

A prova da omissão dolosa: o que se prova e como se prova na jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

Bernardo Diniz Accioli de VASCONCELLOS*

“Pois eu lhe digo: quem não sabe a verdade é estúpido, e só. Mas quem sabe, e diz que é mentira, é criminoso! O senhor saia da minha casa!”

– Bertolt BRECHT, *A vida de Galileu*¹

RESUMO: Este estudo busca investigar a prova dos requisitos da omissão dolosa (art. 147, do Código Civil brasileiro de 2002), a partir de levantamento dos últimos cinco anos na jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, confrontando o instituto com aqueles que lhe são próximos, como erro e violação da boa-fé objetiva. Após breve revisão bibliográfica das controvérsias quanto aos requisitos (e a prova dos requisitos) do instituto, o artigo investiga 95 decisões de segunda instância, de modo a aferir se a prática forense reflete as controvérsias teóricas, ou se, ao contrário, se apresenta solução diversa daquela advinda da doutrina e do texto legal. Emprega-se a metodologia descritiva. O objetivo deste estudo é descrever o estado de coisas, quase de uma perspectiva antropológica, sem grandes problematizações ou críticas quanto a eventuais empregos atécnicos de conceitos, ou, ainda, sua confusão com os demais conceitos de direito civil. Relata-se a aplicação do instituto da omissão dolosa como ele é, a partir da análise da fundamentação das decisões judiciais. Acredita-se que essa seja a forma mais eficaz de munir o advogado dos instrumentos adequados para a formulação de sua estratégia forense.

PALAVRAS-CHAVE: Dolo por omissão; omissão dolosa; prova do dolo; relevância da omissão; dever de informar.

SUMÁRIO: 1. Introdução; – 2. O que se prova: os elementos da omissão dolosa; – 3. Como se prova: entre a presunção impresumível e a causa não causada; – 3.1. Omissão dolosa e prova predominantemente indiciária do elemento moral; – 3.2. Omissão dolosa e a relevância como elemento material; – 4. Análise da jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro; – 5. Conclusão: entre consciência e proatividade; – Referências.

TITLE: *Proof of Dolus Dans Locum Contractui by Omission: What Does One Prove and How Does one Prove It in the Jurisprudence of the Court of Justice of the State of Rio de Janeiro*

ABSTRACT: *This study seeks to investigate the proof of the requirements of Dolus Dans Locum Contractui by Omission (or “willful omission”, art. 147 of the Brazilian Civil Code of 2002), based on a five-year review of the case law of the Court of Justice of the State of Rio de Janeiro, comparing the institute with those that are close to it, such as error and violation of objective good faith. After a brief bibliographical review of the controversies regarding the requirements (and proof of the requirements) of the institute, the article investigates 95 lower court decisions, in order to gauge whether legal practice reflects the theoretical controversies, or whether, on the contrary, it presents a different solution to that*

* Doutorando e mestre em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Bacharel em Direito, com ênfase em Contencioso, pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio). Advogado.

¹ BRECHT, Bertolt. A vida de Galileu. In: *Teatro completo, em 12 volumes*, Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991, v. 6, p. 124.

derived from the doctrine and the legal text. A descriptive methodology is used. The aim of this study is to describe the state of affairs, almost from an anthropological perspective, without any major problematizations or criticisms regarding the possible atechanical use of concepts, or even their confusion with other civil law concepts. We report on the application of the institute of willful omission as it is, based on an analysis of the reasoning behind court decisions. It is believed that this is the most effective way of providing lawyers with the right tools to formulate their legal strategy.

KEYWORDS: *Fraudulent representation by omission; willful omission; proof of intent; relevance of omissions; duty of information.*

CONTENTS: *1. Introduction; – 2. What does one prove: the elements of intentional omission; – 3. How does one prove it: between the unpresumable presumption and the uncaused cause; – 3.1. Willful omission and proof predominantly indicative of the moral element; – 3.2. Intentional omission and relevance as a material element; – 4. Analysis of the jurisprudence of the Court of Justice of the State of Rio de Janeiro; – 5. Conclusion: between awareness and proactivity; – References.*

1. Introdução

Imagina-se² o seguinte diálogo entre alunos curiosos da disciplina de Direito Penal I, na Universidade do Estado do Rio de Janeiro, e sua professora:

ALUNA 1

Professora, enquanto eu assistia a um filme sobre o Al Capone, me surgiu uma dúvida. É crime assassinar alguém. Mas e se eu assassinar e esconder o cadáver?

PROFESSORA

Nesse caso, se fosse no Brasil, o Tribunal o Júri, que é competente para julgar crimes dolosos contra a vida, vai decidir soberanamente se as condutas de matar e de ocultar o cadáver foram independentes.³ Caso não sejam, ocorrerá o princípio da consunção e...

ALUNA 1, *interrompendo, insistentemente*

Não, professora! Mas, no filme, o capanga dele escondeu muito bem. Ninguém vai encontrar, não. E ele nunca foi pego pelo homicídio. Ainda é crime?

PROFESSORA, *pacientemente*

Sim, minha querida, o Al Capone ainda cometeu crime. O que o Direito criminaliza é a conduta. As dificuldades de encontrar o cadáver e de provar que ele matou e escondeu não tornam os fatos menos criminosos. Entretanto, se anos se passarem e ainda não houver indiciados, poderá ocorrer o fenômeno...

² O presente trabalho é fruto da disciplina Defeitos do negócio jurídico nas relações contratuais contemporâneas, ministrada no Programa de Pós-Graduação em Direito da UERJ. O autor agradece ao Prof. Eduardo Nunes de Souza pelos generosos comentários e sugestões. O autor agradece igualmente à Biblioteca Mauro Cappelletti e à Biblioteca Winfried Hassemer pela acolhida para a pesquisa necessária à redação deste artigo.

³ STJ, REsp n. 1.896.478/PR, relator Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 2/2/2021, DJe de 8/2/2021.

ALUNO 2, *interrompendo*
É mentira, professora! Só é crime se não ocultar direito!

Risos da turma

A aluna, ainda que de forma intuitiva e jocosa, tangenciou um problema central de direito: muitas vezes, a dificuldade da prova impossibilita o exercício de uma jurisdição justa.⁴ A prova é um aspecto prático relevante que afeta a estratégia de quem litiga, pelo que é quase intuitivo que se procure um caminho mais *provável*. O diálogo fica mais interessante quando acrescido de uma particularidade histórica: de fato, no mundo real, pela dificuldade de se comprovar os homicídios ordenados por Capone, a solução adotada pelo órgão de persecução penal para tirar o gângster das ruas foi indiciá-lo por sonegação fiscal.⁵

Sob uma perspectiva de acesso à justiça, autores do século XX debruçaram-se sobre o fato de que, muitas vezes, os requisitos e os ônus impostos às vítimas para o exercício de seus direitos podem ser excessivamente desproporcionais.⁶ Para além dos reflexos processuais, como simplificação da prova, inversão de seu ônus, e uso crescente de presunções, houve também reflexos de direito material, notadamente no campo da responsabilidade civil.⁷⁻⁸ Não apenas *provar* passa a ser mais fácil e simples, mas o próprio objeto de prova começa a ser mitigado.

