

# VÍCIOS DO CONSENTIMENTO NOS CONTRATOS DE SAÚDE

## VICES OF CONSENT IN HEALTH CONTRACTS

**Marcelo Lamy**

Doutor, Mestre e Bacharel em Direito. Vice-Coordenador e Professor Permanente do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito da Saúde da Universidade Santa Cecília (Unisantia). Líder do Grupo de Pesquisa CNPq “Direitos Humanos e Desenvolvimento Sustentável”. Coordenador do Laboratório de Políticas Públicas e do Observatório dos Direitos do Migrante. Advogado.

**Fernando Reverendo Vidal Akaoui**

Doutor, Mestre e Bacharel em Direito. Coordenador e Professor Permanente do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito da Saúde da Universidade Santa Cecília (Unisantia). Promotor de Justiça.

---

**Resumo:** Trata-se de uma revisão crítica da teoria dos vícios do consentimento, causa de anulabilidade dos negócios, tendo em vista o universo peculiar dos contratos de saúde, pois somente o vício do estado de perigo costuma ser invocado nesse tipo de contrato. Descreve e explica os requisitos necessários para a configuração de cada vício de consentimento invalidante. Constatou-se, por fim, a possibilidade de todos os vícios do consentimento serem invocados em contratos de saúde; e, de outro lado, que o estudo desses vícios nos contratos de saúde desvela melhores entendimentos e formas peculiares de aplicação desses institutos. O método utilizado para a coleta de informações foi o da pesquisa documental e bibliográfica; para a análise dos dados, o da leitura analítica, sintópica e comparativa.

**Palavras-chave:** Erro. Dolo. Coação. Lesão. Estado de perigo.

**Abstract:** This is a critical review of the general theory of law about the vices of consent, cause of invalidation of juridical business, considering the peculiar universe of health contracts, because only the state of danger is usually invoked in this type of contract. Describes and explains the requirements necessary for configuring each vice of consent. Finally, it was verified that all vices of consent could be invoked in health contracts. On the other hand, the study of these vices in health contracts reveals better understandings and peculiar forms of application of these institutes. The method used to collect information was the documentary and bibliographic research; and, for the data analysis, the analytical, comparative and syntopic reading.

**Keywords:** Error. Fraud. Coercion. Lesion. State of danger.

**Sumário:** **1** Introdução – **2** Importância da vontade – **3** Vícios na declaração – **4** Os vícios de consentimento (ou da vontade) – **5** Erro próprio (irracionalidade espontânea, essencial, escusável e reconhecível) – **6** Dolo (irracionalidade provocada) – **7** Coação (liberdade – temor provocado ao dano iminente e considerável) – **8** Estado de perigo (liberdade – temor ao perigo; reconhecido) – **9** Lesão subjetiva (consciência – inexperiência, ou liberdade – necessidade; desproporcionalidade) – **10** Síntese – **11** Conclusão

## 1 Introdução

As relações jurídicas que envolvem a saúde soem revestir-se da natureza contratual. Ao se estabelecer diretamente um serviço de assistência médica, odontológica, nutricional, fisioterápica etc., ao se disponibilizar uma rede de assistência médica ou uma cobertura financeira pelo seguro-saúde, constituem-se contratos.

Ganha relevo, portanto, o estudo dos vícios de formação dos contratos nesse universo peculiar dos contratos de saúde.

A presente pesquisa dedica-se a desvelar criticamente o melhor entendimento e a melhor aplicabilidade dos vícios da vontade ou do consentimento (erro, dolo, coação, estado de perigo e lesão) com o olhar voltado para os contratos de saúde.

Deixaram-se de lado os vícios da simulação e da fraude contra credores. O primeiro, por se tratar de um vício da declaração e não do consentimento; o segundo, por se tratar de um vício social e não da vontade.

O método utilizado para a coleta de informações foi o da pesquisa documental (normativa nacional e estrangeira, e jurisprudencial nacional) e bibliográfica (delimitada pelos autores clássicos do direito civil e pelos textos científicos voltados especificamente para algum dos vícios da vontade). Para a análise dos dados, utilizou-se a leitura analítica, sintópica e comparativa; da qual resultou o aporte crítico dos autores do presente texto.

## 2 Importância da vontade

Todo contrato ancora-se na manifestação da vontade e na formação do consenso. Começa a se formar, do ponto de vista lógico (não necessariamente cronológico), a partir da manifestação da vontade de uma ou mais pessoas que almejam formar compromissos, ou solucionar um existente, ou modificá-lo (potencial constitutivo, extintivo ou modificativo); que consiste, em termos práticos, em dar alguma coisa, ou em fazer ou não fazer algo; e que se faz com a intenção verdadeira de cumprir e de conceder a quem se dirige a prerrogativa de exigir o seu cumprimento. Forma-se, no entanto, pelo concurso das vontades, pelo consenso em formar, resolver ou modificar compromissos. É a aceitação do compromisso pelo destinatário (contratos unilaterais) ou a aceitação recíproca dos compromissos (contratos sinalagmáticos) que constitui definitivamente o contrato.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> POTHIER, Robert Joseph. *Tratado das obrigações*. Tradução de Adrian Sotero de Witt Batista e Douglas Dias Ferreira. Campinas: Servanda, 2001. p. 30-33.

Nosso direito civil, como todos os direitos estrangeiros desde o século XIX, foi conformado a partir dos paradigmas vontade e consenso: *solus consensus obligat*.

O Código Civil francês de 21.3.1804 (Código Napoleônico) pode ser considerado o grande marco desse olhar imerso na ideologia do *laisser contracter*, especialmente em razão do estatuído em alguns de seus artigos: do art. 1.101 que considera o contrato uma convenção; do art. 1.108 que elenca quatro requisitos essenciais para a validade do contrato – consentimento, capacidade, objeto certo e causa lícita; do art. 1.109 que considera inválido o consentimento acompanhado de erro, arrancado com violência ou obtido mediante dolo; e, de um modo especial, do art. 1.134 que atribui ao consenso válido a força de lei entre as partes – as convenções legalmente formadas têm força de lei para aqueles que as fizeram (*Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites*).

Somente no século XX o paradigma do consenso foi realmente matizado, ganhando força a disciplina legal supletória e substituidora da vontade das partes. De um lado, para suprir as vontades incompletas ou lacunosas, dando maior dinamicidade aos contratos, aos negócios; de outro, para impedir o abuso das posições contratuais, da autonomia das partes mais fortes da relação. Nesse sentido o avanço dos princípios da boa-fé objetiva, da função social dos contratos e do equilíbrio nas legislações ocidentais.

De qualquer forma, não havendo ofensa à lei, aos costumes ou à ordem pública, voltamos ao núcleo do contrato, à vontade e ao consenso.

O contrato ainda tem como base a vontade dos contratantes. Há que se verificar, portanto, se a vontade deles é consciente, racional e livre. Se faltar a adequada representação do que envolve o negócio (racionalidade), a adequada percepção da transcendência da manifestação de seu compromisso (consciência) ou a espontaneidade de sua decisão (liberdade), o contrato não é perfeito e tem de poder ser impugnado para que os contratantes não sejam afetados pelo que não quiseram, muito embora o direito, nessa matéria, em função de pender mais para a utilidade e para a pacificação social (princípio da conservação dos contratos), somente admita a impugnação dos contratos em contadas e estreitas ocasiões que a tradição jurídica e o direito positivo sistematizou.<sup>2</sup>

A admissão da transcendência invalidante dos vícios de vontade recai em seara de clara tensão entre a fidelidade à vontade e as necessidades ou conveniências do mundo dos negócios, que reclamam a estabilidade dos contratos.

<sup>2</sup> LACRUZ BERDEJO, Jose Luis *et al.* *Elementos de derecho civil II. Derecho de obligaciones. Parte general, Teoría general del contrato*. 3. ed. Barcelona: Jose Maria Bosch Editor, 1994. v. 1. p. 377.

A solução dos ordenamentos hodiernos inclina-se pelos postulados sociais da segurança e, justamente por isso, os vícios, para serem admitidos, têm de ultrapassar diversos obstáculos. Somente quando se enxergam disfunções intoleráveis, os ordenamentos consentem com a impugnação do contrato concluído com vício, desde que as partes tomem essa iniciativa. O princípio da conservação dos contratos, o princípio da boa-fé, o princípio da segurança jurídica são, ademais, obstáculos que se somam a todos os requisitos especificados para cada tipo de vício.<sup>3</sup>

Sobre o antagonismo desses interesses, pronunciou-se Silvio Rodrigues, no seguinte sentido:

essa proteção conferida ao autor da declaração colide, de certo modo, com um outro interesse que a ordem jurídica precisa proteger: o de segurança das relações negociais. Se alguém, externando uma vontade, cria uma expectativa no meio social e vincula a essa declaração terceiros pessoas, que razoavelmente a imaginaram válida, é perigoso, e possivelmente injusto, permitir o desfazimento do negócio pela arguição do vício de vontade. Surgem, com efeito, dois interesses antagônicos: de um lado, o interesse do emissor da declaração; de outro, o interesse daqueles a quem se dirigia a declaração e que nela justamente confiaram.<sup>4</sup>

Nosso ordenamento jurídico vigente trata dos vícios de consentimento no capítulo sobre os defeitos do negócio jurídico, que, por seu turno, também traz outra espécie de mácula a ato jurídico desta natureza, qual seja, o vício social, que, atualmente, está restrito à fraude contra credores, já que a simulação, no Código Civil de 2002, passou a ser considerada caso de nulidade.

### 3 Vícios na declaração

Embora o objeto do presente estudo recaia sobre os vícios da vontade, convém ter em conta que há vícios que podem atingir os negócios que não residem na vontade interna, mas na vontade exteriorizada, na manifestação. Quando o vício reside na vontade interna, a declaração e essa vontade estão em conformidade. Quando o vício recai na vontade exteriorizada, há divergência entre a declaração e

<sup>3</sup> LACRUZ BERDEJO, Jose Luis *et al.* *Elementos de derecho civil II*. Derecho de obligaciones. Parte general, Teoría general del contrato. 3. ed. Barcelona: Jose María Bosch Editor, 1994. v. 1. p. 383.

