

ASPECTOS CONTROVERSOS SOBRE O ERRO NO NEGÓCIO JURÍDICO: UMA ANÁLISE A PARTIR DA TENSÃO ENTRE AUTONOMIA E CONFIANÇA

CONTROVERSIAL ASPECTS OF THE ERROR IN THE LEGAL TRANSACTION: AN ANALYSIS FROM THE TENSION BETWEEN AUTONOMY AND TRUST

Lucas Costa de Oliveira

Doutorando em Direito pela UFMG. Mestre em Direito Privado pela PUC Minas. Bacharel em Direito pela UFOP. Professor Substituto de Direito Civil na UFOP. Professor Adjunto de Direito Civil na Unipac.

Resumo: O estudo do erro nos negócios jurídicos ainda é envolto em diversos aspectos controversos. No presente artigo é defendida a hipótese de que para uma análise adequada e coerente do instituto do erro é necessário compreender o conflito entre os princípios da autonomia e da confiança que subjaz ao debate. Partindo desse contexto, o objetivo é analisar três tópicos em que a tensão entre autonomia e confiança se mostra mais problemática. O primeiro é a fundamentação teórica, em que são discutidas as teorias que buscam explicar o referido instituto. O segundo é a configuração do erro, em que são analisados os requisitos necessários para enquadrar uma situação fática aos contornos dogmáticos desse vício do consentimento. Por fim, são analisadas as consequências da ocorrência do erro para além da anulação, especialmente a possibilidade de indenização com base na responsabilidade pré-contratual delimitada aos interesses contratuais negativos.

Palavras-chave: Erro. Vícios do consentimento. Negócio jurídico. Responsabilidade pré-contratual. Interesse contratual negativo.

Abstract: The study of the error in the legal transactions is still wrapped in many controversial aspects. In the present article is defended the hypothesis that for an adequate and coherent analysis of the institute of error it is necessary to comprehend the conflict between the principles of autonomy and trust that underlies this debate. Departing from this context, the goal of this article is to analyze three topics in which the tension between autonomy and trust is more problematical. The first is the theoretical grounding in which are discussed the theories that intend to explain this institute. The second is the configuration of the error in which are analyzed the necessary requirements to frame a phatic situation in the dogmatic contours of this defect of consent. At last, the consequences of the occurrence of error beyond the nullification are analyzed, specially the compensation based on the precontractual liability delimited to the negative contractual interests.

Keywords: Error. Defects of consent. Legal transaction. Precontractual liability. Negative contractual interest.

Sumário: **1** Introdução – **2** O problema da fundamentação – **3** O problema da configuração – **4** O problema da anulação – **5** Conclusão

1 Introdução

A preocupação com a equivalência entre a vontade e a declaração é uma questão que já se encontrava presente no modelo liberal de contrato. A integridade da declaração de vontade sempre foi um aspecto privilegiado na formação dos negócios jurídicos, afinal, sob o dogma da autonomia da vontade se fundavam as teorias liberais sobre o contrato. Essa afirmação fica evidente na constante presença dos defeitos do negócio jurídico nas grandes codificações oitocentistas.¹

Se, por um lado, a proteção da autonomia da vontade exige correspondência entre a vontade e a declaração, por outro, a proteção da confiança demanda estabilidade e segurança nas relações pessoais. Niklas Luhmann já indicava ser a confiança um mecanismo de redução de complexidade ante um entorno mais complexo e que permite oferecer segurança aos planos e orientações dirigidas ao futuro.² No mesmo sentido, Anthony Giddens entende ser a confiança um mecanismo indispensável ao contexto de uma modernidade radical, na medida em que consegue superar o dinamismo e o escopo globalizante das instituições modernas, bem como explicar as suas descontinuidades em relação às culturas tradicionais.³

A tensão entre autonomia e confiança é ostensiva quando o enfoque são os vícios do consentimento, especialmente o erro. O princípio da autonomia aponta para a invalidade dos negócios jurídicos eivados de erro, enquanto o princípio da confiança aponta para a manutenção desses negócios. Menezes Cordeiro é claro ao apresentar esse conflito: “por um lado, a autonomia privada mandaria que, detectado o erro, a declaração fosse corrigida; mas por outro, a confiança suscitada no declaratório obriga à manutenção do que foi dito”.⁴ Caio Mário da Silva Pereira defende ponto de vista similar ao afirmar que o problema do erro é estabelecido entre dois princípios superiores: um individualista, que impõe o respeito à vontade real do agente; e outro social, que impõe a necessidade de segurança nos negócios jurídicos.⁵

Somente partindo do conflito entre esses princípios é que se torna possível a compreensão adequada do instituto do erro. Estabelecido o ponto de partida, este artigo busca investigar três tópicos em que a relação entre autonomia e confiança

¹ TIMM, Luciano Benetti. *Direito contratual brasileiro: críticas e alternativas ao solidarismo jurídico*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 70-72.

² As informações apresentadas neste tópico decorrem da análise da seguinte obra: LUHMANN, Niklas. *Confiança*. Tradução de Amada Flores. Barcelona: Anthropos, 1996.

³ As informações apresentadas neste tópico decorrem da análise da seguinte obra: GIDDENS, Anthony. *As consequências da modernidade*. Tradução de Raul Fiker. São Paulo: Unesp, 1991.

⁴ CORDEIRO, Antônio Menezes. *Tratado de direito civil*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2014. v. 2. p. 835.

⁵ PEREIRA, Caio Mário. *Instituições de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2017. v. 1. p. 435.

se torna mais problemática. Primeiro, busca-se o fundamento teórico do erro nos negócios jurídicos. Em seguida, são analisados os requisitos para a configuração do erro no Código Civil de 2002. Por fim, são investigadas as consequências jurídicas da anulação do negócio jurídico em virtude do erro, com destaque para as questões referentes à possibilidade de indenização fundamentada na responsabilidade pré-contratual delimitada pelos interesses contratuais negativos.

2 O problema da fundamentação

Ao longo da história, diversas teorias buscaram explicar o fundamento jurídico do instituto do erro. Entender a argumentação teórica subjacente ao erro é indispensável para o debate de questões mais pragmáticas, como os requisitos necessários para a sua configuração, bem como para a sua anulação, além das consequências decorrentes desse procedimento, com destaque para a possibilidade de indenização.

A “teoria da vontade” foi desenvolvida por Savigny, que afirmava existir três momentos distintos na formação e declaração da vontade: a vontade interna; a vontade declarada; e a correspondência entre a vontade e a declaração. Ainda, entendia não haver independência entre esses momentos, que seriam dependentes e indissociáveis.⁶ No eventual descompasso entre a vontade e a declaração, defendia o jurista alemão que deveria prevalecer a vontade psicológica, pois seria a única capaz de dar vida ao ato jurídico. Desse modo, o erro escusável ou inescusável, substancial ou insubstancial, sempre causaria a anulação do negócio jurídico, pois a vontade seria soberana.⁷

A “teoria da declaração” argumenta que o elemento criador dos negócios é a declaração de vontade, sendo irrelevante a existência de uma vontade psicológica precedente. A ideia central é a de que “os homens não se vinculam na vida social pelo pensamento, mas pela palavra: único fato sensível que tem existência social e, portanto, jurídica”.⁸ Como se percebe, a teoria da declaração entende que, em um eventual conflito entre vontade e declaração, deveria haver a prevalência da última. Assim, o erro não teria o potencial para ocasionar a anulação de um negócio jurídico, uma vez ser a vontade interna juridicamente irrelevante.