⁴ Evidentemente que não se sustenta, neste artigo, qualquer tipo de relativização de provas ou de presunção de inocência em matéria penal. A anedota serve exclusivamente para ilustrar que a prova é um tema importante para a efetividade da justiça. No direito penal, como ressaltam Juarez Tavares e Rubens Casara, a avaliação da prova deve ser invertida, ou seja, deve-se sempre se partir de sua ausência, ao passo que, no processo civil, o ônus da prova incumbe a quem alega, ou, então, a presunções segundo o interesse e o comportamento das partes. Como ressaltam os autores, “Essa dicotomia do processo penal e do processo civil assinala a necessidade de se instituírem conceitos e interpretações diversos. No processo civil, o princípio de presunção de inocência não tem significado e não deve servir de limitação à prova; no processo penal, a prova robusta ainda estará sujeita à sua limitação” (TAVARES, Juarez; CASARA, Rubens. *Prova e verdade*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020, p. 22).

⁵ Na realidade, duas eram as maiores dificuldades do FBI quanto a Capone: encontrar provas de suas condutas e enquadrar suas condutas em algum crime de competência federal. (Al Capone. *Federal Bureau of Investigation*. Disponível em: <https://www.fbi.gov/history/famous-cases/al-capone>. Acesso em 27fev2023).

⁶ “No contexto do movimento de acesso à justiça, a simplificação também diz respeito à tentativa de tornar mais fácil que as pessoas satisfaçam as exigências para a utilização de determinado remédio jurídico. Os exemplos mais destacados de uma solução simplificada são o movimento amplo em direção do divórcio “sem culpa” e, pelo menos em certo número de lugares, o movimento pela responsabilidade civil objetiva” (CAPPELLETTI, Mauro. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988, p. 156–157).

⁷ Trata-se do fenômeno da “erosão dos filtros da reparação”. Anderson Schreiber comenta como, por exemplo, o ocaso da culpa, que, em razão das dificuldades probatórias, foi paulatinamente sendo presumida, ou, então, aferida de forma facilitada, ou, mesmo, cedendo espaço à responsabilidade objetiva por risco. A própria teoria do risco, por sua vez, distancia-se cada vez mais da responsabilidade objetiva, de modo a passar a ser entendida como uma formulação negativa da responsabilidade (responsabilidade sem culpa) (SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação a diluição dos danos*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 6).

⁸ DÍEZ-PICAZO, Luis. *Derecho de daños*. 1. ed. Madrid: Civitas, 1999, p. 238.

Dentro dos defeitos do negócio jurídico, por exemplo, as estruturas de três institutos parcialmente sobrepõem-se⁹ quanto aos requisitos, a saber, o erro, o dolo por omissão e o descumprimento do dever de informar, cada qual condutor de efeitos diversos.¹⁰

O erro (arts. 138-144, CC) é modalidade de invalidade¹¹ comercial caracterizada por uma celebração do negócio jurídico calcada em uma falsa percepção dos fatos, de modo que há uma divergência entre a vontade real e a vontade declarada.¹² Para ensejar a anulabilidade, o erro deve (i) influenciar a deliberação do contratante de maneira imediata (art. 138, CC, primeira parte); (ii) ser substancial, isto é, se o objeto ou fato sobre o qual ele recai é razão determinante do ato (art. 139, CC); (iii) ser *recognoscível*, ou seja, se pode ser percebido pelo outro contratante,¹³ “*de diligência normal, em face das circunstâncias do negócio*” (art. 138, CC, parte final); e (iv) ser escusável, passível de incorrência por uma pessoa com inteligência comum e atenção ordinária, o que leva a um paralelismo com o conceito de *culpa lata*.¹⁴

O erro provocado intencionalmente chama-se dolo, distinção de autonomia prática altamente relevante: é sobremaneira mais fácil comprovar o engano provocado.¹⁵ Isso se dá uma vez que a conduta do agente (o *deceptor*) deixa traços externos, o que se comprova mais facilmente do que o autoengano, cuja prova muitas vezes reside apenas na mente da vítima que o alega (o *deceptus*),¹⁶ ou, ainda, na vagueza do conceito de

⁹ A expressão “sobrepôr” é usada por Gaudemet na relação entre erro e dolo, no sentido de que a teoria do dolo resolve uma zona de penumbra da teoria do erro, e que a prova do dolo é flagrantemente mais fácil, porque o erro é interno; o dolo, externo. GAUDEMET, Eugène. *Théorie générale des obligations*. Paris: Dalloz, 2004, p. 71.

¹⁰ Isso sem entrar na disciplina dos vícios redibitórios, que guarda inúmeras semelhanças de ordem prática com os três institutos confrontados.

¹¹ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4. ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2002, p. 28.

¹² PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: introdução ao direito civil e teoria geral do direito civil*. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 434.

¹³ A doutrina não é unânime quanto à parte final do art. 138 se referir ao outro contratante, ou ao contratante que incide em erro. Ana Luiza Maia Nevares aponta que, caso se entenda que o trecho se refere ao emissor da declaração, o legislador teria positivado o requisito da escusabilidade do erro; caso se entenda que se refere ao receptor, ao da recognoscibilidade (NEVARES, Ana Luiza Maia. O erro, o dolo, a lesão e o estado de perigo no Código Civil de 2002. In: TEPEDINO, Gustavo (Org). *A parte geral do novo Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional*. 2. ed. rev. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 259.).

¹⁴ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. 4: Parte geral: Validade, nulidade, anulabilidade / atualizado por Marcos Bernardes de Mello; Marcos Ehrhardt Jr, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2012, p. 426.

¹⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Comentários ao novo código civil: dos defeitos do negócio jurídico ao final do Livro III*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 125.

¹⁶ “Contudo, especialmente diante do enrijecimento dos requisitos para a anulação [por erro] pelo Código Civil de 2002, com a exigência da recognoscibilidade, pode-se afirmar que a tutela da autonomia do declarante, em comparação com a proteção da confiança comercial, é significativamente inferior à que lhe caberá no caso de dolo (...) [No dolo,] o declarante é vítima de um expediente dirigido a levá-lo a concluir um negócio que normalmente não faria, motivo pelo qual o ordenamento lhe protege com mais força, reduzindo os requisitos necessários para a anulação do negócio” (KONDER, Carlos Nelson. Erro, dolo e coação: autonomia e confiança na celebração dos negócios jurídicos, in: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite (Orgs). *Manual de teoria geral do direito civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2011, p. 619).

“pessoa de diligência normal” (art. 138). O dolo pode repercutir tanto no plano da validade como ensejar perdas e danos.¹⁷ É quanto aos requisitos para sua configuração, contudo, que o dolo, na sua acepção negativa (omissão dolosa), torna-se desafiador, aproximando-se do nível de dificuldade do erro escusável e recognoscível.

O dolo negativo é abordado pelo Código Civil de 2002 no art. 147: “Nos negócios jurídicos bilaterais, o silêncio intencional de uma das partes a respeito de fato ou qualidade que a outra parte haja ignorado, constitui omissão dolosa, provando-se que sem ela o negócio não se teria celebrado”. Textualmente, depreendem-se, portanto, os requisitos da (i) bilateralidade do negócio jurídico; (ii) silêncio intencional; (iii) ignorância da outra parte sobre fato ou qualidade omitido intencionalmente; e (iv) relevância concreta da omissão. Como se verá neste artigo, a interpretação desses requisitos não é unânime na doutrina, e há, inclusive, autorizados doutrinadores que sustentam integrar o dolo por omissão outros requisitos, para além dos adotados textualmente pelo Código Civil.