<sup>4</sup> RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*: parte geral. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 1. p. 184-185.

a vontade interna. Os vícios na declaração podem ser o erro impróprio, a reserva mental e a simulação.<sup>5</sup>

*Erro impróprio ou obstativo* é o equívoco que recai apenas na declaração, na vontade exteriorizada, não na vontade interna. Querendo algo, por equívoco, formula-se uma declaração que diz algo diverso. Utiliza-se uma palavra inadequada por ignorância do seu significado ou por distração (“uso” em vez de “usufruto”, por exemplo); refere-se a uma pessoa de forma imprecisa (“Silveira”, em vez de “da Silva”, por exemplo); indica-se mal um objeto (“cinza”, em vez de “grafite”, por exemplo); faz-se toda a indicação dos custos que têm de ser suportados e equivoca-se no cálculo final.

Para esses equívocos, a solução consiste em corrigir a vontade exteriorizada para que corresponda à vontade interna, preservando a validade do negócio. Assim estatui nosso Código Civil, como regra geral:

Art. 142. O erro de indicação da pessoa ou da coisa, a que se referir a declaração de vontade, não viciará o negócio quando, por seu contexto e pelas circunstâncias, se puder identificar a coisa ou pessoa cogitada.

Art. 143. O erro de cálculo apenas autoriza a retificação da declaração de vontade.

No entanto, quando é imputável ao declarante uma conduta inadequada como causa do equívoco na declaração (foi imprudente, leviano ou negligente), em função do princípio da confiança (boa-fé da outra parte) e do princípio da segurança dos negócios jurídicos, o negócio deve ser levado a cabo nos termos da vontade exteriorizada. Logicamente, se dessa forma restar garantido o não prejuízo da outra parte.

Na *reserva mental*, alguém declara algo que não corresponde à sua vontade, e faz isso não por equívoco, mas conscientemente. Nesse caso, nosso direito ignora a reserva mental e assegura validade plena ao manifestado (art. 110 do CC/2002).

Na *simulação*, há também consciência de que a vontade exteriorizada não corresponde à vontade interna, mas faz-se com intuito de mascarar algo, de sorte a prejudicar terceiros ou burlar a lei. Ou se exterioriza algo e na realidade não há nenhum negócio real (simulação absoluta). Ou se exterioriza algo para camuflar o negócio que realmente existe por detrás (simulação relativa) – faz-se, por exemplo, um contrato de doação, quando se trata de compra e venda. Em ambos os casos

<sup>5</sup> RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de direito civil*. Introdução e parte geral. Direito das pessoas. Tradução de Paulo Capitanio. 1. ed. atual. por Paulo Roberto Benasse. Campinas: Bookseller, 1999. v. 1. p. 328.

o negócio simulado será eivado de invalidade. Na simulação relativa, se o negócio camuflado contiver todos os elementos substanciais e formais exigidos para si, este será considerado como o negócio existente. Em qualquer dos casos, se terceiro de boa-fé for prejudicado pela desconsideração do negócio falso, este será protegido: para ele, o simulado será considerado existente e válido, para que possam ser assegurados os seus direitos (art. 167, §2º do CC/2002).

#### 4 Os vícios de consentimento (ou da vontade)

Como acima já indicado, nas hipóteses de vício de vontade, o declarante a emite de determinada forma, ou por acreditar que ela corresponde a dada situação fática inexistente (casos do erro ou dolo), por temor de mal a si ou a familiar (caso da coação) ou por necessidade premente (casos da lesão e do estado de perigo). Portanto, seja em uma ou outra situação, a vontade exteriorizada não corresponde à vontade real do declarante.

Cumpra apontar que a lesão e o estado de perigo foram introduzidos no Código Civil de 2002, mas não sem antes terem sido objeto de estudo por parte da doutrina, que já apontava para a necessidade de expressa previsão destes institutos em nosso ordenamento jurídico, bem como um acolhimento às avessas por parte de nossa jurisprudência, que em alguns casos reconheciam como prática de coação tais condutas hoje tipificadas como de lesão ou estado de perigo, inclusive em casos de negócios jurídicos na área da saúde.

De se observar, ainda, que a opção do legislador, desde a edição do Código Civil de 1916, foi no sentido de não considerar os vícios de consentimento como insanáveis, não lhes atribuindo, conseqüentemente, a pecha de atos nulos, sendo certo que, quando entendeu, por ocasião do projeto de Novo Código Civil, que a simulação não poderia ser mais tolerada como ato anulável, acabou por deslocá-la para o capítulo que trata da invalidade do negócio jurídico.

Anota Paulo Lôbo:

os defeitos dos negócios jurídicos, por radicarem em manifestação de vontade deficiente, mas não insuficiente, dizem respeito à proteção dos interesses particulares envolvidos, razão por que não são necessariamente nulos. Apenas as partes ou terceiros prejudicados pela exteriorização de vontade deficiente têm interesse na declaração judicial da invalidade do negócio jurídico. Se não o fazem, o negócio jurídico produz todos os efeitos jurídicos decorrentes. A deficiência não impede que o negócio jurídico transite no plano de eficácia.<sup>6</sup>

<sup>6</sup> LÔBO, Paulo. *Direito civil*. Parte geral. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 259.

Na atualidade os vícios de vontade tomam uma dimensão ainda maior, na medida em que se propõe uma *função social da autonomia privada*, de sorte a mitigar a autonomia da vontade, e a determinar que as partes ajam com boa-fé objetiva, o que induz a um rol de deveres anexos, que são intrínsecos à relação contratual.

Sobre o tema, Claudia Lima Marques discorre de forma magistral, lembrando:

[...] boa-fé objetiva significa, portanto, uma atuação “refletida”, uma atuação refletindo, pensando no outro, no parceiro contratual, respeitando-o, respeitando seus interesses legítimos, suas expectativas razoáveis, seus direitos, agindo com lealdade, sem abuso, sem obstrução, sem causar lesão ou desvantagem excessiva, cooperando para atingir o bom fim das obrigações: o cumprimento do objetivo contratual e a realização dos interesses das partes.<sup>7</sup>

Certamente aquele que dá causa a um vício de consentimento afasta-se dos deveres acima nomeados, e, apesar de não sofrer como consequência imediata a invalidade do negócio jurídico, fica sujeito, a depender da iniciativa da outra parte ou de terceiros lesados em ricochete, a que o ato seja anulado.

Passamos, a seguir, à análise dos vícios de vontade expressamente previstos em nosso Código Civil de 2002.

## 5 Erro próprio (irracionalidade espontânea, essencial, escusável e reconhecível)

Erro é a defeituosa representação sobre o objeto do negócio, sobre uma pessoa ou sobre um direito que se leva em conta para formar e manifestar a vontade e, em consequência, concluir um acordo. Para o erro invalidante restar configurado, é necessário que se estabeleça a divergência entre o manifestado e o que havia de se manifestar se não houvesse o equívoco.<sup>8</sup>

A divergência tem de ter importância para o manifestante e importância transcendente a ele – é razoável para o declarante e para todos que a divergência seja tida como relevante.<sup>9</sup>

<sup>7</sup> MARQUES, Claudia Lima Marques. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 222.

<sup>8</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Parte geral. Validade. Nulidade. Anulabilidade. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970. t. IV. p. 273.

<sup>9</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Parte geral. Validade. Nulidade. Anulabilidade. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970. t. IV. p. 285-286.

Ademais, a divergência não é uma questão de simples equívoco nas letras, mas na vontade interna. O equívoco no texto pode ser superado pelo nosso regime que permite interpretar as declarações de vontade pela intenção (art. 112 do CC/2002). A interpretação que resgata a intencionalidade, no entanto, tem de ancorar-se no contexto textualmente estabelecido; não pode contrariar o texto sem os outros textos. Somente a identificação do erro permite juridicamente contestar o texto escrito sem esse suporte.

De qualquer forma, o erro é o maior defeito dos contratos, pois implica logicamente a ausência do consentimento, base da formação deles. Não pode haver consentimento se as partes em verdade se equivocaram sobre o que queriam.

Todavia, como acima anotado, a divergência que tem importância para o declarante, e pode levar à anulação do negócio jurídico, é o denominado *erro substancial*, ou seja, de tal natureza que, se o declarante tivesse conhecimento sobre a real situação fática, não agiria da mesma forma.<sup>10</sup> Como pontua Affonso Dionysio Gama:

o erro pode ser substancial ou acidental. É substancial, quando interessa à natureza do ato, o objeto principal da declaração, ou alguma das qualidades a ele essenciais (Cód. Civ., art. 87); e ainda quando disser respeito a qualidades da pessoa, a quem se refira a declaração de vontade (Cód. Civ., art. 88). É acidental, quando versa apenas sobre as qualidades secundárias do objeto, sobre os motivos do contrato, quando não são eles as circunstâncias que o determinaram principalmente; e sobre a pessoa do contratante, quando a consideração pessoal nada importa à intenção do outro contratante.<sup>11</sup>

Felizmente, o *erro substancial* foi delineado pelo legislador, de sorte a não legar ao intérprete o trabalho de desnudar o conceito de termo tão aberto:

Art. 139. O erro é substancial quando:

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

<sup>10</sup> Nesse sentido: “Nos termos do art. 184 do CC/02, a nulidade parcial do contrato não alcança a parte válida, desde que essa possa subsistir autonomamente. Haverá nulidade parcial sempre que o vício invalidante não atingir o núcleo do negócio jurídico. Ficando demonstrado que o negócio tem caráter unitário, que as partes só teriam celebrado se válido fosse em seu conjunto, sem possibilidade de divisão ou fracionamento, não se pode cogitar de redução, e a invalidade é total” (STJ, 3ª T. REsp nº 981.750/MG. Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 13.4.2010. *DJe*, 23 abr. 2010).