⁶ BUFULIN, Augusto Passamani. *Os requisitos do erro de acordo com a teoria adotada pelo Código Civil brasileiro de 2002*. 2012. 231f. Tese (Doutorado em Direito) – PUC-SP, São Paulo, 2012. p. 21.

⁷ LANDIM, Jayme. *Vícios da vontade: em comentário ao Código Civil brasileiro*. Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1960. p. 22.

⁸ LANDIM, Jayme. *Vícios da vontade: em comentário ao Código Civil brasileiro*. Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1960. p. 25.

As teorias apresentadas são diametralmente opostas, representando posições extremas no debate sobre o erro. Na primeira há uma supervalorização da vontade em decorrência do contexto moderno-liberal que se voltava para o indivíduo em primeiro plano. Na segunda há uma supervalorização da declaração, típico de um contexto socialista, com tendências solidaristas e prevalência da confiança e da estabilidade.⁹ Além dessas propostas mais rígidas, outras teorias intermediárias surgiram com a finalidade de explicar de maneira mais coerente o instituto do erro, sua configuração e suas consequências.

A “teoria da responsabilidade” sustenta a posição de que o erro pode ser causa suficiente para tornar defeituosa a declaração de vontade e causar a anulação de um negócio jurídico, desde que o declarante não tenha agido culposamente. Em outras palavras, para que possa ser configurado o erro e suas consequências se faz necessário que o declarante tenha agido de boa-fé e com a devida diligência. Assim, trata-se de uma teoria derivada da teoria voluntarista, pois dá uma maior relevância à vontade, deixando o declaratório desprotegido nos casos em que não tenha ocorrido a culpa.¹⁰ Conforme se extrai do exposto, é com base na teoria da responsabilidade que se começa a trabalhar com a noção de escusabilidade do erro, que seria justamente o erro não negligente ou imprudente – situação em que restaria configurada a culpa.¹¹ Em síntese, o erro escusável (não culpável) teria como consequência a anulação do negócio jurídico, ao passo que o erro inescusável (culpável) teria como consequência a manutenção do negócio jurídico com todos seus efeitos.

A “teoria da confiança” possui como principal preocupação a segurança do negócio jurídico, no sentido de proteger a legítima expectativa que a declaração de vontade causa no declaratório. Dessa maneira, aproxima-se da teoria declarativa, uma vez que estabelece a validade do negócio jurídico sempre que o declaratório esteja de boa-fé e não tenha agido com culpa.¹² Transfere-se, portanto, a análise para o declaratório: se estava de boa-fé e não agiu culposamente, o negócio jurídico permanecerá válido; se estava de má-fé ou foi negligente ou imprudente, o negócio poderá ser anulado com base no erro. Em outras palavras: “o princípio da confiança não se aplica ao destinatário que não procedeu com legítima atenção, nem considerou os elementos que o teriam advertido da falta ou vício da vontade

⁹ LANDIM, Jayme. *Vícios da vontade*: em comentário ao Código Civil brasileiro. Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1960. p. 26.

¹⁰ CASILLO, João. *O erro como vício da vontade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982. p. 31.

¹¹ MOREIRA, Ana Alvarenga. Por uma concepção objetiva do erro: a contribuição da teoria da confiança. 2006. 202f. Dissertação (Mestrado em Direito) – PUC Minas, Belo Horizonte, 2006. p. 109-110.

¹² CASILLO, João. *O erro como vício da vontade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982. p. 32; BUFULIN, Augusto Passamani. *Os requisitos do erro de acordo com a teoria adotada pelo Código Civil brasileiro de 2002*. 2012. 231f. Tese (Doutorado em Direito) – PUC-SP, São Paulo, 2012. p. 29.

do declarante”.¹³ Com o desenvolvimento da teoria da confiança ocorre a substituição do requisito da escusabilidade pelo requisito da cognoscibilidade, ou seja, o erro deveria ser reconhecível pelo declaratário para ser passível de anulação.¹⁴

Explorando as teorias intermediárias, percebe-se que são derivações das teorias da vontade e da declaração. Pela teoria da responsabilidade há uma preponderância da vontade psicológica, sendo que a alocação dos riscos de anulação do negócio jurídico em razão do erro recai sobre o declarante, uma vez que somente terá essa consequência se o erro era escusável – se o declarante age de maneira culposa, a consequência será a validade do negócio jurídico. Por outro lado, pela teoria da confiança há uma prevalência da declaração de vontade, tendo como objetivo a proteção da expectativa gerada, sendo que a alocação dos riscos de anulação do negócio jurídico recai sobre o declaratário, uma vez que somente terá essa consequência se o erro era cognoscível, agindo o declaratário de maneira negligente. Desse modo, se o declaratário age de maneira diligente e de boa-fé, a consequência sempre será a validade do negócio jurídico celebrado.

Tendo apresentado este breve panorama das teorias que visam explicar a fundamentação do erro, cabe questionar qual foi a teoria adotada pelo Código Civil de 2002. A questão está longe de ser pacífica e encontra variadas linhas argumentativas. Não obstante, para alcançar uma resposta coerente, faz-se necessária a análise dos requisitos para a configuração do erro, pois somente assim será possível identificar o enquadramento teórico desse vício do consentimento.

3 O problema da configuração

Entre os civilistas pátrios há certa uniformidade na conceituação do erro como a falsa ou a falta de percepção da realidade em relação à pessoa, ao objeto ou ao próprio negócio que se pratica, ocasionando uma incoerência entre a vontade e a declaração.¹⁵ O mesmo não se pode dizer em relação aos requisitos necessários para a sua configuração.

¹³ LANDIM, Jayme. *Vícios da vontade*: em comentário ao Código Civil brasileiro. Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1960. p. 30.

¹⁴ LANDIM, Jayme. *Vícios da vontade*: em comentário ao Código Civil brasileiro. Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1960. p. 30.

¹⁵ “O mais elementar dos vícios do consentimento é o erro. Quando o agente, por desconhecimento ou falso conhecimento das circunstâncias fáticas, age de um modo que não seria a sua vontade, se conhecesse a verdadeira situação, diz-se que procede com erro [...]. Importa o erro na falta de concordância entre a vontade real e a vontade declarada” (PEREIRA, Caio Mário. *Instituições de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2017. v. 1. p. 429). “O erro ou ignorância é o resultado de uma falsa percepção, noção, ou mesmo da falta (ausência) de percepção sobre a pessoa, o objeto ou o próprio negócio que se pratica” (FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil*: parte geral e LINDB. 14. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. v. 1. p. 633).