Por último, também o descumprimento (culposo) do dever de informar pode encontrar interseções estruturais com o dolo negativo, mas, em rigor, aquele enseja apenas o dever de indenizar, e não a anulação do negócio.¹⁸ Verificam-se, contudo, crescentes hipóteses em que se cogita da anulação do negócio pelo descumprimento em abstrato de um dever de informação, – sobretudo pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, como se verá no item 4, *infra*. Assim, questiona-se, com a crescente importância conferida ao dever de informar, seja pelo próprio Código Civil de 2002 (*cf.* não apenas as regras gerais dos arts. 113, 187 e 422, mas a existência de regras especiais, como, p.e., nos arts. 764 e 765), seja pelo Código de Defesa do Consumidor (arts. 12 e 37), alinhada à relativa facilidade de sua prova, se o descumprimento do dever genérico de informação virá a assumir, no direito civil brasileiro, o papel atualmente desempenhado pelo dolo por omissão.

A matéria possui, portanto, repercussões práticas relevantíssimas, na medida em que, se os três institutos (erro, dolo e violação culposa do dever de informar) possuem funções similares (garantir a integridade da vontade negocial),¹⁹⁻²⁰ e efeitos paulatinamente

¹⁷ BENETTI, Giovana. *Dolo no direito civil: uma análise da omissão de informações*. 1. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2019, p. 63.

¹⁸ *Ibid.*, p. 105.

¹⁹ “A razão está em que os sistemas jurídicos têm por fito assegurar a liberdade do querer” (PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*. cit., p. 447).

²⁰ Gaudemet narra que o dolo no direito civil moderno não está ligado a ideias de repressão ou a ideias de punição, como estava ligado no direito romano (pelo que, naquele direito, era uma ação penal). O autor ressalta que apenas uma pequena parcela da doutrina confere ao dolo uma ideia de repressão, consistente em uma “opinião isolada” (GAUDEMET, Eugène. *Théorie générale des obligations*. Paris: Dalloz, 2004, p. 71). Integra a corrente minoritária defensora de um caráter punitivo Georges Ripert (RIPERT, Georges. *La règle morale dans les obligations civiles*. 4^a Ed. Paris: LGDJ, 1949, p. 87).

convergentes – à medida que se permite cada vez mais que a boa-fé atue no campo da validade do negócio jurídico, e não apenas da eficácia –, são as suas diferenças estruturais, sobretudo em relação à prova de seus requisitos, que conduzem a escolha do jurista quanto à alegação de cada um deles no caso concreto.

O presente artigo, portanto, pretende responder a uma questão central: como se prova a omissão dolosa para Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro? Para responder a essa pergunta, é preciso entender, para além letra da lei, (i) como a doutrina interpreta os requisitos explícitos e implícitos do aparentemente simples art. 147, CC; (ii) como a jurisprudência do TJRJ conjuga os requisitos legais com os requisitos doutrinários da prova do erro por omissão.

Para responder a essas perguntas, recorre-se não apenas à doutrina nacional, mas à doutrina estrangeira (francesa e alemã, sobretudo) que influenciou a discussão quanto aos defeitos do negócio jurídico na redação dos Códigos Civis de 1916 e de 2002. Em relação às análises qualitativa e quantitativa da jurisprudência sobre a omissão dolosa, entende-se que uma pesquisa no Superior Tribunal de Justiça seria insuficiente, porque o tribunal remete amiúde a análise da existência da omissão dolosa “às instâncias ordinárias”.²¹⁻²² Pelo escopo prático do estudo, desenvolvido no âmbito do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, escolhe-se, portanto, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (TJRJ) nos cinco últimos anos, especificamente de janeiro de 2018 até fevereiro de 2023, momento da conclusão do presente artigo, como base da pesquisa jurisprudencial. Também pelo escopo prático do artigo, emprega-se a metodologia descritiva.

O objetivo deste estudo é descrever o estado de coisas, quase de uma perspectiva antropológica, sem grandes problematizações ou críticas quanto a eventuais empregos atécnicos de conceitos, ou, ainda, sua confusão com os demais conceitos de direito civil. Relata-se a aplicação do instituto da omissão dolosa *como ele é*, a partir da análise da fundamentação das decisões judiciais.²³ Acredita-se que essa seja a forma mais eficaz de

²¹ STJ, REsp n. 332.048/SP, relator Ministro Honildo Amaral de Mello Castro (Desembargador Convocado do TJ/AP), Quarta Turma, julgado em 22/9/2009, DJe de 5/10/2009. No mesmo sentido, STJ, AREsp n. 1.268.966/MT, relatora Ministra Nancy Andriighi, decisão monocrática, julgado em 18/05/2018, DJe 28/05/2018.

²² A busca pelo artigo 147, CC, no repositório de jurisprudência do STJ, revela apenas uma decisão colegiada que supera o óbice da súmula 7, tomada por maioria. Trata-se do AgInt no REsp n. 1.636.070/CE, relator Ministro Raul Araújo, relator para acórdão Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 26/9/2017, DJe de 23/11/2017.

²³ Proposta metodológica similar foi realizada em coautoria com Mateus de Moraes Reis quanto aos argumentos invocados pelo TJRJ para intervir na autonomia contratual em contexto de pandemia. Cf. VASCONCELLOS, Bernardo Diniz Accioli de; REIS, Mateus de Moraes. Reequilíbrio contratual e pandemia: uma análise da fundamentação das decisões judiciais do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Civilistica.com*, a. 11, n. 2, 2022.

munir o advogado dos instrumentos adequados para a formulação de sua estratégia forense.

2. O que se prova: os elementos da omissão dolosa

A doutrina classifica usualmente os elementos da omissão dolosa em subjetivo, anímico ou moral (*élément moral*), e objetivo ou material (*élément matériel*).²⁴ Resumidamente, é preciso que se demonstre, a partir das circunstâncias do caso concreto, que houve um elemento anímico (e não *in abstracto*, como o erro permite²⁵) e que desse elemento decorreu uma omissão que efetivamente viciou a vontade da contraparte quanto a fato ou qualidade capaz de obstar a realização do negócio.

A delimitação dos elementos da omissão dolosa, contudo, reflete sobremaneira na delimitação da *prova* dos elementos da omissão dolosa, pelo que se torna oportuno remeter brevemente às discussões delimitativas dos requisitos intrínsecos e extrínsecos do art. 147, CC.

Quanto ao elemento moral, a doutrina diverge substancialmente quanto ao *animus agendi*. Isso porque autores discrepam quanto ao vetor anímico, sustentando, ora cumulativamente, ora alternativamente, (i) intenção de enganar; (ii) intenção de conduzir à celebração do negócio jurídico; (iii) intenção de lucrar.

A necessidade da comprovação de uma *intenção de enganar* (que não requer a prova do intuito de prejudicar a contraparte) é defendida por Luiz da Cunha Gonçalves²⁶⁻²⁷ e, no

²⁴ FABRE-MAGNAN, Muriel. *De l'obligation d'information dans les contrats : essai d'une théorie*. Paris: LGDJ, 1992.