<sup>11</sup> GAMA, Affonso Dionysio. *Teoria e prática nos contratos por instrumento particular no direito brasileiro*. 10. ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1951. p. 40.

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

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

O equívoco, que há de se buscar na manifestação na vontade exteriorizada, embora resida na vontade interna, pode recair sobre a natureza do negócio (*error in negotio*); sobre a coisa (*error in corpore*); sobre qualidade da coisa que se teve em vista (*error in qualitate substantia*); sobre a pessoa (*error in persona*) – quando a consideração da pessoa é relevante, como nos contratos *intuito personae* (nos contratos em que a identidade ou qualidade de uma pessoa é essencial; nos contratos ancorados na confiança, como são o depósito, o mandato e o de sociedade); sobre a quantidade do objeto (*error in quantitate*) ou sobre o direito (*error iuris*) que seja causa do negócio (art. 139 do CC/2002).

O erro sobre a qualidade da coisa ou da pessoa há de ser tal que, pela falta, importe em ter-se a coisa ou a pessoa como outra.

O erro sobre a coisa ou sobre a qualidade da coisa tem de projetar seus efeitos sobre a vontade de querer ou não o objeto, no momento da formação do contrato. Não se confunde com a divergência que venha a surgir sobre o objeto que se quis e o que se apresentou no momento da execução em função de algum vício redibitório. O defeito oculto do objeto que aparece na execução do contrato insere na relação uma questão de eficácia e não de validade; implicando a possibilidade rescisória ou de abatimento de preço.

Toda causa de nulidade ou anulabilidade tem de ser lógica e cronologicamente anterior ou, no máximo, concomitante ao ato jurídico eivado de vício. Causas posteriores, se ilícitas, podem afetar a eficácia do negócio ou simplesmente produzir danos (ato ilícito absoluto); por isso, podem dar ensejo à rescisão do negócio ou à reparação, mas não à invalidade.<sup>12</sup>

O equívoco sobre o motivo, em princípio, não induz à invalidade. Para Pufendorf, se a outra parte tiver conhecimento do motivo, deveria anular o contrato. Para Barbeyrac, porém, não existe razão para se presumir que as partes quisessem fazer com que sua convenção dependesse do motivo, tal como se fosse uma condição.<sup>13</sup> Nosso regime desenhou uma solução compatível com esses dois posicionamentos: se o motivo estiver expresso como razão determinante, pode

<sup>12</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Parte geral. Validade. Nulidade. Anulabilidade. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970. t. IV. p. 327.

<sup>13</sup> POTHIER, Robert Joseph. *Tratado das obrigações*. Tradução de Adrian Sotero de Witt Batista e Douglas Dias Ferreira. Campinas: Servanda, 2001. p. 46-47.

ser invocado para anulação (art. 140 do CC/2002). Ocorre que nessa hipótese não se está mais diante de um simples motivo, mas da causa do negócio jurídico.

De fato, levar em conta de forma genérica o erro de motivo como causa de anulação poderia trazer a incerteza e a insegurança aos negócios. No entanto, se a motivação errônea é clara à outra parte (mesmo que não expressa) e implica a ausência de causa, ou seja, em um equívoco sobre a existência de algum elemento que a parte considerasse essencial ao negócio, parece-nos adequada a via da anulação.<sup>14</sup>

Seus requisitos são: essencialidade, escusabilidade e reconhecibilidade. Há de ser um equívoco essencial, determinante da emanção da vontade, e não um mero equívoco material superável (arts. 142 e 143 do CC/2002). Há de ser escusável, justificável, pois uma pessoa com diligência normal também se equivocaria (art. 138 do CC/2002). Há de ser reconhecível pela outra parte no momento da contratação.

Se a outra pessoa não sabia e não tinha como saber, não pode ser prejudicada; deve-se prestigiar a boa-fé da outra parte e preservar o negócio. Ou seja, a reconhecibilidade é imprescindível para a constatação da boa ou da má-fé da contraparte.

Se irreconhecível pela outra parte, esta agiu de boa-fé, devendo ser preservada sua situação jurídica, o negócio. Se reconhecível, mas a parte advertiu o outro que ainda assim permaneceu no erro, parece-nos que a solução também há de ser a preservação do negócio. Por outro lado, se ambas as partes contratuais recaem em erro escusável e essencial, a anulabilidade se apresenta, mas não é razoável exigir-se a reconhecibilidade.

Para alguns autores (Flávio Tartuce, Silvio Venosa, Gustavo Tepedino, Cristiano Chaves de Farias, Nelson Rosendal, entre outros), o requisito da escusabilidade não pertence ao regime brasileiro, que privilegiou a reconhecibilidade.<sup>15</sup> É também o entendimento extraído do Enunciado nº 12 da I Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal.<sup>16</sup> Filiamo-nos ao outro grupo (Maria Helena Diniz, Silvio Rodrigues, Carlos Roberto Gonçalves, Álvaro Villaça Azevedo, entre outros). Em primeiro lugar, porque nos parece aplicável a parêmia de que ninguém pode tirar vantagens de sua própria torpeza. Em segundo, pois a escusabilidade parece-nos imprescindível para não recairmos em desequilíbrio injusto em favor do

<sup>14</sup> LACRUZ BERDEJO, Jose Luis *et al.* *Elementos de derecho civil II. Derecho de obligaciones. Parte general, Teoría general del contrato*. 3. ed. Barcelona: Jose Maria Bosch Editor, 1994. v. 1. p. 383.

<sup>15</sup> TARTUCE, Flávio. *Direito civil. Lei de Introdução e Parte Geral*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. v. 1. p. 386-387.

<sup>16</sup> "Na sistemática do art. 138, é irrelevante ser ou não escusável o erro, porque o dispositivo adota o princípio da confiança".

declarante. Sem ela, a alegação de erro poderia transformar-se em mecanismo alargado de um arrependimento inconsequente, até mesmo em mecanismo aberto a consolidação de trapaças. Por fim, porque a escusabilidade não deixa de ser mais um filtro para se verificar, de forma indireta, a essencialidade do equívoco.

Essa divisão nasceu por dois motivos. De um lado, pela imprecisão dos termos legais positivados: “erro substancial que poderia ser percebido por pessoa de diligência normal”. Percebido pelo emitente, por isso escusável? Ou percebido pelo receptor, por isso reconhecível? De outro, porque normativas modernas (como o Código Civil italiano)<sup>17</sup> ancoram-se apenas na reconhecibilidade (ou seja, na presença ou ausência da confiança entre as partes, ou boa-fé). De qualquer forma, parece-nos que tanto a escusabilidade quanto a reconhecibilidade devem ser perscrutadas, assim como essa deva ser a tendência jurisprudencial.<sup>18</sup>

O erro não produzirá efeitos se a pessoa a quem se dirigiu a declaração se oferecer a executar a vontade real do manifestante (art. 144 do CC/2002). Esse regime advém da vetusta ideia consolidada no Código de Obrigações suíço, vigente desde o começo do século XX, que estabelece o seguinte: a parte que foi vítima do erro fica obrigada pelo contrato que entendia fazer se a outra parte se declara pronta a executar o ajuste corrigido.<sup>19</sup> Trata-se de uma aplicação bem lata do princípio da conservação dos negócios.

Porém, não nos parece aplicável tal dispositivo, se o erro recair sobre a identidade ou qualidade de pessoa e se estivermos diante de contratos verdadeiramente *intuito personae*. Essa hipótese não é compatível com esse desenho de salvamento do negócio.

Em função do requisito da reconhecibilidade, o erro perfila-se como uma das formas de se lesar a boa-fé. Razão pela qual, o seu reconhecimento em juízo deve implicar a punição do que dele se aproveitou, restituindo o equivocado de tudo o que vier desembolsado, seguindo a orientação final do art. 606 do CC/2002.

Por fim, há que se fazer ressalva relacionada ao prazo para a impugnação desse vício, em nosso ordenamento (4 anos), nos casos em que o contrato passa ao adimplemento ou até mesmo é plenamente adimplido.

A boa-fé é princípio que projeta seus efeitos não somente na celebração do contrato, mas em seu cumprimento e até mesmo após a conclusão do pacto. Se a

<sup>17</sup> Cf. *Codice Civile* italiano: “Art. 1428. Rilevanza dell’errore. L’errore è causa di annullamento del contratto quando è essenziale ed è riconoscibile dall’altro contraente”; “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”.

<sup>18</sup> JORGE JÚNIOR, Alberto Gosson. Do erro ou ignorância. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (Coord.). *Teoria geral do direito civil*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 499-507.

<sup>19</sup> Cf. Código de Obrigações suíço: “Art. 25, 2. La parte in errore deve in ispecie osservare il contratto nel senso da essa inteso, tostoché la controparte vi si dichiara pronta”.

boa-fé de uma das partes pode ter o condão de impedir a anulabilidade da celebração, o comportamento de aceitação do adimplemento – após a celebração viciosa, ainda mais quando presente em todo o adimplemento, dever impedir também a projeção dos efeitos decorrentes da invalidade.

Alinha-se a essa preocupação o regime do BGB (§121/1) que, a partir do conhecimento do vício, exige que a impugnação do negócio celebrado com erro se dê sem atraso ou demora culpável.

O ordenamento nacional prevê a possibilidade de o negócio anulável ser confirmado pelas partes de maneira expressa (arts. 172 e 173 do CC/2002) ou comportamental (arts. 174 e 175 do CC/2002). Dessa forma, o contratante que voluntariamente executa o contrato anulável, ciente de sua anulabilidade, fica impedido de impugná-lo. Assim, preserva-se o princípio da boa-fé no seu argumento tópico *nemo potest venire contra factum próprio*.<sup>20</sup>

O erro detectado em contrato de saúde que se revista da inescusabilidade, ou da não substancialidade ou da irreconhecibilidade não é invalidante. Por outro lado, o erro invalidante de contrato de saúde tem de ser tido como superado se aquele que o poderia impugnar o executa voluntariamente e com consciência da sua anulabilidade.

