zeno. *Invalidez do Negócio Jurídico*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

VILLEY, Michel. *Direito Romano*. Porto-Portugal: Rés-Editora, s/d.

_____. Essor et Décadence du Voluntarisme Juridique. In: *Leçons d'Histoire de la Philosophie du Droit*. Paris: Dalloz, 1962.

VILLEY, Michel. *Leçons D'Histoire de la Philosophie du Droit*. Paris: Dalloz, 1962.

_____. Signification philosophique du droit romain. *Archives de Philosophie du Droit*, t. 26, p. 385, 1981.

WEINRIB, Ernest J. *The idea of private law*. Cambridge: Harvard University Press, 1995.

WIEACKER, Franz. *História do Direito Privado Moderno*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.

ZATTI, Paolo; COLUSSI, Vittorio. *Lineamenti di Diritto Privato*. 7. ed. Padova: CEDAM, 1999.