²⁵ “Mas como será avaliado o caráter determinante do dolo? Os juízes recorrerão, como em caso de erro, ao método de avaliação *in abstracto*, comparando a vítima a um indivíduo razoável? A doutrina e a jurisprudência francesas e alemãs há muito defendem o ponto de vista oposto: a apreciação do dolo se faz sempre *in concreto*; os tribunais considerarão, portanto, se o engano foi ‘subjetivamente determinante’ para a vítima; levarão em conta o estado de espírito da vítima, seu nível de inteligência, experiência e grau de ingenuidade. Se os tribunais adotaram aqui o método de avaliação *in concreto*, isso se deve ao caráter duplo do dolo, que é tanto um defeito da vontade quanto um ato desonesto. A velha ideia romana da ‘repressão do *dolus*’ leva os juízes a proteger a vítima em todos os casos em que o engano a tenha induzido em erro, seja qual for sua natureza” (Tradução livre de RIEG, Alfred. *Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand*. Paris: LGDJ, 1961, p. 161).

²⁶ Na polêmica passagem, “É proverbial a má fé dos ciganos na venda de animais nas feiras. Procede com má fé quem, verificando que o seu interlocutor está equivocado acerca da identidade da pessoa a quem se dirige, não o desilude, antes finge ser quem não é. Mas, quem oculta a verdade fazendo enérgicas diligências por convencer do contrário a outra parte, como os aludidos ciganos, procede com dolo” (GONÇALVES, Luiz da Cunha. *Tratado de direito civil em comentário ao código civil português*. 2ª Ed. São Paulo: Max Limonad, 1958, p. 482-483).

²⁷ A posição do autor lusitano encontra amparo expresso no Código Civil português, pelo que não é minoritária naquele país. “Artigo 253.º (Dolo) 1. Entende-se por dolo qualquer sugestão ou artifício que alguém empregue com a intenção ou consciência de induzir ou manter em erro o autor da declaração, bem como a dissimulação, pelo declaratório ou terceiro, do erro do declarante”.

Brasil, minoritariamente por Humberto Theodoro Júnior.²⁸ O que a doutrina majoritária propõe, na verdade, é uma prova da *intenção de induzir a contratação* (intenção de celebrar o negócio), dispensada uma reprovabilidade moral tão grande quanto a da intenção de enganar. Assim defendem Pontes de Miranda,²⁹ Serpa Lopes³⁰ e Maria Helena Diniz,³¹ para quem basta demonstrar que a vontade do agente foi no sentido de encaminhar a contraparte à celebração do negócio. Sílvio Venosa atenta para o fato de que a circunstância ou fato omitido não precisa guardar uma relação direta com a contratação, bastando que seja indireta. Para tanto, formula o exemplo de um contratante que se mantém silente quanto à sua própria condição de insolvência, a qual, evidentemente, refletiria sobre sua incapacidade de pagar o preço acordado, de modo a não repelir a contraparte.³²

A doutrina parece igualmente ser enfática quanto à desnecessidade da comprovação da *intenção de lucrar*. Nesse sentido, Enneccerus³³, Serpa Lopes³⁴ e Sílvio Venosa.³⁵ Tampouco é necessário que se comprove que a vítima do dolo teve prejuízo, como ressalta Zeno Veloso.³⁶ A desnecessidade do prejuízo (e do lucro) e a desnecessidade da intenção de lucrar ou de causar prejuízo podem ser depreendidas da própria função do instituto, qual seja, resguardar a autonomia contratual, cuja afetação se dá pela simples indução à celebração do negócio, e cujo resultado se afere independentemente da comprovação de perdas e danos. Nesse sentido, Larenz,³⁷ Pontes de Miranda,³⁸ Sílvio

²⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Comentários ao novo código civil: dos defeitos do negócio jurídico ao final do Livro III*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 127.

²⁹ PONTES DE MIRANDA, *Tratado de direito privado*. 4, p. 450.

³⁰ LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de direito civil*, v. 1: introdução, parte geral e teoria dos negócios jurídicos. 9ª Ed. Atual. José Serpa Santa Maria. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000, p. 453.

³¹ DINIZ, Maria Helena. Comentários ao art. 147, CC. In: FIUZA, Ricardo (Coord). *Novo código civil comentado*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 148.

³² VENOSA, Sílvio de Salvo. *Código civil interpretado*. São Paulo: Atlas, 2010, pp. 157-158.

³³ ENNECCERUS, Ludwig; LEHMANN, Heinrich. *Tratado de derecho civil*, t. 1, v. 2: parte general. Trad. Blas Pérez Gonzales e José Alguer. Barcelona: Bosch, 1935, p. 219. Cf. redação do Código Civil alemão: “§ 123 (Impugnabilidade por engano ou ameaça). Quem fôr levado a enunciar uma declaração de vontade por engano doloso ou, antijuridicamente, por ameaça, poderá impugnar a declaração. Se um terceiro tiver usado de um engano, somente será uma declaração, que deve ser enunciada ante um outro, impugnável, se estende conhecia o engano ou deveria conhecer. Sempre que um outro, diferente daquele ante o qual a declaração devia ser enunciada, por meio dessa declaração, de modo não mediato, adquirir o direito, será a declaração, ante êle, impugnável, se conhecia o engano ou devia conhecer. (Código civil alemão. SOUZA DINIZ (Tradutor). Rio de Janeiro: Récord Editôra, 1960, p. 38).

³⁴ LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de direito civil*, v. 1: introdução, parte geral e teoria dos negócios jurídicos. 9ª Ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000, p. 453.

³⁵ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Código civil interpretado*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 159.

³⁶ “Não é necessário que a vítima alegue ou comprove que teve prejuízo em decorrência do negócio celebrado. Este requisito não é essencial para a configuração do dolo. Mas devemos reconhecer que, na prática, quem se dispõe a atuar maliciosamente para obter de outrem uma declaração de vontade está querendo tirar proveito, levar vantagens, auferir lucros” (VELOSO, Zeno. *Invalidez do negócio jurídico: nulidade e anulabilidade*. 2ª Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 246).

³⁷ LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*, t. 2. Trad. Jaime Santos Briz. Madri: Editorial Revista de Derecho Privado, 1958, p. 546.

³⁸ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*, t. 4: validade, nulidade, anulabilidade. Atual. Marcos Bernardes de Mello e Marcos Ehrhardt Jr. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 446.

Venosa³⁹ e Humberto Theodoro Júnior.⁴⁰⁻⁴¹

O dolo defendido pela doutrina não se confunde com a pura *intenção*, porque a ela se deve aliar o *conhecimento* de que a contraparte apresenta falsa percepção da realidade. Nesse sentido, Luiz da Cunha Gonçalves,⁴² Pontes de Miranda⁴³ e Enneccerus⁴⁴ defendem também a prova de que a parte tinha conhecimento de que a contraparte estava em erro. O dolo seria caracterizado, portanto, pela consciência de que a contraparte se encontra em erro, aliada a uma *intenção de induzi-la a contratar*. Giovana Benetti descreve, contudo, a existência de tendência a mitigar a importância da intenção, concentrando-se no critério “do conhecimento ou do poder conhecer o erro pela contraparte do negócio”, mas sem a ela se filiar.⁴⁵ A hipótese de aderência do TJRJ quanto a essa corrente será avaliada no item 4, *infra*.

A doutrina parece convergir para um requisito implícito ao art. 147, CC, consistente na existência de um dever de informação violado, sobretudo diante do fato de que a omissão é, *per se*, um “nada” jurídico, cuja relevância apenas existe quando há algum dever específico de agir. À vista disso, defendem que o dolo por omissão se traduz na violação intencional do dever de informar os autores Marcel Planiol,⁴⁶ Pontes de Miranda,⁴⁷ Francisco Amaral,⁴⁸ Álvaro Villaça Azevedo,⁴⁹ Judith Martins-Costa,⁵⁰ Anderson

³⁹ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Código civil interpretado*. São Paulo: Atlas, 2010, pp. 156.