## 6 Dolo (irracionalidade provocada)

Dolo é um artifício empregado por alguém, por ação ou por omissão, para que outrem, enganado (também se opera a falsa representação), venha a emitir seu consentimento em contratar ou em contratar de determinada forma especial.

Sua constatação depende da identificação de três pontos: do elemento objetivo – meio ou ato externo comissivo ou omissivo pelo qual se realiza o engano; do elemento subjetivo – ânimo de enganar; do elemento essencialidade – o engano ser determinante, constituir efetivamente a causa de fechar o negócio (art. 145 do CC/2002).

O *elemento objetivo*, a conduta artificiosa, pode ser constatada por palavras, meias palavras, reticências, informações imprecisas ou incompletas, pela não advertência de algo relevante; ou seja, quaisquer maquinações e até mesmo a omissão. São todos os meios que pareçam ultrapassar a correção de atitudes que deveria guardar qualquer contratante e que visem captar uma vontade equivocada.

<sup>20</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*. Contratos, teoria geral. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. v. 4. t. I. p. 124.

É certo que o silêncio, a omissão do dever de informar, a conduta omissiva podem caracterizar também o erro. Será o elemento subjetivo que tornará a omissão uma forma de dolo.

No direito brasileiro, o silêncio, porque previsto expressamente (art. 147 do CC/2002), caracteriza o dolo sem que seja necessária qualquer ginástica lógica de o caracterizar como uma contrariedade do dever de informar.<sup>21</sup> É necessário apenas que o silêncio esteja inserido na tônica geral aplicável ao dolo comissivo, ou seja, a da verificação simultânea do elemento subjetivo, da intenção de enganar.<sup>22</sup> O silêncio, em outras palavras, há de ser intencional, deliberado, e não meramente culposo.<sup>23</sup>

O *elemento subjetivo* é o ânimo consciente de enganar. Ou seja, é preciso que se conheça a relação causal entre o ato (positivo ou negativo) de dolo e manifestação da vontade da outra parte. Assim como é preciso o enganar. Não é necessário que se queira causar prejuízo. Assim como não é preciso que efetivamente se obtenha vantagem (proveito material) ou efetivamente se produza o prejuízo (dano material).

A parte que comete o dolo tem de conhecer a determinação (provocativa, fortalecedora ou mantenedora) que sua trama faz na psique do outro; ademais, tem de atuar ou omitir-se com o propósito de induzir à manifestação do outro. A constatação do elemento subjetivo tem de recair, portanto, somente sobre a consciência dos efeitos da trama enredada e sobre a intenção de obter o consentimento ancorado no equívoco.

Há um tipo de dolo ou ânimo tolerado, o *dolus bonus*. Aquele que a valoração ordinária das circunstâncias correntes da vida cotidiana considera comum do mundo dos negócios. É considerado, por exemplo, dolo tolerável louvar excessivamente um produto, pois trata-se de um exagero típico do mundo dos negócios.

O dolo que não se tolera é o *dolus malus*, o dolo que engana, o ânimo de fraude, obtendo ou não vantagem, causando ou não prejuízo.

Emilio Betti anota:

por dolo nos contratos entende-se qualquer forma de artifício idôneo para enganar outrem, que vá além daquele gênero de velhacarias

<sup>21</sup> Como faz o art. 253, 2 do Código Civil português: “Não constituem dolo ilícito as sugestões ou artifícios usuais, considerados legítimos segundo as concepções dominantes no comércio jurídico, nem a dissimulação do erro, quando nenhum dever de elucidar o declarante resulte da lei, de estipulação negocial ou daquelas concepções”.

<sup>22</sup> SILVA, Luis Renato Ferreira da. Do dolo. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (Coord.). *Teoria geral do direito civil*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 528.

<sup>23</sup> SILVA, Luis Renato Ferreira da. Do dolo. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (Coord.). *Teoria geral do direito civil*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 521.

que podem considerar-se permitidas às partes, naquela luta da astúcia que costuma travar-se nas negociações para um contrato a título oneroso. O critério de delimitação entre dolo ilícito (aquilo a que os romanos chamavam de *dolus malus*), deduz-se da correção que as partes são obrigadas a observar no decorrer das negociações (arts. 1.337 e 1.175);<sup>24</sup> e a diagnose para ver se astúcia usada no caso deixava de pé a correção de uma das partes e apenas comprometia o senso crítico e a auto-responsabilidade de contraparte, deve ser referida aos pontos de vista dominantes numa sociedade, como é a dos nossos dias, na prática corrente do comércio. Como, de um modo geral, o critério distintivo do lícito e do ilícito, também este é resultante de uma avaliação contingente e variável, que se dirige à consciência social. De acordo com ela, devem qualificar-se de lícitas aquelas artimanhas, malícias e enganos, que a opinião comum tolera, como inócuas e naturais, no comércio, porque todos, em igualdade de condições, costumam adotá-las no gênero de contratação em questão (por ex., todos os ofertantes as usam para valorizar a mercadoria), e por outro lado, todo o contratante cauteloso, sabendo que essa é a prática usual, está presumido para não lhes prestar uma fé cega e, a resolver-se a celebrar o contrato, só as tem naquela consideração relativa que elas podem merecer.<sup>25</sup>

Todavia, no âmbito das relações de consumo, tais espécies de dolo, mesmo o *dolus bonus*, não são toleradas, se acabarem por se traduzir em erro a induzir o consumidor, caracterizando-se como publicidade enganosa (§1º, art. 37, CDC). Caracteriza publicidade enganosa, por omissão, a falta de informação sobre dado essencial do produto ou do serviço (§3º, art. 37, CDC), independentemente da intenção de lesar. Ao contrário do sistema civilista, o dolo que dá ensejo à verificação da publicidade enganosa induz à nulidade (art. 51, CDC) e não à anulabilidade.

Nesse diapasão, a lição de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, para quem:

[...] o Código de Defesa do Consumidor vedou qualquer espécie de *propaganda enganosa*, em seu art. 37, impedindo que se conduza o consumidor a qualquer tipo de erro, motivo pelo qual ficou obstado, em sede consumerista, qualquer espécie de exagero, que somente será admitido se não for capaz de induzir o consumidor a erro. Por conta disso, o *dolus bonus* não mais é tolerável no âmbito das relações

<sup>24</sup> Remissão do autor ao *Codice Civile* italiano de 1942.

<sup>25</sup> BETTI, Emilio. *Teoria geral do negócio jurídico*. Campinas: Servanda, 2008. p. 640-641.

de consumo. Outrossim, é preciso realçar que se a malícia perpetrada pelo agente para a celebração do negócio (*dolus bonus*) implicar em violação ao princípio da boa-fé objetiva, transmuda-se em *dolus malus* (ou dolo do mal), tornando o negócio anulável.<sup>26</sup>

Discordamos apenas do desfecho do negócio jurídico, pois, se o dolo passou a não ser tolerável, e este foi o motivo determinante para a realização do ato, então, é caso de nulidade, por aplicação especial da legislação consumerista, e não de mera anulabilidade.

Em princípio, o dano necessário para fundar eventual reparação (por danos), não é condição da anulação e do consequente direito de retornar ao *status quo*.

Ocorre que o dolo sem dano patrimonial ou moral subjetivo comprovado, além de implicar consentimento viciado (razão da anulação), configura acima de tudo a má-fé. A lesão à origem do consentimento (indireta à vontade e direta ao conhecimento – pressuposto da vontade) e ao princípio da boa-fé justifica não somente o reconhecimento da anulabilidade (retirando o compromisso, restituindo o estado anterior), mas também uma eventual indenização punitiva à má-fé (não reparatória).

Na seara da má-fé, o Código de Processo Civil de 1939 trazia duas regras muito relevantes que não foram replicadas no código de 1973, nem no código de 2015, embora nos pareça que ainda podem servir de orientação para a magistratura. Em primeiro lugar, a do art. 252: os atos de má-fé podem ser provados por indícios e circunstâncias. Depois, a do art. 253: na apreciação dos indícios, há que se considerar a natureza do negócio, a reputação dos envolvidos, a verossimilhança dos fatos alegados.

Quanto ao *requisito essencialidade*, há que se entender que somente o dolo que dá origem ao contrato é que justifica a anulabilidade – o dolo essencial, substancial ou principal (art. 145 do CC/2002), embora todo dolo que intervenha nos contratos dê origem ao dever de indenizar (art. 146 do CC/2002). Ocorre que a indenização do dolo acidental seguirá o caminho da responsabilidade aquiliana, ancorando-se na amplitude do dano, não no desfazimento do negócio e na consequente restituição.

Essencial é o dolo que leva o negócio a ser concluído (esse é o dolo invalidante, ato ilícito relativo). Dolo acidental é aquele que não influencia o fechamento do negócio. Diante da existência ou não do dolo acidental, o negócio seria fechado, talvez em outros termos, mas seria fechado (esse é o dolo ato ilícito absoluto).

<sup>26</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil*. Parte geral e LINDB. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2015. v. 1. p. 548.

Diante do dolo acidental, não é possível a anulação, embora seja pertinente a reparação por danos decorrentes de ato ilícito absoluto. Ambos, de qualquer forma, compartilham do seguinte conceito de dolo: “É dolo todo ato, positivo ou negativo, que intencionalmente suscita, fortalece, ou mantém erro de outra pessoa, com a consciência de que esse erro lhe determina ou concorre para lhe determinar a manifestação da vontade”.<sup>27</sup>

O engano essencial do dolo pode ser de diversas espécies, como o engano do erro: sobre o objeto do negócio, sobre a coisa, sobre a qualidade da coisa, sobre a pessoa, sobre o direito. Mas sempre tem de incidir, nos termos do art. 145, sobre a causa, sobre a razão determinante do fechamento do negócio.