Em termos de uma análise estrita ao texto normativo, o Código Civil é bastante claro ao elencar os requisitos necessários para a configuração do erro nos negócios jurídicos: “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”.

O primeiro requisito é evidente e não causa maiores problemas: trata-se da *substancialidade*. Ao ponderar o choque entre autonomia e confiança, buscou o legislador proteger somente aqueles erros que são essenciais para a celebração do negócio jurídico, não merecendo a mesma proteção os erros meramente acidentais. Assim, o erro será substancial quando o declarante, conhecendo a real situação fática, não concluiria o negócio. Em seguida são enumeradas algumas hipóteses em que o erro será considerado substancial: quando interessar à natureza do negócio (*error in negotio*); ao objeto principal da declaração (*error in corpore*); a alguma das qualidades a ele essenciais (*error in substantia*); à identidade ou qualidade essencial da pessoa (*error in persona*); e, sendo de direito e não implicando recusa à aplicação da lei, for o motivo único ou principal do negócio jurídico.

O segundo requisito que pode ser extraído do Código Civil de 2002 é a *cognoscibilidade* do erro por parte do declaratório. Diz-se que o erro é cognoscível quando é possível ao declaratório reconhecer que o declarante se encontrava em erro no momento da declaração de vontade. Embora parte da doutrina confunda os termos, escusabilidade e cognoscibilidade são conceitos distintos. O problema parece decorrer do texto normativo previsto no art. 138, quando menciona o erro “que poderia ser percebido por pessoa de diligência normal, em face das circunstâncias do negócio”. Quem seria a pessoa a que se refere o legislador: o declarante ou o declaratório? Entende-se que somente pode ser o declaratório, pois o erro percebido por pessoa de diligência normal, caso fosse o declarante, seria o erro inescusável – o que não parece ser uma interpretação adequada.¹⁶

Importante também é a diferenciação entre a cognoscibilidade e o efetivo conhecimento. Felipe Quintella apresenta a seguinte indagação: “se o erro era cognoscível pelo sujeito que negociou com quem errou, e este, ainda assim, concluiu o negócio, não estaríamos diante de um caso de *omissão dolosa* (art. 147)? Qual seria a diferença, pois, entre o erro e o dolo por omissão?”. A resposta é sugerida em seguida pelo civilista ao argumentar que o dolo exige a comprovação de que o sujeito realmente se omitiu a respeito do fato que percebeu, enquanto no erro seria necessário somente a comprovação da possibilidade do reconhecimento por

¹⁶ KONDER, Carlos Nelson. Erro, dolo e coação: autonomia e confiança na celebração dos negócios jurídicos. In: BROCHADO, Ana Carolina; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite (Org.). *Manual de teoria geral do direito civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2011. p. 617.

parte do declaratório. Trata-se, portanto, de um critério mais abstrato, uma vez que exige que o erro seja reconhecível – e não reconhecido.¹⁷

O requisito da cognoscibilidade também é previsto em outras codificações, como no Código Civil italiano e no português. No primeiro, a previsão é bastante clara: “Art. 1428. O erro é causa de anulação do contrato quando é essencial e reconhecível ao outro contratante”. Possui uma redação melhor quando comparado com o Código Civil brasileiro, uma vez que deixa claro que a cognoscibilidade é referente ao outro contratante. Interessante é também a previsão de um critério básico para identificar se um erro será considerado cognoscível: “Art. 1431. O erro se considera reconhecível quando, em relação ao conteúdo, às circunstâncias do contrato ou à qualidade dos contratantes, uma pessoa de normal diligência poderia detectá-lo”.¹⁸ Dessa maneira, fica evidente que a análise referente à cognoscibilidade se trata de uma análise em abstrato, sendo possível a referência ao homem médio ou ao *bonus pater familiae*. Sobre a previsão do direito civil italiano escreve João Casillo:

Assim, está na lei a exigência da conduta com boa-fé por parte do declaratório. Tem ele obrigação, em face dos termos deste dispositivo, de revelar àquele que está obrando em erro essa circunstância. Se não revela, e o erro é essencial e considerado reconhecível, então o ato é passível de anulação.¹⁹

O direito civil português, ordenamento que serviu de inspiração em muitos aspectos para a codificação organizada por Miguel Reale, também prevê o requisito da cognoscibilidade, mas de maneira um pouco diferenciada. Prevê o Código Civil português de 1966:

Artigo 247.⁹ Quando em virtude de erro, a vontade declarada não corresponda à vontade real do autor, a declaração negocial é anulável, desde que o declaratório conhecesse ou não devesse ignorar a essencialidade para o declarante, do elemento sobre que incidiu o erro.²⁰

¹⁷ QUINTELLA, Felipe. Decodificando o Código Civil: sobre a escusabilidade ou cognoscibilidade do erro. *GenJurídico.com.br*, 16 maio 2017. Disponível em: <<https://goo.gl/BPp36t>>. Acesso em: 21 maio 2017.

¹⁸ ITALIA. *Codice Civile, de 16 de março de 1942 apud CASILLO, João. O erro como vício da vontade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982. p. 75-77.

¹⁹ CASILLO, João. *O erro como vício da vontade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982. p. 47.

²⁰ PORTUGAL. *Código Civil, de 25 de novembro de 1966 apud CASILLO, João. O erro como vício da vontade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982. p. 77-79.

Dessa maneira, além da essencialidade é exigido o conhecimento ou o dever de conhecimento pelo declaratório da essencialidade do erro para o declarante. Essa é a lição de Pedro Pais de Vasconcelos:

A contraparte no negócio ficaria injusta e excessivamente desprotegida se o negócio jurídico pudesse ser anulado por erro sobre uma qualquer qualidade do objeto ou da pessoa, que fosse essencial para a parte que errou, mas cuja essencialidade fosse surpreendente ou imprevisível. A lei impõe, por isso, no artigo 247.^o, sobre a parte que invoca o erro, o ônus de alegar e demonstrar que, nas circunstâncias do negócio, a outra parte conhecia, ou não devia ignorar, que o *quid* sobre o qual o erro incidiu, era para ela essencial.²¹

Desse modo, enquanto no Código Civil brasileiro de 2002 são necessárias a essencialidade e a cognoscibilidade do erro, no Código Civil português de 1966 a exigência é referente à essencialidade e à cognoscibilidade da essencialidade do erro.