⁴⁰ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Comentários ao novo código civil: dos defeitos do negócio jurídico ao final do Livro III*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 129.

⁴¹ Em defesa do requisito da comprovação do prejuízo, José Miguel Garcia Medina e Fábio Caldas de Araújo (MEDINA, José Miguel Garcia; ARAÚJO, Fábio Caldas de. *Código Civil comentado: com súmulas, julgados selecionados e enunciados das jornadas do CJF*. 2ª Ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 215.), e Clóvis Bevilacqua (BEVILACQUA, Clovis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*, v. 1. Rio de Janeiro: F. Alves, 1959, p. 339).

⁴² GONÇALVES, Luiz da Cunha. *Tratado de direito civil em comentário ao código civil português*. 2ª Ed. São Paulo: Max Limonad, 1958, p. 474.

⁴³ “Quem engana, sem saber que está a enganar, não procede com dolo” (PONTES DE MIRANDA, *Tratado de direito privado*. 4, cit., p. 446).

⁴⁴ ENNECCERUS, Ludwig; LEHMANN, Heinrich. *Tratado de derecho civil*, t. 1, v. 2: parte general. Trad. Blas Pérez Gonzales e José Alguer. Barcelona: Bosch, 1935, p. 219.

⁴⁵ “Não será necessariamente configurada a omissão dolosa, pois, para tanto, é necessária a presença do elemento-chave – a intenção de enganar. Ausente a intenção de induzir em erro, não resta configurado o dolo. Este elemento fundamental parece ter tido sua importância diminuída por aqueles que entendem configurada diretamente a omissão dolosa ao tratarem do critério do conhecimento ou do poder conhecer o erro pela contraparte do negócio. O dolo significa mais do que a intenção do erro; é a intenção de enganar. É preciso que as manobras ou artifícios tenham provocado o erro e, no caso da omissão dolosa, é a violação intencional do dever de informar (...)” (BENETTI, Giovana. *Dolo no direito civil...*, cit., p. 63.)

⁴⁶ PLANIOL, Marcel. *Traité élémentaire de droit civil*, t. 2. 4ª Ed. Paris: LGDJ, 1907, p. 351.

⁴⁷ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*, t. 4: validade, nulidade, anulabilidade. Atual. Marcos Bernardes de Mello e Marcos Ehrhardt Jr. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 447.

⁴⁸ “omissão ou silêncio do agente em relação ao erro do declarante, existindo na hipótese o dever de elucidá-lo”. AMARAL, Francisco. *Direito Civil: introdução*, 4ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 488.

⁴⁹ AZEVEDO, Álvaro Villaça (Coord). *Código civil comentado*, v. 2. São Paulo: Atlas, 2003, p. 210.

⁵⁰ MARTINS-COSTA, Judith. Os regimes de dolo civil no direito brasileiro: dolo antecedente, vício informativo por omissão e por comissão, dolo acidental e dever de indenizar. *Revista dos Tribunais*, vol. 923. São Paulo, Ano 101, set. 2012, p. 134.

Schreiber,⁵¹ Zeno Veloso,⁵² Giovana Benetti⁵³ e Renan Lotufo (“*dever de agir*”).⁵⁴ Há sutil discussão, no Brasil, quanto ao fundamento legal do dever genérico de informação, se inserto no próprio art. 147, CC,⁵⁵ ou se decorrente da boa-fé objetiva.⁵⁶

A discussão é relevante na medida em que a doutrina diverge quanto à fonte e ao escopo do dever de informação. Na acepção clássica da doutrina francesa, seria necessário comprovar a existência de um dever específico de informar,⁵⁷ mas já se entende atualmente que a comprovação da existência de um dever particular de ação não mais se coaduna com as concepções sociais e jurídicas vigentes.⁵⁸ Isso não quer dizer, contudo, que haja um dever ilimitado, porquanto ele encontra limites, sobretudo na função social do contrato.⁵⁹ Até mesmo porque uma revelação ilimitada e exaustiva de todos os fatos e qualidades pode ter o efeito prático inverso do desejado, causando desconfiança na contraparte.⁶⁰

José Miguel Garcia Medina e Fábio Caldas de Araújo sustentam que o dever geral de informação também pode ser limitado pelas circunstâncias concretas e internas do negócio. Como exemplificam os autores, um adquirente de automóvel de luxo não pode aduzir dolo na omissão do “elevado gasto de combustível”, porque não se pode presumir que quem compre um carro de elevado valor preocupe-se com o preço da gasolina.⁶¹ Nesse exemplo, na verdade, parece haver uma presunção (relativa) de comportamento segundo a boa-fé (subjéctiva e objectiva) do vendedor. Entretanto, nada impede que o comprador comprove que, no mesmo caso concreto, o vendedor do automóvel foi informado especificamente quanto à relevância da economia do motor, mas

⁵¹ SCHREIBER, Anderson. Comentários ao art. 147, CC. SCHREIBER, Anderson et al. *Código civil comentado: doutrina e jurisprudência*. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 107.

⁵² VELOSO, Zeno. *Invalidez do negócio jurídico: nulidade e anulabilidade*. 2ª Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 247.

⁵³ BENETTI, Giovana. *Dolo no direito civil: uma análise da omissão das informações*. São Paulo: Quartier Latin, 2019, p. 175.

⁵⁴ LOTUFO, Renan. *Código civil comentado*, v. 1: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 147.

⁵⁵ Como entende, por exemplo, AZEVEDO, Álvaro Villaça (Coord). *Código civil comentado*, v. 2. São Paulo: Atlas, 2003, p. 210.

⁵⁶ Como entende, por exemplo, SCHREIBER, Anderson. Comentários ao art. 147, CC. SCHREIBER, Anderson et al. *Código civil comentado: doutrina e jurisprudência*. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 107.

⁵⁷ GAUDEMET, Eugène. *Théorie générale des obligations*. Paris: Dalloz, 2004, p. 72.

⁵⁸ ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Civil: teoria Geral, Ações e fatos jurídicos*, v. 2. 3ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 134.

⁵⁹ Fabian Christoph sustenta que mesmo o dever de informar encontra limites na função social do contrato e no conhecimento do fato pela contraparte (CHRISTOPH, Fabian. *O dever de informar no direito civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 157).

⁶⁰ TERRA, Aline de Miranda Valverde. Dever de revelação do árbitro e dever de investigação da parte: um cotejo necessário. 8º Congresso do IBDCivil: 20 anos do Código Civil na legalidade constitucional. 2022 (Congresso).