Não nos parece adequado aceitar que o dolo essencial poderia restar configurado mesmo se recaísse sobre os motivos. Os motivos, como no caso do erro, tornam-se causa do negócio somente se expressos e conhecidos pelas partes e se, assim, foram tidos como condições ou fatores determinantes. Nesse caso, apenas nesse, o engano induzido sobre os motivos pode vir a configurar dolo essencial.<sup>28</sup>

Parece-nos razoável, em contraponto, que também se exija do enganado a escusabilidade, como forma de equilibrar a análise (como no caso do erro).

Se o artifício foi produzido por *terceiro* e um contratante foi conivente ou tem ou deveria ter conhecimento daquele, aproveitando-se da situação, há causa para a anulação, pois pela omissão também agiu com dolo (art. 148 do CC/2002). No entanto, se desconhecido pelo contratante que vem a se beneficiar, o contrato é válido, cabendo apenas ação de indenização contra o terceiro. Quanto à expressão legal “devesse ter conhecimento”, há que se observar se, pelas circunstâncias ou formas negociais adotadas, pelo relacionamento estreito da parte com o terceiro, esse dever poderia ser construído como uma ilação lógica.

Se os artifícios são colocados por *ambas as partes* contratuais, nosso regime penaliza ambas, nem poderão alegar a anulabilidade, nem poderão reivindicar indenização (art. 150 do CC/2002). Regime que concretiza o velho brocardo *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*.

Na seara dos contratos de saúde, os regimes jurídicos do erro e do dolo ganham relevos especiais, pois o não cumprimento ou o cumprimento imperfeito do dever de informar dos profissionais da saúde, seja culposo ou doloso, torna a caracterização do erro ou do dolo muito mais simplificada. Ausente a informação técnica necessária e suficiente (como: certeza ou incerteza do diagnóstico;

<sup>27</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Parte geral. Validade. Nulidade. Anulabilidade. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970. t. IV. p. 331.

<sup>28</sup> SILVA, Luis Renato Ferreira da. Do dolo. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (Coord.). *Teoria geral do direito civil*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 517-518.

possíveis tratamentos; riscos e efeitos colaterais; incerteza de terapêuticas ou de medicamentos em experimentação etc.), o equívoco essencial (espontâneo ou provocado) pode ser facilmente caracterizado.

## 7 Coação (liberdade – temor provocado ao dano iminente e considerável)

O consentimento que forma os contratos deve ser livre. Se o consentimento de qualquer das partes for obtido mediante pressão ou violência, a vontade e o contrato, por decorrência, podem ser inexistentes ou viciosos.

A vontade e o contrato não existem se o consentimento for obtido pela via da violência física (*vis absoluta*). Nesse caso, o constrangido não age, não quer, nenhuma ação ou parcela de ação é sua, a manifestação da vontade é pura aparência e, por isso, não entra no mundo jurídico. Na *vis absoluta* não há vício, pois não há ato jurídico.

O consentimento obtido pela via da violência moral (*vis compulsiva*), no entanto, não deixa de ser consentimento, embora vicioso (*coacta voluntas, voluntas est*). A escolha pelo contrato para afastar a ameaça não deixa de ser um consentimento.

Para que reste configurada a coação, há que se constatar diversos elementos.

A violência moral há de provocar uma influência precisa no coacto: o medo ou o temor do dano. A violência é causa mediata e o temor é a causa imediata que vicia a vontade.

Não é preciso que a ameaça ou o começo da ação ameaçante seja a única causa da manifestação da vontade, mas há de ser a causa imediata do temor. Basta a demonstração de que sem a coação não haveria o negócio.<sup>29</sup> A coação (violência e temor) tem de ser, portanto, a causa eficiente, determinante. Em outras palavras, também se exige a essencialidade da coação.

O temor, de qualquer forma, há de ser iminente e considerável – não propriamente o dano (art. 151 do CC/2002). O mal receável não precisa estar presente, o medo, sim.<sup>30</sup>

Iminente é o temor que vislumbra o dano se realizar no instante do contrato ou logo a seguir. Por isso, não serão suficientes para viciar o consentimento as ameaças vagas e futuras (embora possa revelar o vício da boa-fé).

<sup>29</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Parte geral. Validade. Nulidade. Anulabilidade. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970. t. IV. p. 351.

<sup>30</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Parte geral. Validade. Nulidade. Anulabilidade. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970. t. IV. p. 356.

Considerável é o temor que impressiona subjetivamente, levando-se em conta as circunstâncias e condições das pessoas envolvidas, como sexo, idade, experiência, saúde, temperamento, caráter etc. (art. 152 do CC/2002). Todas as circunstâncias e condições pessoais são úteis para se saber se efetivamente o temor é considerável, se é determinante. Todos esses fatores podem desvelar o aumento ou a diminuição da receptividade à ameaça, pois não haverá intimidação se não houver forte impressão (expressão do art. 938 do Código Civil argentino). Para nosso direito, o considerável não se ampara na intimidação de um homem geral, ampara-se na avaliação da receptividade da ameaça em cada caso, de acordo com os envolvidos concretos.

Por outro lado, pode-se ter como considerável, sob o ponto de vista objetivo, o prejuízo afastado que seja igual ou superior àquele que se optou celebrando o contrato.

O dano há de recair sobre a pessoa que contrata, ou sobre a sua família (de sangue ou afetiva) ou sobre os seus bens (art. 151 do CC/2002). Mas, em juízo, pode se reconhecer o dano a outro universo de atingidos (parágrafo único do art. 151 do CC/2002) – terceiros ou até mesmo entidades sociais como uma cidade, o país.

Não configura coação o temor infundido pela violência justa, amparada no direito, como a do credor que ameaça protestar um título de dívida existente e devida (art. 153 do CC/2002). A violência, para ser coação, tem de ser contrária ao direito. Seja porque visa a um fim não admitido pelo direito, seja porque realiza-se por meio não compatível com o direito. Incompatível com o direito pode ser um meio proibido. Incompatível também pode ser um meio autorizado ou permitido, mas utilizado de modo irregular. Em outras palavras, o exercício de direito, pretensão, ação, exceção, dever e obrigação tem de ser normal. Os meios autorizados pelo direito soem vir acompanhados de condicionamentos; descumprindo esses, configura-se o modo irregular. Difícil é verificar o uso regular ou irregular dos meios permitidos, pois o posto costuma ser lacunoso nessa seara. No entanto, uma vez caracterizado o exercício irregular do direito, há ato ilícito, o que basta para compor a figura da coação.<sup>31</sup> Nosso direito inclusive reforça esse entendimento ao configurar como ato ilícito o abuso do direito.

A causalidade entre a ameaça, o medo incutido de dano e a manifestação da vontade conseqüente (para evitar o dano) é o pressuposto da coação. Causalidade, não culpa em sentido amplo. Para que se caracterize a violência injusta por parte do coator não é preciso demonstrar a consciência do coator, muito menos sua

<sup>31</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Parte geral. Validade. Nulidade. Anulabilidade. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970. t. IV. p. 354.

intencionalidade. Até mesmo aquele que faz uma coação de brincadeira pode invalidar um contrato.

Não implicará coação, também, o temor reverencial, o medo de desagradar a alguém querido ou a quem se deve obediência (art. 153 do CC/2002).

Cessada a violência, se a parte aprova tácita ou expressamente o contrato, aceita-se que o vício foi purgado. Para nós, essa expressão é inadequada. Parece-nos que a aceitação posterior funcionaria melhor se fosse pensada como uma prova de que a coação não era a causa do negócio, que o negócio era válido. Somente assim poderíamos aceitar a validade: sendo descaracterizada a coação.

Pensamos assim em função de compreendermos a coação como um ilícito intolerável. A coação, que no direito romano era tida como um delito e que implicava uma grave pena pecuniária – a devolução em quádruplo,<sup>32</sup> deixou de ser regida pelo direito penal, mas não deixou de ser um dos atos ilícitos mais graves da normativa civil.

Pode ser cometida pela contraparte contratante ou por terceiro. Se cometida pelo contratante, ou ao menos dela participar, o contrato poderá ser anulado. Se cometida por terceiro (por pessoa não integrante da relação), pode o contratante ter conhecimento ou não ter conhecimento da violência. Se tiver ou se devesse ter conhecimento, anulará o negócio e ambos responderão solidariamente pelas perdas e danos ao coacto, conforme estabelece o art. 154 do CC/2002 (solidariedade que não foi estabelecida pela norma do art. 148 para a situação análoga do dolo). Se não tiver e não devesse ter conhecimento, o negócio permanecerá válido; o que não impede o coacto de buscar o ressarcimento das perdas e danos provocados pelo terceiro (art. 155 do CC/2002).

Barbeyrac e Pufendorf pensavam diferente neste último caso, pois entendiam que o que deveria interessar era a imperfeição do consentimento.<sup>33</sup> E esse era o regime do Código Civil de 1916: qualquer coação, conhecida ou não pela parte, gerava a invalidade (art. 101).

Vale lembrar que a coação já serviu de subsídio a nossos Tribunais para justificar a anulação de negócio jurídico decorrente de situação que hoje é tipificada como estado de perigo:

Configura coação moral irresistível, que anula o negócio e exonera o devedor da obrigação, para não se falar de ofensa a preceitos do Código de Defesa do Consumidor (artigos 42 e 46), a exigência de assinatura de

<sup>32</sup> SILVA FILHO, Artur Marques da. Da coação. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (Coord.). *Teoria geral do direito civil*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 532.