A grande discussão fica por conta da *excusabilidade*, que não foi prevista expressamente na codificação brasileira vigente. A questão é intrincada, a começar pelo fato de que também não havia previsão no Código Civil de 1916, mas era amplamente aceito pela doutrina e jurisprudência, como escrito por Orlando Gomes:

Por outro lado, um erro inescusável seria equivalente a má-fé. Grande parte da doutrina não considera a excusabilidade um requisito configurativo do erro, mas se procura justificá-la modernamente à proteção da confiança. A tutela da declarante deve ser restrita às hipóteses em que a falsa representação possa ser feita por uma pessoa de normal diligência.²²

O próprio Clóvis Beviláqua seguia esse posicionamento ao apresentar os requisitos para o erro ser anulável: ser excusável, ser real (isto é, recair sobre o objeto do contrato e não simplesmente sobre o nome ou sobre qualificações); ser referente ao próprio negócio e não a motivos não essenciais; e ser relevante.²³ Passando para o contexto do Código Civil de 2002, boa parte da doutrina ainda continua elencando a excusabilidade como um dos requisitos necessários para

²¹ VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Teoria geral do direito civil*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2005. p. 499.

²² GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992. p. 432.

²³ BEVILÁQUA, Clóvis. *Teoria geral do direito civil*. Campinas: Red Livros, 2001. p. 298-299.

a configuração do erro. Por todos, cita-se passagem de Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona em que afirmam o seguinte:

o erro invalidante há que ser, ainda, escusável, isto é, perdoável, dentro do que se espera do homem médio que atue com grau normal de diligência. Não se admite, outrossim, a alegação de erro por parte daquele que atuou com acentuado grau de displicência.²⁴

O Código Civil argentino de 1869 era um bom exemplo de legislação que admitia a escusabilidade como requisito indispensável para a configuração do erro no negócio jurídico: “Art. 929: o erro de fato não prejudica quando houve razão para errar, mas não poderá ser alegado quando a ignorância do verdadeiro estado das coisas provém de uma negligência culpável”.²⁵ Desse modo, seriam necessárias a escusabilidade e a essencialidade para causar a anulação do negócio jurídico. Acontece que com a entrada em vigor do novo Código Civil argentino de 2014 houve uma alteração dos requisitos necessários para a configuração do erro. Seguindo a tendência das codificações civis mais recentes, passou-se a exigir a cognoscibilidade do erro: “Art. 265. O erro de fato essencial vicia a vontade e causa a nulidade do ato. Se o ato é bilateral ou unilateral, o erro deve ainda ser reconhecível pelo destinatário para causar a nulidade”. Em seguida apresenta critérios para identificar o erro reconhecível: “Art. 266. O erro é reconhecível quando o destinatário da declaração o podia conhecer segundo a natureza do ato, das circunstâncias da pessoa, tempo ou lugar”.²⁶

O Superior Tribunal de Justiça também já se manifestou no sentido da exigência da escusabilidade em decisões proferidas após a vigência de novo Código Civil. Em um dos casos, o conflito dizia respeito a uma ação anulatória de negócio jurídico cumulada com perdas e danos referente a uma dação em pagamento oferecida pelo devedor à instituição financeira como meio de adimplemento da dívida. Acontece que o imóvel oferecido se encontrava deslocado topograficamente da localização constante em sua matrícula, razão pela qual a instituição financeira

²⁴ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: parte geral*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 423. No mesmo sentido, Francisco Amaral: “Mas, além de *essencial*, deve o erro ser *desculpável*, isto é, não pode ser consequência da culpa ou falta de atenção daquele que alega o erro para tentar anular o ato que praticou, para o que concorrem diversas condições, como a idade, a profissão e a experiência do agente” (AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 495).

²⁵ ARGENTINA. *Código Civil de la República Argentina, de 25 de setembro de 1869*. Disponível em: <<https://goo.gl/1z9Q4d>>. Acesso em: 8 jul. 2017.

²⁶ ARGENTINA. *Código Civil e Comercial de la Nación, de 7 de outubro de 2014*. Disponível em: <<https://goo.gl/pzU29H>>. Acesso em: 8 jul. 2017.

pleiteava a anulação do negócio jurídico por erro. A ação foi julgada improcedente fundamentada na inescusabilidade do erro:

2. O erro que enseja a anulação de negócio jurídico, além de essencial, deve ser inescusável, decorrente da falsa representação da realidade própria do homem mediano, perdoável, no mais das vezes, pelo desconhecimento natural das circunstâncias e particularidades do negócio jurídico. Vale dizer, para ser escusável o erro deve ser de tal monta que qualquer pessoa de inteligência mediana o cometeria.
3. No caso, não é crível que o autor, instituição financeira de sólida posição no mercado, tenha descurado-se das cautelas ordinárias à celebração de negócio jurídico absolutamente corriqueiro, como a dação de imóvel rural em pagamento, substituindo dívidas contraídas e recebendo imóvel cuja área encontrava-se deslocada topograficamente daquela constante em sua matrícula. Em realidade, se houve vício de vontade, este constituiu erro grosseiro, incapaz de anular o negócio jurídico, porquanto revela culpa imperdoável do próprio autor, dadas as peculiaridades da atividade desenvolvida.²⁷

O problema consiste em buscar uma coerente fundamentação jurídica para justificar a aplicação do requisito da escusabilidade, uma vez não ter sido previsto no Código Civil de 2002. Ao que tudo indica, nosso ordenamento adotou a teoria da confiança, na qual o critério de anulação em razão do erro é transferido para o declaratório, possuindo como objetivo a segurança jurídica e a manutenção dos negócios pactuados. Somente ocorrerá a anulação se for cognoscível pelo declaratório e essa foi uma escolha legítima dos legisladores ante as diversas possibilidades apresentadas na seção anterior. Essa também é a conclusão de trabalhos monográficos sobre o tema, como a dissertação de Ana Alvarenga Moreira,²⁸ a tese de Augusto Passamani Bussolin²⁹ e o artigo de Humberto Theodoro Júnior:

No campo do erro substancial, porém, onde o regime era no Código anterior dominado pela “teoria da responsabilidade” (culpa do autor

²⁷ STJ, 4ª T. REsp nº 744.311/MT. Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 19.8.2010.

²⁸ “A lei brasileira de 2002 adota a teoria da confiança e seu critério de reconhecibilidade, como se vê da redação do art. 138, e com ela a cognoscibilidade como critério objetivo” (MOREIRA, Ana Alvarenga. Por uma concepção objetiva do erro: a contribuição da teoria da confiança. 2006. 202f. Dissertação (Mestrado em Direito) – PUC Minas, Belo Horizonte, 2006. p. 147).