⁶¹ MEDINA, José Miguel Garcia; ARAÚJO, Fábio Caldas de. *Código Civil comentado: com súmulas, julgados selecionados e enunciados das jornadas do CJF*. 2ª Ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 215.

voluntariamente guardou silêncio. É o que parecem defender, por exemplo, Raymond Saleilles⁶² e Georges Ripert.⁶³

Humberto Theodoro Júnior adota uma posição interessante, ressaltando uma diferença entre *obrigação específica de informar* e *dever geral de lealdade* (decorrente da boa-fé objetiva). No primeiro caso, a violação conduz às sanções pelo inadimplemento. No segundo, há dolo negativo.⁶⁴ Para o autor, o verdadeiro dolo por omissão seria o: “silêncio ou reticência, deliberadamente guardados, diante de dados relevantes que não poderiam deixar de ser informados ou esclarecidos ao outro contratante, nas circunstâncias do negócio”.⁶⁵ Entretanto, se se entender que o dever de lealdade integra implicitamente o regulamento negocial, e, portanto, sua violação acarreta a violação do contrato, o dolo negativo pode se expandir sobremaneira. À vista disso, parte da doutrina critica o posicionamento do autor, pelo que a diferença entre dolo e violação da boa-fé só se justificaria pelo momento contratual (invalidade, se durante a formação do contrato, e inadimplemento, se posterior à formação do contrato).⁶⁶

Em relação ao elemento material, o vigente Código Civil alude expressamente à relevância da omissão. Isso significa que quem alega o defeito deve provar que “sem ela o negócio não se teria celebrado” (art. 147, CC, parte final), isto é, que a parte não teria celebrado o negócio jurídico se tivesse conhecimento do fato ou qualidade ocultada,⁶⁷ de modo que a omissão foi a “força propulsora da manifestação viciada”.⁶⁸

O dolo por omissão destaca-se, particularmente, portanto, por três elementos de difícil prova: (i) a intenção de induzir a contratação, (ii) a consciência de que a contraparte está

⁶² Em tradução livre: “Quer-se construir um grande mercado em determinada cidade, e a informação quanto ao projeto aquece o mercado imobiliário. M compra uma casa por um preço altíssimo, e o vendedor, N., é o presidente do comitê encarregado de decidir a localidade do mercado. Na véspera da celebração da avença, o comitê desiste da construção do mercado, mas N nada diz a M” (SALEILLES, Raymond. *De la déclaration de volonté: contribution à l'étude de l'acte juridique dans le code civil allemand* (Art. 116 à 144). Paris: LGDJ, 1929, p. 55).

⁶³ Tradução livre: “Não há, portanto, nada de reprovável em não se indicar à outra parte o que ela poderia ter diligenciado por si própria. Mas a solução muda, e a omissão vira reprovável, se uma das partes tem a obrigação de consciência de revelar um fato, sob pena de abusar da ignorância da outra. Os tribunais anularam por omissão dolosa contratos nos quais apenas um dos contratantes poderia conhecer um fato ignorado pelo outro, e o deveria revelar, por dever de honestidade” (RIPERT, Georges. *La règle morale dans les obligations civiles*. 4ª Ed. Paris: LGDJ, 1949, p. 89).

⁶⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Comentários ao novo código civil: dos defeitos do negócio jurídico ao final do Livro III*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 143.

⁶⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Op. cit.*, p. 116.

⁶⁶ TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloísa Helena; BODIN DE MORAES, Maria Celina (Org). *Código civil interpretado conforme a Constituição da República*, v. 1: parte geral e obrigações (arts. 1º ao 420). 2ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 284.

⁶⁷ AZEVEDO, Álvaro Villaça (Coord). *Código civil comentado*, v. 2. São Paulo: Atlas, 2003, pp. 209-210.

⁶⁸ NEVARES, Ana Luiza Maia. O erro, o dolo, a lesão e o estado de perito no novo Código Civil. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord). *A parte geral do novo código civil: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 267.

em erro; e (iii) a relação de causalidade entre a omissão e a celebração do negócio. Como se passa a ver, na origem da prova dos elementos da omissão dolosa há duas aparentes contradições, oriundas parcialmente da redação do Código Civil francês.

3. Como se prova: entre a presunção impresumível e a causa não causada

A prova da omissão dolosa é repleta de paradoxos verdadeiramente camonianos.⁶⁹ Como se provam as intenções de quem se cala? Como se prova que a mudez impulsionou a indução à contratação?

3.1. Omissão dolosa e prova predominantemente indiciária do elemento moral

Em primeiro lugar, indaga-se se é possível provar fenômenos subjetivos (isto é, fenômenos que apenas existem na esfera psíquica da parte), ou, então, se é possível provar *objetivamente* fenômenos subjetivos. No direito penal, por exemplo, a possibilidade de se responder afirmativamente às duas questões é uma *premissa*,⁷⁰ porque, se se entendesse pela impossibilidade absoluta de comprovação de dolo ou de culpa penais, praticamente nenhum crime poderia ser provado.

Note-se, na realidade, que é muito improvável que alguém deixe vestígios, indícios ou evidências materiais, ou ainda confesse sua vontade (ensejando provas diretas, portanto), sobretudo quando revelar ou registrar sua vontade decerto não seria de seu interesse (tanto é que se omitiu).⁷¹⁻⁷² Nessa esteira, a prova do elemento subjetivo pode ser feita de acordo com um método *de tipo indutivo*.⁷³⁻⁷⁴ Esse tipo de raciocínio é

⁶⁹ É impossível não remeter à primeira estrofe do soneto *Amor é fogo que arde sem se ver*, de Luiz Vaz de Camões: Amor é fogo que arde sem se ver/ é ferida que dói, e não se sente/ é um contentamento descontente/ é dor que desatina sem doer.

⁷⁰ KHADER, Eliana Maria. *A prova do dolo*. Dissertação defendida perante o programa de Pós-graduação em Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro em 2012, sob orientação do Prof. Dr. Juarez Tavares, p. 98.

⁷¹ SALAZAR, William Quiroz. *La prueba del dolo en el proceso penal acusatorio garantista: atribución, acreditación en el juicio oral y probanza judicial*. 2 ed. Lima: Ideas, 2019, p. 196.

⁷² No processo penal, o uso desse tipo de prova “direta” do dolo, do qual a confissão é exemplo, é até mesmo desaconselhável, porque não é veríssimo que alguém produza tão facilmente prova contra si mesmo.

⁷³ A doutrina salienta que não seria um raciocínio indutivo em sentido estrito, porque isso significaria dizer que ele parte da abstração para chegar ao caso particular, mas um raciocínio “de tipo indutivo”, porque parte do caso concreto e chega no próprio caso concreto. Mercedes Pérez Manzano classifica esse tipo de raciocínio como mais próximo da abdução ou da retrodução desenvolvida por Peirce (PÉREZ MANZANO, Mercedes. Dificultad de la prueba de lo psicológico y naturaleza normativa del dolo. In: GARCÍA VALDÉS, Carlos et al (Coord). *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*. Madrid: Edisofer, 2008. v. 2. p. 1.469-1.470).

⁷⁴ A doutrina penalista vai além: na realidade, a prova de qualquer fato, mesmo os *objetivos*, no processo penal dependem de um tipo de raciocínio *de tipo indutivo*, na medida em que o juiz não pode ter acesso direto às provas. Caso o tenha, perde a imparcialidade necessária à sua função e torna-se testemunha (KHADER, Eliana Maria. *A prova do dolo*, cit., pp. 102-103).

acolhido, no direito civil, pelo art. 212, IV, do Código Civil: o fato jurídico pode ser provado por meio de presunções. Ademais, o direito civil admite prova indiciária,⁷⁵ e o Código de Processo Civil admite todos os meios de prova, ainda que não especificados no próprio Código,⁷⁶ como o indício.⁷⁷ Portanto, é possível perceber como a prova indireta, ou circunstancial,⁷⁸ pode ser protagonista da ação anulatória do negócio jurídico por omissão dolosa.