<sup>33</sup> POTHIER, Robert Joseph. *Tratado das obrigações*. Tradução de Adrian Sotero de Witt Batista e Douglas Dias Ferreira. Campinas: Servanda, 2001. p. 49.

contrato de prestação de serviços hospitalares, com entrega de cheque-caução, na emergência de atendimento médico de familiar desfaledica, cuja tentada transferência para hospital público não se admitia pela gravidade do quadro. Por isso, mantém-se o decreto de improcedência da demanda ajuizada pelo hospital particular.<sup>34</sup>

A coação moral irresistível nos contratos de saúde, especialmente nos casos em que o risco de vida esteja de alguma forma presente, pode vir a ser caracterizada diante de uma pressão desmedida, de uma pressão por aceitar alguma terapêutica que ultrapasse o dever de alertar sobre os riscos de não seguir determinado procedimento, de uma indução a agir que ultrapasse os ditames técnicos e utilize-se de jogos psicológicos ou sentimentais.

De qualquer forma, a coação não pode ser presumida. Há de ser comprovada. Ao contrário, se há termo de consentimento, a presunção joga pelo outro time, pela presunção de sua inexistência. Nesse sentido:

PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS HOSPITALARES – COBRANÇA. Autor que subscreveu Termo de Consentimento autorizando os procedimentos. Coação não caracterizada. Vício de vontade não configurado. Cobrança das despesas hospitalares do paciente que é legítima e devida, devendo este responder pelos valores expressos na inicial, conforme nota fiscal emitida pelo nosocômio. Sentença mantida. Recurso desprovido. [...] a validade do termo de responsabilidade somente poderia ser infirmada se fosse comprovado vício de consentimento no momento da contratação. No entanto, a manifestação de vontade deu-se de forma livre e consciente. [...] De fato, não há vício de consentimento, como alegado, eis que o autor tinha plena ciência da autorização concedida para a prestação dos serviços e as cláusulas do contrato eram bem claras. E não há prova inequívoca de que haja sofrido coação para assinatura do documento.<sup>35</sup>

PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS HOSPITALARES - INDENIZATÓRIA - DANOS MATERIAIS E MORAIS. CANCELAMENTO DE PROTESTO. Internação de paciente em caráter particular. Despesas com transfusão de sangue. Prestação de serviços de empresa terceirizada ligada ao nosocômio. Autor que subscreveu Termo de Consentimento autorizando o procedimento. Coação não caracterizada. Vício de vontade não

<sup>34</sup> TJSP, 28ª C.D.Priv. Apelação Cível nº 996.549-0/6. Rel. Des. Celso Pimentel, j. 24.10.2006.

<sup>35</sup> TJSP, 25ª C.D.Priv. Apelação Cível nº 1046578-44.2013.8.26.0100. Rel. Des. Claudio Hamilton, j. 22.10.2015.

configurado. Extinção do processo, sem resolução do mérito, com relação ao nosocômio por ser parte ilegítima passiva. Cerceamento de defesa inócurrenente. Improcedência da ação mantida. Procedência da reconvenção. Recurso desprovido. [...] o autor assinou o “Termo de Consentimento ‘Transfusões de Sangue’”, para o fornecimento de sangue quando das cirurgias a que se submeteu a paciente. Não há vício de consentimento, como alegado, eis que o autor tinha plena ciência da autorização concedida para a prestação dos serviços e as cláusulas do contrato eram bem claras. A coação alegada não restou caracterizada, pois o autor assinou o termo por si mesmo, obrigando-se pelos valores decorrentes da prestação dos serviços. E não há prova inequívoca de que haja sofrido coação para assinatura do documento. E, como bem observou o magistrado, não é caso de estado de perigo, do art. 156 do Código Civil, quando o contratante, premido pela necessidade de se salvar ou de salvar alguém de sua família, pratica o ato com a vontade viciada.<sup>36</sup>

## 8 Estado de perigo (liberdade – temor ao perigo; reconhecido)

Situação, prevista no art. 156 do CC/2002, em que uma parte contratual, em grave perigo real ou putativo, sente-se premida por uma necessidade de salvamento (única causa do negócio jurídico – evitar o perigo) – situação que é conhecida pela outra parte (elemento subjetivo – conhecimento da situação pela outra parte contratual) – e vem a celebrar um pacto com uma prestação exorbitante (elemento objetivo – onerosidade excessiva).

Sua configuração depende dos seguintes elementos:<sup>37</sup>

- a) atualidade ou iminência de um dano grave – o fato gerador do dano já existe ou está prestes a acontecer; ou, pelo menos, já está presente na mente do contratante (se o perigo não é real, mas apenas putativo);
- b) intuito de salvamento pessoal, familiar ou de terceiros – essa intencionalidade do contratante muitas vezes se manifesta como um pedido de salvamento;

<sup>36</sup> TJSP, 25ª C.D.Priv. Apelação Cível nº 0008829-60.2011.8.26.0009. Rel. Des. Claudio Hamilton, j. 28.4.2015.

<sup>37</sup> MARTINS, Fernando Rodrigues. Do estado de perigo. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (Coord.). *Teoria geral do direito civil*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 570-573.

- c) nexa entre o dano ou o temor de dano e a declaração – o dano, o temor do dano são os pressupostos, as causas diretas e imediatas da declaração;
- d) consciência do contratado da situação da outra parte – o contratado tem consciência da aflição do outro, do estado psicológico de temor do contratante;
- e) excessiva onerosidade.

O Superior Tribunal de Justiça, por sua vez, sói apresentar como requisitos essenciais a onerosidade excessiva e o dolo de aproveitamento.<sup>38</sup>

Há um pedido de salvamento e não um oferecimento de salvamento. Isto é importante para diferenciar o estado de perigo do dolo, e mesmo da coação.

A solução jurídica, para recompor a justiça, tem de ser a anulação do negócio jurídico e a restituição *in totum* do oferecimento em pagamento.<sup>39</sup> Trata-se de uma situação em que fica configurada a má-fé do contratado, consciente que está da aflição do contratante, aproveitando-se da situação para impor uma obrigação excessiva.

E, na seara da má-fé, nosso ordenamento não estabelece o reequilíbrio, mas sim uma punição:

Art. 606. Se o serviço for prestado por quem não possua título de habilitação, ou não satisfaça requisitos outros estabelecidos em lei, não poderá quem os prestou cobrar a retribuição normalmente correspondente ao trabalho executado. Mas se deste resultar benefício para a outra parte, o juiz atribuirá a quem o prestou uma compensação razoável, desde que tenha agido com boa-fé.

A boa-fé objetiva e a equidade tornaram-se pressupostos gerais para o julgamento da validade e dos efeitos dos contratos. O erro e o estado de perigo acolhidos pelo nosso ordenamento relacionam-se mais com o dever de probidade (reprova-se o aproveitamento consciente do equívoco ou do desespero alheio, respectivamente), enquanto a lesão relaciona-se mais com a equidade.

Não nos parece adequada, portanto, como sugere o Enunciado nº 148 da III Jornada de Direito Civil, que se possa trilhar o caminho da revisão dos termos do negócio, simplesmente reduzindo a prestação (aplicando por analogia o §2º do art. 157 do CC/2002, que se refere à lesão).

<sup>38</sup> STJ, 2ª T. AgRg no AREsp nº 672493/DF. Rel. Min. Herman Benjamin, j. 7.5.2015. *DJe*, 22 maio 2015.

<sup>39</sup> MARTINS, Fernando Rodrigues. Do estado de perigo. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (Coord.). *Teoria geral do direito civil*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 577.

No âmbito da saúde, alastrou-se a prática em hospitais e clínicas de, diante da necessidade de um atendimento emergencial salvador, exigir de pacientes ou familiares que os encaminhassem, mesmo que dotados de planos de saúde, cheque-caução como garantia do pagamento dos procedimentos, acautelando-se de eventual negativa de ressarcimento da operadora. Assim como as operadoras utilizaram-se de expediente parecido: exigir aditivo contratual para assegurar a cobertura securitária ampliada.

Parte dessa prática foi proibida pela Res. nº 44/2003 da ANS:

Art. 1º Fica vedada, em qualquer situação, a exigência, por parte dos prestadores de serviços contratados, credenciados, cooperados ou referenciados das Operadoras de Planos de Assistência à Saúde e Seguradoras Especializadas em Saúde, de caução, depósito de qualquer natureza, nota promissória ou quaisquer outros títulos de crédito, no ato ou anteriormente à prestação do serviço.

A Lei nº 12.653/2012, por sua vez, inseriu no ordenamento jurídico pátrio o crime de condicionar o atendimento médico-hospitalar emergencial ao oferecimento de qualquer garantia, seja cheque-caução, nota promissória ou qualquer outra:

Condicionamento de atendimento médico-hospitalar emergencial

Art. 135-A. Exigir cheque-caução, nota promissória ou qualquer garantia, bem como o preenchimento prévio de formulários administrativos, como condição para o atendimento médico-hospitalar emergencial:

Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, e multa.

Parágrafo único. A pena é aumentada até o dobro se da negativa de atendimento resulta lesão corporal de natureza grave, e até o triplo se resulta a morte.

O Estado do Paraná disciplinou a questão por meio de lei estadual (Lei nº 12.970, de 25.10.2000), proibindo a exigência de depósito prévio de qualquer natureza, para possibilitar a internação de doente em situação de emergência, que resulte em estado de sofrimento intenso e/ou risco de vida ao paciente, em hospitais da rede pública ou privada (art. 1º, *caput*). E, no art. 2º, estabelece que, havendo violação do preceito contido no artigo anterior, deverá o hospital devolver em dobro o valor exigido. Trata-se de boa iniciativa, ainda que de discutível constitucionalidade o referido diploma legal, por se tratar de lei civil, cuja prerrogativa de edição é privativa da União.