²⁹ “Com a mudança dogmática operada pelo legislador do novo Código e a adoção da teoria da confiança, não se pode mais condicionar a invalidação do negócio à presença da escusabilidade do erro pelo declarante. Esse requisito só poderia ser exigido desde que o legislador o mencionasse de forma expressa. E, ainda sim, seria objeto de críticas, por não acompanhar a melhor exegese sobre o tema” (BUFULIN, Augusto Passamani. *Os requisitos do erro de acordo com a teoria adotada pelo Código Civil brasileiro de 2002*. 2012. 231f. Tese (Doutorado em Direito) – PUC-SP, São Paulo, 2012. p. 182).

da declaração), evoluiu-se para a “teoria da confiança”, seguindo-se o exemplo de legislações modernas como a italiana e a portuguesa. Não é mais apenas como sanção à culpa do declarante (erro inescusável) que se anula o ato viciado, mas porque o destinatário da declaração também teve culpa no evento, já que poderia ter evitado a prática viciada do negócio jurídico, pois o erro era daqueles que poderiam ser percebidos por pessoas de diligência normal nas circunstâncias do negócio (art. 138). A *contrario sensu*, ainda que haja divórcio entre a vontade e a declaração, esta prevalecerá se o outro contratante (de boa-fé) não tinha condições de perceber o erro do declarante.³⁰

O Enunciado nº 12 aprovado nas Jornadas de Direito Civil promovidas pelo Conselho da Justiça Federal também indica esse caminho: “na sistemática do art. 138, é irrelevante ser ou não escusável o erro, porque o dispositivo adota o princípio da confiança”.

Assim, parece ter razão Menezes Cordeiro ao argumentar pela desnecessidade da escusabilidade no direito português, uma vez que a essencialidade acaba por absorver outros requisitos, como a própria escusabilidade, e que “perante um erro indesculpável, será mais difícil exigir à contraparte o dever de conhecer a essencialidade do elemento”.³¹ A lição de Paulo Mota Pinto é precisa nesse tópico, afinal, o direito civil português também passou por essa alteração dos requisitos necessários para a configuração do erro. No Código de 1867, falava-se em escusabilidade e essencialidade, enquanto no Código de 1966 se fala em cognoscibilidade e essencialidade:

Na vigência do Código de 1867, a doutrina tradicional portuguesa, de acordo com a orientação predominante nos países latinos, considerava a ausência de culpa da parte do errante condição *sine qua non* da sua relevância no sentido da anulabilidade, apoiando-se, fundamentalmente, para tal, no artigo 695º. O erro indesculpável ou grosseiro não anularia o negócio. [...] *Quid juris* em face do Código Civil de 1966? Não se formula, na subsecção relativa à falta e aos vícios da vontade, qualquer exigência da desculpabilidade ou escusabilidade do erro, pelo que se deve reputar consagrada a solução segundo a qual tal requisito é dispensável, que é, alias, a melhor de *jure condendo*.³²

³⁰ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Dos defeitos do negócio jurídico no novo código civil. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, Belo Horizonte, v. 40, 2001. p. 122.

³¹ CORDEIRO, Antônio Menezes. *Tratado de direito civil*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2014. v. 2. p. 851.

³² PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Teoria geral do direito civil*. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. p. 510.

Em síntese, o Código Civil brasileiro adotou a teoria da confiança, exigindo como requisitos para configuração do erro a essencialidade e a cognoscibilidade.

4 O problema da anulação

Tema dos mais relevantes e dos menos trabalhados no direito civil pátrio diz respeito às consequências da anulação do negócio jurídico em razão do erro, especialmente em relação à possibilidade de indenização delimitada ao interesse negativo. A partir do já mencionado art. 138 do Código Civil brasileiro, é retirada a principal consequência decorrente de um negócio jurídico eivado de erro substancial e cognoscível: a anulabilidade. Como se sabe, a anulabilidade é uma espécie do gênero invalidade do negócio jurídico, ao lado da nulidade. Entre as diversas características da anulabilidade (*e.g.*, produção de efeitos até que sobrevenha a anulação; alegação somente pelos interessados em razão do seu caráter menos gravoso; submissão aos prazos decadenciais etc.), uma se sobressai no estudo do erro: a eficácia retroativa da sentença que reconhece a anulação do negócio jurídico defeituoso. Embora haja posicionamento em sentido contrário na doutrina,³³ reconhecida a anulabilidade, as partes devem retornar ao *status quo ante*, possuindo uma eficácia *ex tunc* – assim como a nulidade absoluta. Essa é a interpretação adequada ao art. 182 do Código Civil: “Anulado o negócio jurídico, restituir-se-ão as partes ao estado em que antes dele se achavam, e, não sendo possível restituí-las, serão indenizadas com o equivalente”.

Se, por um lado, é estabelecida a necessidade da restituição ao estado anterior ou o pagamento do equivalente, por outro, não se discute quem deve arcar com os riscos e os prejuízos dessa anulação. Um contrato possui variadas despesas que são analisadas no momento da sua celebração: custos com a elaboração do instrumento, com o registro e o envio da coisa são apenas alguns que podem ser mencionados. Ainda, se é observado o prazo decadencial de quatro anos para a anulação do negócio jurídico eivado de erro (art. 178, II, CC/02), percebe-se que diversas consequências econômicas poderão surgir até o implemento da anulação. Basta pensar no caso em que é vendido um imóvel com um erro substancial por parte do vendedor. É possível pensar em gastos com a elaboração do contrato, com o registro, com o pagamento de tributos, sem mencionar os lucros cessantes que poderiam ser obtidos com o aluguel da coisa, por exemplo. Será o comprador obrigado a restituir tudo? Existe alguma limitação para quantificar a extensão do

³³ Cf. GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: parte geral*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 802.

dano? O vendedor não seria obrigado a indenizar o comprador pela quebra da expectativa?

Essas questões já se mostravam inquietantes para Jhering ao escrever sua obra sobre a *culpa in contrahendo*, por volta de 1860:

Nas minhas preleções, durante a exposição da doutrina do erro existia desde há anos um ponto que me suscitava grandes dificuldades, ao qual não conseguia dar uma resposta satisfatória: a questão de saber se o errante não responde perante a contraparte pelo dano que, por sua culpa, lhe causou. Alguém que encomendar 100 libras duma mercadoria, mas troca o sinal da libra com o do quilo; os 100 quilos são entregues e são rejeitados pelo comprador. Ou o agente duma casa comercial, que havia de encomendar certa mercadoria por conta do principal, engana-se ao escrever o nome dele. Não há dúvida de que o contrato é nulo, pressupondo que o lapso pode realmente ser provado. Simplesmente, quem suporta as despesas de embalagem e de envio, inutilmente efectuadas? A parte culpada responde ou não para com a contraparte para reparar os gastos causados por sua culpa?³⁴

O Código Civil alemão (BGB) possui um sistema peculiar em matéria de erro, uma vez que não exige nem a escusabilidade nem a cognoscibilidade. Contudo, admite expressamente a indenização nos casos de anulação do negócio jurídico, ainda que restrita aos interesses negativos. Dessa forma, consegue estabelecer uma maneira eficiente de ponderar o conflito entre autonomia e confiança. Dispõe o BGB:

§122 – *Obrigação de indenização do impugnante*. Se uma declaração de vontade, de acordo com o §118 [hipótese da falta de seriedade na declaração], for nula ou, com fundamento no §§119 e 120 [hipóteses de erro] (for) impugnada, terá o declarante, se a declaração devia ser enunciada ante um outro, de indenizar a este ou, senão, a qualquer terceiro, o dano que o outro ou terceiro sofreu pela circunstância de que confiou na validade da declaração, contudo, não além da importância do interesse que o outro, ou o terceiro, tinha na validade da declaração. A obrigação de indenização do dano não tem lugar se o prejudicado conhecia o fundamento da nulidade ou da impugnabilidade ou, por negligencia, não conhecia (devia conhecer).³⁵

³⁴ JHERING, Rudolf Von. *Culpa in contrahendo (ou indemnização em contratos nulos ou não chegados à perfeição)*. Tradução e nota introdutória de Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2008. p. 2.