Essa conclusão, entretanto, não é óbvia, e tal fato pode ter sua origem em uma leitura e importações incompletas das disposições do Código Civil francês. Dispunha a parte final do art. 1.116 do *Code*, desde a sua origem até 2016,⁷⁹ que o dolo “não se presume e deve ser provado”.⁸⁰ Entretanto, como se pode provar um estado anímico senão por presunção (*rectius*, indícios)? Afinal, a existência do dolo decerto não se comprova por meio de uma radiografia do cérebro do *deceptor*. Isso quereria dizer que a prova do dolo deveria ser feita somente por via documental, a partir da confissão do *deceptor* quanto às intenções de seu próprio silêncio? Decerto que não.

A própria doutrina francesa do Séc. XIX já havia esclarecido que a formulação do *Code* era *ambígua*.⁸¹ Como explica Théophile Huc, a norma devia ser interpretada como uma

⁷⁵ A ideia de presunção corresponde a “um processo lógico-jurídico, admitido pelo sistema para provar determinados fatos. Por esse processo, uma vez conhecido um determinado fato auxiliar (indício), admite-se como verdadeiro um outro fato, que é desconhecido, e que é (este último) o inserido no objeto da prova” (ARRUDA ALVIM. *Manual de direito processual civil*. 17 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, pp. 845-846).

⁷⁶ Código de Processo Civil: “Art. 369. As partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz”.

⁷⁷ Em regra, os processualistas civis entendem que a presunção não é tecnicamente nem meio e nem fonte de prova, mas sim uma atividade do juiz ao examinar as provas. As presunções judiciais seriam fruto do raciocínio do juiz, da sua livre valoração da prova. Seria, por exemplo, a relação entre o a marca de batom (indício) e a traição do marido (DIDER JR., Fredie et al. *Curso de direito processual civil*, v. 2: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. 10 ed. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 69). No mesmo sentido, MOREIRA, José Carlos Barbosa. As Presunções e a prova. *Temas de Direito Processual Civil*. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 59. Tecnicamente, a prova é o indício.

⁷⁸ ALVIM, J. E. Carreira. *Teoria geral do processo*. 21 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, e-book, n.p.

⁷⁹ A redação permaneceu sem alteração de 17/02/1804 até 1º/10/2016. A atual redação, como já reproduzida anteriormente, não ressalta a impossibilidade de presunção.

⁸⁰ Em tradução livre, “O dolo é uma causa de nulidade do acordo quando as manobras praticadas por uma das partes são tais que é evidente que, sem essas manobras, a outra parte não teria contratado. Ele não se presume e deve ser provado”.

⁸¹ Em tradução livre, “O dolo, dispõe o art. 1116, *in fine*, não se presume e deve ser provado. Essa fórmula é ambígua; parece que nosso art. 1116 quer dizer que, em matéria de dolo, as presunções referidas pelo art. 1349 não são admitidas. Mas o texto significa simplesmente que, até que se prove o contrário, a boa-fé é sempre presumida, e não o dolo. Ou seja, nunca será necessário provar que se estava de boa-fé, pois nunca se pode presumir que se esteja de má-fé. Cabe à pessoa que deseja se valer da suposta má-fé de seu adversário estabelecer essa má-fé, provar o dolo que alega. Mas é possível fazer a prova por todos os meios possíveis, mesmo invocando as presunções referidas no artigo 1349; as instâncias ordinárias podem apreciar soberanamente o alcance e o significado da prova” (HUC, Théophile. *Commentaire théorique et pratique du code civil*, t. 7: contrats et obligations; effet des obligations; conditions; solidarité; indivisibilité; clause pénale (art. 1101 à 1233). Paris: Cotillon, 1894, p. 58).

vedação à pressuposição de que os contratantes agem de má-fé,⁸² a reforçar a ideia de que em direito, a boa-fé sempre se presume, salvo se se provar que a má-fé está presente (*bona fides semper praesumitur nisi mala adesse probetur*). Na realidade, o dolo, para o direito civil francês, poderia ser provado por todas as formas de prova admitidas em direito, inclusive por meio do art. 1.349, que remetia à presunção.⁸³

O dolo pode, portanto, “ser aferido pelo magistrado a partir de presunções resultantes das circunstâncias e das peças dos autos”, como já se decidia apenas dez anos após a edição do *Code*.⁸⁴ Ou seja, de acordo com essa lógica, é possível que um magistrado entenda o dolo como provado a partir dos indícios do caso concreto e das regras de experiência, ainda que, pela lei, o dolo não se presuma. Como pontua De Page, trata-se de uma contradição apenas aparente.⁸⁵ Na realidade, o *Code* quis apenas afastar uma regra do *ancien droit* segundo a qual o dolo poderia resultar do ato em si mesmo (*dolus ex re ipsa*), para exigir que o *deceptus* comprovasse ao menos indícios do *deceptor*.⁸⁶

No Brasil, não é comum que a doutrina se preocupe com a prova da omissão dolosa.⁸⁷ Quanto muito, a máxima de que *o dolo não se presume* é reproduzida, desacompanhada da necessária remissão à mencionada contradição aparente.⁸⁸ Isso pode acarretar um contrassenso conceitual: se o erro é aferido *in abstracto*,⁸⁹ e o dolo *in concreto*, e o dolo não comporta presunções, como pode ser que se diga que o dolo seja mais fácil⁹⁰ de provar que o erro?

Na realidade, uma interpretação que não esvazia completamente o instituto do dolo é aquela que entende, assim como a doutrina francesa, que este pode ser provado “por

⁸² *Idem*, p. 58.

⁸³ Redação antiga do art. 1.349: “As presunções são consequências que a lei ou o magistrado tiram de um fato conhecido para um fato desconhecido”.

⁸⁴ Paris, 7 déc. 1814; Pal. t. 1er de 1815, art. 107, p. 419. Julgado citado por PAILLIET, J. B. J. *Manuel de droit français*. Paris: V. TH. Desoer, 1852, p. 353.

⁸⁵ DE PAGE, Henri. *Traité élémentaire de droit civil belge*, v. 1. 3ª Ed. Bruxelas: Émile Bruylant, 1962, p. 70.

⁸⁶ *Idem*, p. 70.

⁸⁷ Na realidade, praticamente nenhum comentário ao Código Civil aborda a prova do dolo por omissão sob qualquer aspecto. Cf. MEDINA, José Miguel Garcia; ARAÚJO, Fábio Caldas de. *Código Civil comentado: com súmulas, julgados selecionados e enunciados das jornadas do CJP*. 2ª Ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 214-215; SCHREIBER, Anderson. Comentários ao art. 147, CC. SCHREIBER, Anderson et al. *Código civil comentado: doutrina e jurisprudência*. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 107; AZEVEDO, Álvaro Villaça (Coord). *Código civil comentado*, v. 2. São Paulo: Atlas, 2003, pp. 209-210; DINIZ, Maria Helena. Comentários ao art. 147, CC. In: FIUZA, Ricardo (Coord). *Novo código civil comentado*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 148; NANNI, Giovanni Ettore. *Comentários ao código civil: direito privado contemporâneo*. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 236.

⁸⁸ Por exemplo, Cf. DELGADO, José Augusto; GOMES JÚNIOR, Luiz Manuel. *Comentários ao código civil brasileiro*, v. 2: dos fatos jurídicos. Coordenadores: Arruda Alvim e Thereza Alvim. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 530.

⁸⁹ A existência de erro é aferida com base na percepção de pessoa de diligência normal em face das circunstâncias do negócio (art. 138, CC).