No Superior Tribunal de Justiça encontramos alguns casos de estado de perigo relacionados aos contratos de saúde:

[...] SUBMISSÃO DO SEGURADO À CIRURGIA QUE SE DESDOBROU EM EVENTOS ALEGADAMENTE NÃO COBERTOS PELA APÓLICE. NECESSIDADE DE ADAPTAÇÃO A NOVA COBERTURA, COM VALORES MAIORES. SEGURADO E FAMILIARES QUE SÃO LEVADOS A ASSINAR ADITIVO CONTRATUAL DURANTE O ATO CIRÚRGICO. [...] O estado de perigo é tratado pelo Código Civil de 2002 como defeito do negócio jurídico, um verdadeiro vício do consentimento, que tem como pressupostos: (i) a “necessidade de salvar-se, ou a pessoa de sua família”; (ii) o dolo de aproveitamento da outra parte (“grave dano conhecido pela outra parte”); e (iii) assunção de “obrigação excessivamente onerosa”. - Deve-se aceitar a aplicação do estado de perigo para contratos aleatórios, como o seguro, e até mesmo para negócios jurídicos unilaterais. [...].<sup>40</sup>

[...] 2. Discute-se a exequibilidade de nota promissória emitida em garantia de pagamento por serviços médicos, prestados em regime de emergência a paciente acometido de infarto do miocárdio, diante da alegação de vício de consentimento. [...] 5. O desequilíbrio latente na relação constituída em momento de grave angústia e fragilidade da parte devedora, em que se busca pronto-atendimento de emergência, caracteriza o elemento subjetivo exigido pelo art. 156 do CC, devendo-se verificar a existência de excessiva onerosidade [...].<sup>41</sup>

Nesse último recurso (REsp nº 1.361.937/SP), o provimento foi parcial, nos termos do voto da relatora, do qual destacamos trechos que nos pareceram extremamente relevantes:

08. [...] A emissão das notas promissórias, de fato, foi exigida pela recorrida como condição para dar início ao atendimento do cônjuge da recorrente, acometido de infarto do miocárdio. [...] 09. A tutela da boa fé e da autonomia da vontade impõe aos contratantes a atuação transparente e cooperativa. Muito embora não se afaste a livre iniciativa, a persecução de lucro e os demais princípios neoliberais caros ao Estado brasileiro, esses princípios devem sempre ser interpretados, harmonizados e equilibrados, a partir das lentes constitucionais

<sup>40</sup> STJ, 3ª T. REsp nº 918.392/RN. Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 11.3.2008. *DJe*, 1º abr. 2008.

<sup>41</sup> STJ, 3ª T. REsp nº 1.361.937/SP. Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 15.10.2013. *DJe*, 20 jun. 2011.

da dignidade do ser humano. 10. Nesse diapasão, o legislador ordinário inquina de anulabilidade os negócios jurídicos praticados sob pressão física ou moral, de modo a forçar a prática de ato não desejado (coação), bem como aqueles em que, diante de perigo grave e iminente, o contratante obriga-se em contraprestação excessiva (estado de perigo). Destarte, a argumentação da recorrente de que não se manifestou de forma livre quando da emissão das notas promissórias, ocorrida no exato momento em que procurava atendimento de emergência para seu cônjuge, é relevante para a conclusão acerca da exigibilidade dos títulos. 11. A prática corriqueira dos hospitais de acautelarem-se quanto ao pagamento pela prestação de serviços médicos ofertados no mercado, conquanto amparadas em sua legítima busca por lucro e na viabilidade econômica do serviço prestado, tem sido paulatinamente restringida e afastada. [...] 15. É notória a condição de inferioridade em que se encontrava a recorrente quando da emissão das notas exequendas – em momento de desespero e fragilidade, sem qualquer espaço ou tempo hábil para negociações e diante da impossibilidade de sair em busca do tratamento necessário em outros hospitais. Ademais, a situação de desespero era de pleno conhecimento pelo recorrido. Essa situação, por si só, denota o desequilíbrio entre as partes litigantes, amoldando-se, em tese, aos elementos subjetivos legalmente exigidos para fins de reconhecimento do estado de perigo. 16. Desse modo, reconhecido o manifesto desequilíbrio intrínseco à situação descrita, resta investigar-se a causa debendi e o exato valor devido, a fim de caracterizar ou afastar o elemento objetivo do estado de perigo – excessiva onerosidade da obrigação garantida.<sup>42</sup>

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo já reconheceu, ainda que indiretamente, a possibilidade de configuração do estado de perigo em caso de salvamento de trabalhador por seu colega de labuta, demonstrando que tal situação bem se enquadra na hipótese do parágrafo único do art. 156 do CC/2002.<sup>43</sup>

## **9 Lesão subjetiva (consciência – inexperiência, ou liberdade – necessidade; desproporcionalidade)**

Situação em que uma parte contratual, sob premente necessidade ou por inexperiência (elemento subjetivo), se obriga a alguma prestação manifestamente

<sup>42</sup> STJ, 3ª T. REsp nº 1.361.937/SP. Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 15.10.2013. *DJe*, 20 jun. 2011.

<sup>43</sup> TJSP, 18ª C.D.Priv. Apelação Cível nº 0109749-68.2008.8.26.002. Rel. Des. Rubens Cury, j. 7.12.2010.

desproporcional ao valor da prestação oposta (elemento objetivo), ao tempo da celebração (art. 157, *caput* e §1º do CC/2002).<sup>44</sup>

O instituto da lesão se opõe à liberdade (previda pela necessidade) ou à consciência (evitada de inexperiência). E não deixa de ser um instituto que alarga o campo de incidência do Estado na vida das convenções (como se dá na fixação dos salários, nos preços controlados de certas utilidades, na compra e venda no seio de loteamentos etc.), que se alinha à preocupação de que o interesse coletivo prevaleça ante a autonomia da vontade.<sup>45</sup>

O conceito de “prestação desproporcional” é complexo. Em primeiro plano, há uma sensível divisão entre pensadores ou mesmo em alguns pensadores sobre a possibilidade de se fixar um critério objetivo e normativo para a caracterização da desproporção (o que se chama tarifação) ou deixar esse julgamento para a livre apreciação judicial. De um lado, ao se estabelecer tarifação, corre-se o risco, em função da inflexibilidade, de se deixar sem tutela um grande número de convenções lesivas (imaginem-se que o critério seja 30% acima do valor corrente de mercado, e venha a se demonstrar que o preço estava 29,8% acima). De outro, ao se deixar ao arbítrio judicial, corre-se o risco de se vivenciar avalanches de impugnações arbitrárias e caprichosas, pois aos olhos de muitos a desproporção sempre estará presente.

A solução encampada de forma geral pelo nosso direito foi a de não se tarifificar (salvo na legislação específica da lesão usurária, que fixou em 20% – Lei nº 1.521/1951, art. 4º, “b”); mas, ao mesmo tempo, estabelecer limites subjetivos para a sua caracterização: a premente necessidade ou a inexperiência (a lesão usurária também admite a leviandade; e exige, por outro lado, que a parte beneficiária abuse ou aproveite-se conscientemente dessas situações anormais da outra parte – o que se conhece como dolo de aproveitamento). Ou seja, não basta evidenciar a desproporção.

Outros regimes adotaram soluções diversas. O Código Civil italiano, por exemplo, considera desproporcional apenas o que ultrapassar 50% (art. 1.448), prescrevendo a ação de rescisão em 1 ano (art. 1.449). O Código Civil português, ao tratar dos negócios usurários, exige que alguém explore a situação da necessidade ou da inexperiência e de outras circunstâncias subjetivas: ligeireza, dependência, estado mental ou fraqueza de caráter de outrem (art. 282).

O conceito jurídico de premente necessidade não se confunde com o da pobreza, embora possa acompanhá-lo. Consiste na circunstância de ter a parte

<sup>44</sup> Nesse sentido: “o equilíbrio entre os encargos assumidos pelas partes deve ser analisado à luz da situação existente no momento da celebração do acordo e não a posteriori” (STJ, 3ª T. REsp nº 1.117.137/RS. Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 17.6.2010. *DJe*, 30 jun. 2010).

<sup>45</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Lesão nos contratos*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 186-187.

contratual de realizar o negócio, de não poder deixar de realizar o negócio, naquele momento, independentemente de seu estado de fortuna. É a situação de alguém ver-se na contingência de pagar um preço acima do normal porque no exato momento necessita de um negócio que certamente custaria muitíssimo menos em circunstâncias ordinárias.

O conceito jurídico de inexperiência pode abarcar a falta de experiência econômica, financeira, política, social ou técnica com relação ao negócio em causa. Não se trata de uma inexperiência geral.

Leviandade seria a incúria, a indiferença, o descaso pelas consequências que possam advir do ato.<sup>46</sup>

A caracterização da lesão não exige que o contratante beneficiado induza o necessitado a celebrar o negócio (o que seria mais pertinente ao dolo), nem mesmo que se tenha consciência da situação (o que é exigido no erro e no estado de perigo). As circunstâncias são as forças que conduziram o prejudicado.<sup>47</sup> Somente na lesão usurária que se exige o dolo de aproveitamento, que o beneficiado se aproveite conscientemente da situação anormal.

Excluem-se, logicamente, do campo de incidência desse instituto os contratos gratuitos (pois não como se pensa em equilíbrio, não há sinalagma). Os contratos aleatórios (nos quais se estabelece o risco como elemento intrínseco do negócio), em princípio, são também incompatíveis com o instituto da lesão. Somente é possível ocorrer a lesão nos contratos aleatórios quando a desproporção não advenha da álea ou ultrapasse a lógica da própria álea.<sup>48</sup> No Superior Tribunal de Justiça, aceita-se a lesão em contratos aleatórios com esses condicionamentos:

O instituto da lesão é passível de reconhecimento também em contratos aleatórios, na hipótese em que, ao se valorarem os riscos, estes forem inexpressivos para uma das partes, em contraposição àqueles suportados pela outra, havendo exploração da situação de inferioridade de um contratante.<sup>49</sup>

[...] ocorrência de onerosidade excessiva deve estar fundado na alteração inaceitável da comutatividade e não na quebra das expectativas pré-contratuais meramente subjetivas. As prestações são sempre definidas pelo exercício da autonomia de vontade das partes, de modo

<sup>46</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Lesão nos contratos*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 167.