³⁵ ALEMANHA. *Bürgerliches Gesetzbuch, de 1 de janeiro de 1900 apud CASILLO, João. O erro como vício da vontade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982. p. 80.

Em síntese, apesar de o BGB ser mais abrangente e flexível nos requisitos para configuração do erro, impõe o dever de indenização por parte do declarante que utiliza do seu direito de anulação, excepcionando-se o caso em que o declaratório conhecesse ou devesse conhecer o erro, ou seja, nos casos em que se trata do erro reconhecível.

No direito civil italiano, que também adota o critério da cognoscibilidade, é afastada a indenização pelo declarante ao declaratório que poderia ter reconhecido o erro: “dentro desta nova configuração, é certamente excluído que a parte incorrida em erro possa ser compelida à responsabilidade pré-contratual à contraparte pela confiança inocente nesta despertada e que foi frustrada”.³⁶

E em relação à civilística brasileira, é possível levantar a pretensão indenizatória nos casos de anulação do contrato em virtude de erro? Em primeiro lugar, faz-se necessário verificar a possibilidade de responsabilidade pré-contratual de maneira ampla no Código Civil brasileiro. Partindo do art. 422, que impõe a observância do princípio da boa-fé nos contratos, entende-se que o instituto da responsabilidade pré-contratual foi recepcionado pela nova codificação. Apesar de a redação apresentar alguns problemas, quando se estabelece que “os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”, deve ser entendido que o termo “conclusão” abrange também a fase preliminar ao contrato.³⁷ De maneira indireta, também reforça o instituto da responsabilidade pré-contratual o art. 113, ao estabelecer a boa-fé em sua função interpretativa, bem como o art. 187 ao tratar do abuso de direito. Dessa forma, tem-se que o princípio da boa-fé objetiva é o fundamento para a responsabilidade pré-contratual no direito civil brasileiro, de tal maneira que, violando os deveres anexos (*e.g.*, deveres de cooperação, informação, probidade e transparência), haverá a responsabilização civil também em sua modalidade pré-contratual.

De todo modo, a respeito da anulação do negócio jurídico eivado de erro, o próprio art. 182 já é suficiente para fundamentar a responsabilidade civil nesses casos, porquanto se fala em restituição das partes ao estado em que antes dele se achavam, ou indenização com o equivalente quando não for possível a restituição específica. Nesse sentido é a lição de Fábio Queiroz Pereira:

³⁶ ROSSELLO, Carlo. *Il Codice Civile: Commentario. L'errore nel contratto*. Artt. 1427-1433. Coordenação de Piero Schlesinger e Francesco Donato Busnelli. Milano: Giuffrè, 2004. p. 47 *apud* BUFULIN, Augusto Passamani. *Os requisitos do erro de acordo com a teoria adotada pelo Código Civil brasileiro de 2002*. 2012. 231f. Tese (Doutorado em Direito) – PUC-SP, São Paulo, 2012. p. 52.

³⁷ LOPES, Christian Sahb Batista. *Responsabilidade pré-contratual: subsídios para o direito brasileiro das negociações*. Belo Horizonte: Del Rey, 2011. p. 112.

Desse modo, da leitura do dispositivo, verifica-se a necessidade de se recompor um *status quo ante*, por meio da tutela específica ou pela via indenizatória. Não conseguindo restituir às partes a exata situação em que estavam antes do evento causador da nulidade, resta a reparação, que, nesse caso, deverá ser calculada com supedâneo no interesse contratual negativo. Em casos de anulabilidade, o seu reconhecimento pelo juiz opera com efeitos retroativos, o que significa que a reparação deverá ser realizada tomando em consideração a situação em que estava o lesado antes da ocorrência do evento danoso, isto é, considerando o interesse contratual negativo.³⁸

Estabelecida a possibilidade de responsabilização civil, cabe identificar qual será o *quantum* devido nesses casos. Desde Jhering, as propostas de indenização nos casos de anulação do negócio jurídico por erro são limitadas pelos interesses negativos.³⁹ Para o jurista alemão, o interesse positivo seria aquele que possui como fundamento a validade do contrato, relacionado ao interesse no cumprimento do contrato, ao passo que o interesse negativo seria aquele que possui como fundamento a invalidade do contrato, relacionado ao interesse no desfazimento do contrato. Elucidativo é o exemplo apresentado em relação às ações edilícias: enquanto a ação redibitória estaria relacionada ao interesse contratual negativo; a ação estimatória estaria relacionada ao interesse contratual positivo.⁴⁰

Outras concepções sobre o interesse contratual negativo e positivo são apresentadas por Fábio Queiroz em sua tese. Angelo Luminoso analisa esses interesses com base nas situações jurídicas que se objetiva recompor: se for o interesse contratual negativo, a situação a ser recomposta é a da situação em que estava o lesado antes do evento lesivo; se for o interesse contratual positivo, a situação a ser recomposta é fundamentada no efetivo cumprimento das obrigações contratuais. Paulo Mota Pinto, por sua vez, propõe que a distinção entre esses interesses contratuais deve ser apresentada com base na situação em que estaria o lesado sem o evento lesivo. Essa situação hipotética deve ser construída adicionando um elemento positivo (interesse contratual positivo), ou abstraindo de coisas que aconteceram (interesse contratual negativo).⁴¹

³⁸ PEREIRA, Fábio Queiroz. *Interesse negativo e interesse positivo: subsídios para o ressarcimento do dano pré contratual no direito brasileiro*. 2012. Tese (Doutorado em Direito) – UFMG, Belo Horizonte, 2015. p. 266.

³⁹ JHERING, Rudolf Von. *Culpa in contrahendo (ou indenização em contratos nulos ou não chegados à perfeição)*. Tradução e nota introdutória de Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2008. p. 15.

⁴⁰ JHERING, Rudolf Von. *Culpa in contrahendo (ou indenização em contratos nulos ou não chegados à perfeição)*. Tradução e nota introdutória de Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2008. p. 13.

⁴¹ PEREIRA, Fábio Queiroz. *Interesse negativo e interesse positivo: subsídios para o ressarcimento do dano pré contratual no direito brasileiro*. 2012. Tese (Doutorado em Direito) – UFMG, Belo Horizonte, 2015. p. 151-152.

Pontes de Miranda, ao tratar sobre a delimitação conceitual do interesse negativo, apresenta diversos exemplos sobre a aplicação desse instituto:

Entram por exemplo no interesse negativo: os gastos para a conclusão do contrato, ou para a prática do ato a que se referisse a promessa do indenizante; os desembolsos devidos à crença em que o ato *entrara* no mundo jurídico, ou *entrara e valia* (não assim o que se gastou nos preliminares, minuta ou punctação do ato, quando ainda podia não se concluir), inclusive para formalidades registarias ou quaisquer outros atos necessários à eficácia ou cumprimento, e os relativos a aquisições ou disposições que resultariam do ato em que se confiou, se justificados (excluídos, pois, os supérfluos, ou por capricho, [...]) bem como os feitos por incompetência); o custo a mais da aquisição que se teria realizado com o indenizante; o dano à coisa que o indenizado entregara ao indenizante, ainda se sem culpa, [...] devendo-se advertir em que o indenizando só responde segundo o art. 158; todo dano que o adquirente da coisa sofreu, devido à posse ou à devolução [...]. Se a coisa ia ser vendida por preço maior e a anulação o impede, tem-se de computar esse lucro impedido.⁴²

Em seguida, prossegue sua explicação afirmando que podem ser abarcados pelos interesses negativos tanto os danos emergentes, quanto os lucros cessantes, posição que também é corroborada por outros civilistas.⁴³ Poderia até mesmo ser aventada a possibilidade de aplicação da teoria da perda de uma chance dentro dos interesses negativos, o que aumentaria ainda mais seu escopo.

Tendo ficado determinada a possibilidade de indenização e o *quantum* devido, somente resta saber quem deverá arcar com esse prejuízo, questão aparentemente simples, mas que apresenta problemas intrincados. Para responder a essa questão, trabalhar-se-á com três situações hipotéticas para melhor compreensão da problemática. Antes, contudo, é necessário identificar em qual tipo de responsabilidade se enquadra a responsabilidade pré-contratual. Trata-se de um tema

⁴² PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado: parte geral*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970. t. 4. p. 90-91.

⁴³ Cf. PEREIRA, Fábio Queiroz. *Interesse negativo e interesse positivo: subsídios para o ressarcimento do dano pré contratual no direito brasileiro*. 2012. Tese (Doutorado em Direito) – UFMG, Belo Horizonte, 2015. p. 164-169. Interessante também é o exemplo apresentado por Paulo Mota Pinto: “Se o arrendatário impugnou por erro o contrato de arrendamento, o arrendador pode exigir, a título de interesse de confiança, tanto a indemnização das despesas especiais que teve de fazer em consequência do contrato (dano positivo) como a indemnização do lucro que teria podido obter, se tivesse conhecido a ineficácia do contrato, mediante outro arrendamento (lucro cessante)” (PINTO, Paulo Mota. *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. v. 2. p. 1.069).

bastante divergente na doutrina brasileira, não obstante, pode-se afirmar que a posição majoritária entende se tratar de um caso de responsabilidade extracontratual, na medida em que não existe um contrato. Reitera-se que esse ponto não é pacífico, existindo autores que defendem ser um tipo de responsabilidade contratual, um *tertium genus* ou mesmo um caso híbrido.⁴⁴ De todo modo, como bem pontuado por Christian Lopes, “os requisitos para configuração do dever de reparar são os mesmos na responsabilidade contratual e extracontratual. Ambas requerem: (a) uma ação ou omissão, (b) intencional, negligente ou imprudente, (c) que provoca (d) um dano”.⁴⁵ Certamente existem diversas diferenças entre as referidas modalidades de responsabilidade civil, como a presunção de culpa na responsabilidade contratual. Todavia, nos limites do presente artigo, trabalhar-se-á com a hipótese de a responsabilidade pré-contratual se enquadrar na teoria da responsabilidade extracontratual. Dessa maneira, a discussão sobre culpa será uma questão essencial.

A primeira hipótese é referente ao declarante que celebra um negócio jurídico eivado de erro substancial, escusável ou inescusável, mas que não era reconhecível pelo declaratário. Como já foi delineado nas seções anteriores, para a configuração do erro no direito civil brasileiro é preciso a substancialidade e a cognoscibilidade, decorrente da adoção da teoria da confiança, sendo desnecessária a escusabilidade. Nessa hipótese, independentemente de o erro ser escusável ou não, não sendo reconhecível pelo declaratário, a consequência será a validade e a eficácia desse contrato, sem qualquer alusão à responsabilidade civil.

A segunda hipótese é referente ao declarante que celebra um negócio jurídico eivado de erro substancial, escusável e cognoscível ao declaratário. Pelos critérios apresentados, trata-se de um caso de anulação do negócio jurídico em razão de conter todos os requisitos necessários. Em relação à indenização, é necessário analisar a culpa para se chegar a uma resposta. O erro escusável é aquele que não é negligente ou imprudente, ou seja, trata-se do erro não culpável – consequentemente, o declarante não poderá ser responsabilizado em razão da ausência de culpa. Por outro lado, o declaratário age de maneira negligente, uma vez que o erro seria reconhecível por uma pessoa de normal diligência, razão pela qual age de maneira culposa. Como decorrência lógica, tem-se que o declaratário será o responsável pelos riscos e prejuízos do contrato. O que parece ser uma conclusão desarrazoada, em um primeiro momento, torna-se a solução mais correta

⁴⁴ Cf. PEREIRA, Fábio Queiroz. *Interesse negativo e interesse positivo: subsídios para o ressarcimento do dano pré contratual no direito brasileiro*. 2012. Tese (Doutorado em Direito) – UFMG, Belo Horizonte, 2015. p. 104-137.

⁴⁵ LOPES, Christian Sahb Batista. *Responsabilidade pré-contratual: subsídios para o direito brasileiro das negociações*. Belo Horizonte: Del Rey, 2011. p. 114.

em uma análise mais atenta. O declaratório é protegido de maneira satisfatória na teoria da confiança, afinal, basta agir com diligência e boa-fé para não ser responsabilizado. Dessa maneira, na hipótese em debate, como se trata do único culpado, a responsabilidade deve recair sobre o declaratório. Nesse sentido é a lição de Ana Prata:

Isto é, sempre que, com dolo ou mera culpa, o declaratório tenha omitido o dever de alertar o *errans* para o erro cometido, e de que se apercebeu (ou deveria ter-se apercebido se usasse a diligência exigível), ele constitui-se em responsabilidade face ao declarante – se estiverem presentes todos restantes pressupostos dela [...].⁴⁶

O debate sobre a imposição ao declaratório do dever de indenizar o erro escusável também é discutido no direito italiano sob a alcunha de indenização reversa. O fundamento seria o art. 1.338, que dispõe: “A parte que, conhecendo ou devendo conhecer a existência de uma causa de invalidade do contrato, não deu notícia à outra parte, deve ressarcir os danos sofridos por esta, sem sua culpa, na validade do contrato”.⁴⁷ A aplicação desse dispositivo ao erro escusável e cognoscível admite duas posições na doutrina italiana: a primeira restringe o artigo aos casos de anulação por violência ou dolo, inclusive o dolo omissivo; ao passo que a segunda amplia para os casos de ciência efetiva e concreta a respeito do conhecimento do erro pelo declaratório.⁴⁸ Após apresentar o debate no direito italiano, Augusto Bufulin apresenta seu posicionamento referente ao direito civil pátrio:

Em relação ao direito brasileiro, entendemos que o cabimento do pleito indenizatório poderia ocorrer não só nos casos em que o declaratório *intencionalmente* mantém o declarante em erro, mas, também, quando, tendo conhecimento *efetivo* do erro escusável do declarante, não toma nenhuma providência para cientificá-lo da equivocada interpretação da realidade, mantendo-o em erro ao permitir o decorrer do trato obrigacional de forma defeituosa, violando o princípio da boa-fé objetiva.⁴⁹

⁴⁶ PRATA, Ana. *Notas sobre responsabilidade pré-contratual*. Coimbra: Almedina, 2002. p. 110.