<sup>47</sup> PITHAN, Horácio Vanderlei Nascimento; DUARTE, Leonardo Avelino. Lesão contratual. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (Coord.). *Teoria geral do direito civil*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 595.

<sup>48</sup> PITHAN, Horácio Vanderlei Nascimento; DUARTE, Leonardo Avelino. Lesão contratual. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (Coord.). *Teoria geral do direito civil*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 597.

<sup>49</sup> STJ, 3ª T. REsp nº 1.115.200/DF. Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 22.2.2011. *DJe*, 2 mar. 2011.

que a álea a considerar é aquela baseada nos limites aceitáveis do equilíbrio contratual e não nas valorações de interesses precedentes à contratação.<sup>50</sup>

A lesão é dúplice: do ponto de vista objetivo a lesão atinge o objeto, a prestação; do ponto de vista subjetivo, a lesão atinge a consciência ou a liberdade, e indiretamente a vontade, que se vê viciada.

Essa lesão, pela peculiaridade de atingir o sujeito (liberdade, consciência ou vontade) é conhecida como *lesão subjetiva*. Pode ocorrer, no entanto, que a onerosidade excessiva surja no decorrer do contrato, em função de eventual alteração extraordinária e imprevisível das circunstâncias. Esta última situação intitula-se *lesão objetiva*, pois não se discute a questão volitiva.

Observe-se que a *lesão subjetiva* nasce concomitante ao pacto (art. 157 do CC/2002), está na sua origem, na manifestação da vontade de uma das partes, em quanto a *lesão objetiva* advém de circunstâncias posteriores extraordinárias e imprevisíveis (arts. 478-480 do CC/2002).

Em nosso ordenamento, sempre que possível, a *lesão subjetiva* deve levar à revisão do contrato (art. 157, §2º do CC/2002).

Nos contratos de consumo, a lesão adquire algumas peculiaridades.

Em primeiro lugar, a *lesão subjetiva* não depende dos elementos subjetivos (necessidade premente ou inexperiência), apenas da objetiva desvantagem excessiva ao consumidor, que pode ser inferida da natureza e do conteúdo do contrato, do interesse das partes ou de outras circunstâncias peculiares ao caso (art. 51, IV e §1º, II do CDC). Além disso, em função do estatuído no inc. II do §1º do art. 51, pode ser presumida (o que não se admite no regime do Código Civil). A solução do código de consumo, nesse tipo de lesão, causa perplexidade: no art. 51, IV considera a desproporção nulidade; na primeira parte do inc. V do art. 6, estabelece o direito do consumidor de modificar esse tipo de cláusula.

Em segundo lugar, a *lesão objetiva* depende apenas da alegação donexo do excesso com os fatos supervenientes (art. 6º, V do CDC) – não precisam esses fatos ser extraordinários e imprevisíveis e o ônus da prova é invertido, o fornecedor ou o produtor terá de provar a equivalência contratual (art. 6, VIII do CDC). Mas, por outro lado, não conduz necessariamente à invalidade, ao contrário, fala-se em revisão. Ou seja, autoriza a sobrevivência do pacto com a redução do proveito.

<sup>50</sup> STJ, 3ª T. REsp nº 977.007/GO. Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 24.11.2009. *DJe*, 2 dez. 2009.

## 10 Síntese

Para condensar o pensamento teórico antes esposado, apresentamos o seguinte quadro sinóptico (Quadro 1):

**Quadro 1 – Quadro sinóptico dos vícios invalidantes**

Vícios invalidantes	Noção geral	Requisitos essenciais
Erro próprio	Engano espontâneo que implica vontade viciada (pela carência de racionalidade)	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Essencial</li> <li>• Escusável</li> <li>• Reconhecível</li> </ul>
Dolo	Engano induzido que implica vontade viciada (pela carência de racionalidade)	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Essencial</li> <li>• Escusável</li> <li>• Consciência da indução, do engano</li> </ul>
Coação	Ameaça que induz temor de dano do qual emana vontade viciada (pela carência de liberdade) de celebrar o negócio	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Violência ou ameaça injusta</li> <li>• Temor iminente e considerável</li> <li>• Essencial</li> <li>• Causalidade (ameaça, temor e declaração)</li> </ul> Na coação exercida por terceiro: <ul style="list-style-type: none"> <li>• Consciência real ou potencial</li> </ul>
Estado de perigo	Temor espontâneo ao perigo do qual emerge necessidade de salvamento que implica vontade viciada (pela carência de liberdade) que aceita o excesso de ônus	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Temor iminente e grave</li> <li>• Necessidade de salvamento</li> <li>• Reconhecibilidade da vulnerabilidade</li> <li>• Onerosidade excessiva</li> </ul>
Lesão subjetiva	Necessidade ou inexperiência que implica vontade viciada (pela carência de liberdade ou de consciência) que aceita prestação desproporcional	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Premência da necessidade ou inexperiência com relação ao negócio concreto (dispensável nas relações consumeristas)</li> <li>• Desproporcionalidade</li> </ul> Na lesão usurária: <ul style="list-style-type: none"> <li>• Dolo de aproveitamento</li> </ul>

Fonte: Do autor.

## 11 Conclusão

Como as relações jurídicas que envolvem a saúde revestem-se da natureza contratual, os vícios de consentimento invalidantes podem ser invocados para identificar a anulabilidade dos contratos de saúde sem qualquer obstáculo teórico.

O paradigma do consenso, no entanto, por encontrar-se mitigado, exige que a invocação de quaisquer dos vícios do consentimento invalidantes enquadre-se nas estritas possibilidades admitidas pelo ordenamento jurídico.

Em outras palavras, não é qualquer vício da vontade ou do consentimento que invalida um negócio jurídico, mas apenas o vício que se subsume a todos os requisitos explicitados pela ordem jurídica vigente.

O vício invalidante do *erro próprio* depende de que uma percepção equivocada espontânea (irracionalidade não provocada) recaia sobre elemento essencial do negócio (em especial, incida sobre a razão determinante do fechamento do negócio e não sobre os motivos do negócio), de que o equívoco racional seja escusável e, acima de tudo, de que a defeituosa percepção seja reconhecível pela contraparte. O vício invalidante vê-se afastado se a contraparte se apresenta de boa-fé. Da mesma forma, se a parte que poderia impugnar o contrato executa-o voluntariamente e com consciência da sua anulabilidade.

O vício invalidante do *dolo* depende da presença de meio ou ato externo comissivo ou omissivo pelo qual se realiza o engano, do ânimo de enganar (consciência de que o ato comissivo ou omissivo é capaz de provocar engano e obter o consentimento ancorado no equívoco) e de o equívoco ser escusável e essencial. É desnecessário que efetivamente se obtenha vantagem ou efetivamente se produza prejuízo.

Nesses dois primeiros vícios, deve se dar especial atenção ao dever da contraparte de informar. Nos contratos de saúde, se ausente a informação necessária e suficiente restam facilmente caracterizados equívocos essenciais. A ausência da informação adequada por omissão da contraparte pode resultar na configuração do vício erro ou do vício dolo. Bastará verificar se o equívoco deu-se espontaneamente e se aproveitou da situação ou se o equívoco foi provocado. No primeiro caso, restará configurado o erro; no segundo, o dolo.

O vício invalidante da *coação* depende da verificação de uma ameaça injusta (violência) que provoque o temor iminente (temor que vislumbra o dano se realizar no instante do contrato ou logo a seguir) e considerável (para o envolvido, segundo suas condições e circunstância) de dano.

Nos contratos de saúde, a coação faz-se presente diante de uma pressão desmedida para aceitar alguma terapêutica, de uma pressão que ultrapasse os ditames técnicos e utilize-se de jogos psicológicos ou sentimentais.

O vício invalidante do *estado de perigo* depende da constatação de que um contratante está envolto em iminente e grave perigo real ou putativo e sente-se

premido por uma necessidade de salvamento, de que a contraparte conhece a situação real ou psicológica de vulnerabilidade da outra parte, e de que se estabeleça uma prestação exorbitante.

Nos contratos de saúde, tornou-se uniforme o entendimento de que a exigência de garantias para prestar serviços de saúde emergenciais é caso típico de estado de perigo.

O vício invalidante da *lesão subjetiva* depende da constatação de necessidade premente (ter a parte contratual de realizar o negócio naquele momento) ou da inexperiência (econômica, financeira, política, social ou técnica); de outro lado, da desproporcionalidade da prestação ao tempo da celebração.

Os contratos de saúde acompanhados de necessidade premente, mesmo que revestidos da feição *intuitu personae* (aqueles em que se quer efetivamente um especialista renomado e não qualquer profissional), não podem ser acompanhados pela desproporcionalidade da prestação. Em outras palavras, sem a necessidade premente, o profissional gabaritado pode legitimamente cobrar honorários muito superiores aos do mercado. Diante da necessidade premente, sua liberdade de fixar o preço resta limitada.

Confirmou-se, por fim, que todos os vícios do consentimento podem ser invocados nos contratos de saúde.

A riqueza e a peculiaridade dos negócios revestidos pelos contratos de saúde, no entanto, permitem-nos vislumbrar um entendimento crítico sobre os requisitos de cada um dos vícios da vontade, assim como uma aplicabilidade peculiar desses vícios invalidantes.

---

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

LAMY, Marcelo; AKAOUI, Fernando Reverendo Vidal. Vícios do consentimento nos contratos de saúde. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, Belo Horizonte, v. 18, p. 17-47, out./dez. 2018.

---

Recebido em: 01.06.2018  
1º parecer em: 03.07.2018  
2º parecer em: 09.07.2018