⁴⁷ ITALIA. *Codice Civile, de 16 de março de 1942*. Disponível em: <<https://goo.gl/29NqNw>>. Acesso em: 9 jul. 2017.

⁴⁸ BUFULIN, Augusto Passamani. *Os requisitos do erro de acordo com a teoria adotada pelo Código Civil brasileiro de 2002*. 2012. 231f. Tese (Doutorado em Direito) – PUC-SP, São Paulo, 2012. p. 193-194.

⁴⁹ BUFULIN, Augusto Passamani. *Os requisitos do erro de acordo com a teoria adotada pelo Código Civil brasileiro de 2002*. 2012. 231f. Tese (Doutorado em Direito) – PUC-SP, São Paulo, 2012. p. 194.

A *terceira hipótese* é referente ao declarante que celebra um negócio jurídico eivado de erro substancial, inescusável e cognoscível pelo declaratário. Trata-se de um caso de anulação do negócio jurídico, uma vez ter os requisitos necessários para tanto. Quem terá, portanto, o dever de indenizar? Por um lado, o declarante age de maneira culposa, pois se trata de um erro inescusável, que seria percebido por uma pessoa de diligência média. Por outro, o declaratário também age de maneira culposa, pois o erro era reconhecível. Parece ser um caso de culpa concorrente, podendo ser aplicado por analogia o art. 945 do Código Civil.⁵⁰ Não obstante, o referido dispositivo fala em vítima, razão pela qual se faz necessário averiguar quem é a vítima nesse caso. Pontes de Miranda afirma que, “se nem o autor nem réu teve culpa, a equidade impõe que sofra o prejuízo quem deu causa a êle”.⁵¹ Ampliando o raciocínio do ilustre civilista, poder-se-ia dizer que, havendo culpa de ambas as partes, sofre o prejuízo quem deu causa, havendo a possibilidade de modular a indenização pela aplicação do art. 945. A análise a partir da teoria de causalidade adequada também direciona a solução para a resposta indicada.⁵² Contudo, o questionamento ainda persiste: quem poderá ser considerado vítima no caso em debate, uma vez que ambas as partes agiram culposamente? A partir do que foi argumentado até aqui, entende-se que a responsabilidade deverá recair sobre o declaratário, em razão da opção pela teoria da confiança.

Em sentido ligeiramente diverso, Ana Prata manifesta sua opinião sobre a hipótese em que se verifica culpa de ambas as partes:

A verificação de culpa de ambas as partes – uma delas incorreu, por negligência, em erro, dele se apercebendo e não o dissipando a contraparte, ou o erro foi bilateral e resultante para cada um dos sujeitos de falta de cuidado, por exemplo – não excluindo liminarmente a obrigação indenizatória para qualquer delas, impõe que, dependentemente de quem alugue e prove danos, seja apreciada a culpa de uma delas enquanto lesante e da outra enquanto lesada, nos termos gerais.⁵³

⁵⁰ “Art. 945. Se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano”.

⁵¹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*: parte geral. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970. t. 4. p. 88.

⁵² “Causa, para ela, é o antecedente não só necessário, mas, também, adequado à produção do resultado” (CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 69).

⁵³ PRATA, Ana. *Notas sobre responsabilidade pré-contratual*. Coimbra: Almedina, 2002. p. 103.

Dessa maneira, entende que nos casos em que haja culpa recíproca, deverá ser analisado o grau de culpa atribuído a cada parte para determinar a responsabilização devida no caso.

5 Conclusão

Ao longo do artigo, buscou-se analisar três tópicos em que o conflito entre autonomia e confiança se apresenta de maneira mais problemática em relação ao estudo do erro nos negócios jurídicos: a fundamentação, a configuração e a anulação. Conclusões parciais foram apresentadas no decorrer do estudo e serão brevemente retomadas aqui.

Em relação à fundamentação, conclui-se que o Código Civil brasileiro adotou a teoria da confiança, tendo como objetivo efetivar a segurança nas relações jurídicas e implementar a confiança entre as partes. Assim, a verificação do erro deve partir da análise do comportamento do declaratório – se foi diligente ou negligente. Essa conclusão é alcançada com base nos requisitos previstos na codificação vigente para a configuração do erro. Apesar de todo o debate sobre a (in) escusabilidade, entende-se que o art. 138, ao mencionar o “erro substancial que poderia ser percebido por pessoa de diligência normal, em face das circunstâncias do negócio”, é cristalino ao estabelecer a substancialidade e a cognoscibilidade como os únicos requisitos necessários para a configuração do erro.

Por fim, no tópico sobre a anulação e suas consequências, ficou estabelecido que a anulação do negócio jurídico eivado de erro acarreta o retorno ao *status quo ante*, uma vez que a sentença possui eficácia *ex tunc*, conforme prevê o art. 182 do Código Civil. Desse modo, fez-se necessário trabalhar a questão da indenização, uma vez que o negócio jurídico anulável produz relevantes efeitos econômicos e jurídicos. A possibilidade de indenização é fundada na responsabilidade pré-contratual, sendo delimitada aos interesses contratuais negativos. Para se identificar quem será civilmente responsável, deve-se analisar os pressupostos da responsabilidade extracontratual, em especial a conduta culpável. Se o erro deve ser cognoscível, a culpabilidade recai sobre o declaratório. Portanto, via de regra, a indenização é devida pelo declaratório – com todas as ressalvas feitas no desenvolvimento desse tema.

Dessa maneira, o estudo do erro a partir da tensão entre autonomia e confiança se mostrou um método eficaz para aclarar os principais problemas referentes à fundamentação, configuração e anulação dos negócios jurídicos defeituosos.

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

OLIVEIRA, Lucas Costa de. Aspectos controversos sobre o erro no negócio jurídico: uma análise a partir da tensão entre autonomia e confiança. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, Belo Horizonte, v. 19, p. 17-37, jan./mar. 2019.

Recebido em: 23.07.2017

1º parecer em: 01.08.2017

2º parecer em: 17.10.2017