⁹⁰ Cf., por todos, Gaudemet, na nota de rodapé nº 9 deste trabalho.

todos os meios (...): conjecturas, indícios e presunções”.⁹¹ Disso decorre outra observação importante: ao menos em princípio, não é necessário, na matéria, recorrer à inversão do ônus da prova. Como bem destaca Humberto Theodoro Júnior, “[p]ara as dificuldades objetivas, outras são as soluções que a lei prevê, como, por exemplo, os indícios e presunções, as máximas de experiência e outros expedientes quase sempre preconizados pelo direito material”.⁹²

Ainda que não explicita que se trate de uma presunção, a doutrina formula hipóteses em que se considera haver dolo por omissão. Anderson Schreiber, por exemplo, aponta como exemplos de omissão dolosa (i) a venda de um automóvel, entre particulares, sem a informação de que houvera conserto geral por perda total; e (ii) a locação de imóvel por locador que silencia quanto à existência de ruídos decorrentes de conflitos com os vizinhos.⁹³ Evidentemente, não se trata de exemplos peremptórios, porque qualquer adição de detalhes à narrativa poderia drasticamente mudar uma possível conclusão quanto à existência de dolo.⁹⁴ Fabiano Menke, exemplificativamente, alude a uma hipótese em que se deu por comprovada a omissão dolosa de um corretor que, tendo deixado de fechar negócios em razão da revelação de que se tratava de terreno não edificável, passou a omitir tal circunstância de modo a conseguir realizar a venda com mais facilidade.⁹⁵⁻⁹⁶

Na realidade, quanto ao elemento *moral* da omissão dolosa, a parte deverá demonstrar ao magistrado, a partir das circunstâncias do caso concreto, e da argumentação, dos usos, costumes, e do que habitualmente acontece, que o *deceptor* provavelmente sabia que a informação não divulgada era relevante para o *deceptus*, e mesmo assim a reteve, porque queria levar o *deceptus* a celebrar o negócio jurídico. Veja-se, por fim, que, apesar de extremamente inusitado, nada impede que o elemento moral da omissão dolosa seja provado por meio de depoimento pessoal da parte (quando o fato não for também típico⁹⁷), ou de prova documental (como carta, e-mail ou publicação em mídia social do

⁹¹ NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código civil comentado*. 13ª Ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2019, p. 453.

⁹² THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*, v. 1: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento. 56 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, e-book, n.p.

⁹³ SCHREIBER, Anderson. Comentários ao art. 147, CC, cit., p. 107.

⁹⁴ A venda de um automóvel para um particular que vai desmontá-lo para ferro velho ou usá-lo como item de decoração não parece ser afetada pela batida. Igualmente, o aluguel de um apartamento barulhento para uma pessoa surda pode não ser relevante. Mais uma vez, o acréscimo de detalhes aos exemplos apenas revela a possibilidade infinita de nuances da matéria, a serem apresentadas e avaliadas pelo magistrado no momento da valoração da prova.

⁹⁵ NANNI, Giovanni Ettore. *Comentários ao código civil: direito privado contemporâneo*. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 236.

⁹⁶ Igualmente, nessa hipótese, não haveria o elemento material da omissão dolosa (relevância) se o comprador não fosse construir no terreno adquirido.

⁹⁷ A parte não é obrigada a depor sobre fatos que possam repercutir em sua esfera criminal (art. 388, I, CPC). O dolo por omissão pode, em caso de também acarretar prejuízo alheio e vantagem própria, configurar ilícito penal, como o estelionato (art. 171, CP).

próprio *deceptor* vangloriando-se de ter enganado o *deceptus*).

3.2. Omissão dolosa e a relevância como elemento material

A princípio, pode ser de difícil visualização a relevância da omissão no caso concreto. Como poderia a omissão, a rigor um “nada” jurídico, ser elemento material (e requisito) da configuração do dolo negativo? Se o “nada” não acontece, ele já estaria provado? É possível que o “nada” se considere *não provado*? É possível que o “nada” *determine* alguma coisa?

Muriel Fabre-Magnan propõe três exemplos que bem ilustram a relevância da omissão dolosa (na doutrina francesa, *réticence dolosive*)⁹⁸ na celebração do negócio jurídico, e que se aplicam à lógica do Código Civil brasileiro. A autora explica que há uma diferença evidente entre a simples aceitação da oferta e a provocação de um elemento substancial da oferta, ou a dissimulação de uma qualidade do objeto.⁹⁹

No *primeiro exemplo*, uma sociedade de mineração realiza um estudo geológico e encontra uma área que conteria importantes reservas de ouro. A mineradora, então, entra em contato¹⁰⁰ com o proprietário de um dos terrenos localizados nessa área e faz

⁹⁸ Atualmente, o instituto se encontra positivado no art. 1.137 do Código Civil francês: Em tradução livre, “O dolo é o fato de um contratante obter o consentimento do outro por manobras ou mentiras. Constitui também dolo a dissimulação intencional, por um dos contratantes, de uma informação, sabendo do caráter determinante dessa informação para outra parte. Entretanto, não constitui dolo o fato de uma das partes não revelar à outra parte sua avaliação do valor da prestação”. Veja-se que a última parte do artigo, relativa ao valor da prestação, foi apenas incluída no direito francês com a reforma de 1º out 2018.

⁹⁹ FABRE-MAGNAN, *De l'obligation d'information dans les contrats*: essai d'une théorie, cit., p. 168.

¹⁰⁰ O STJ já teve a oportunidade de comentar que, nessas hipóteses, é verdade que o dolo omissivo assemelha-se bastante ao dolo comissivo. “Portanto, ao que se depreende, seja pelo dolo comissivo de efetuar manobras para fins de obtenção de uma declaração de vontade, seja pelo dolo omissivo na ocultação de fato relevante - ocorrência da usucapião -, também por esse motivo, há de se anular o negócio jurídico em comento”. “DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. ANULAÇÃO DE NEGÓCIO JURÍDICO. COMPRA E VENDA DE IMÓVEL. EXISTÊNCIA DE USUCAPIÃO EM FAVOR DO ADQUIRENTE. OCORRÊNCIA DE ERRO ESSENCIAL. INDUZIMENTO MALICIOSO. DOLO CONFIGURADO. ANULAÇÃO DO NEGÓCIO JURÍDICO. 1. O erro é vício do consentimento no qual há uma falsa percepção da realidade pelo agente, seja no tocante à pessoa, ao objeto ou ao próprio negócio jurídico, sendo que para render ensejo à desconstituição de um ato haverá de ser substancial e real. 2. É essencial o erro que, dada sua magnitude, tem o condão de impedir a celebração da avença, se dele tivesse conhecimento um dos contratantes, desde que relacionado à natureza do negócio, ao objeto principal da declaração de vontade, a qualidades essenciais do objeto ou pessoa. 3. A usucapião é modo originário de aquisição da propriedade em razão da posse prolongada da coisa, preenchidos os demais requisitos legais, sendo que aqui, como visto, não se discute mais sobre o preenchimento desses requisitos para fins de prescrição aquisitiva, sendo matéria preclusa. De fato, preenchidos os requisitos da usucapião, há, de forma automática, o direito à transferência do domínio, não sendo a sentença requisito formal à aquisição da propriedade. 4. No caso dos autos, não parece crível que uma pessoa faria negócio jurídico para fins de adquirir a propriedade de coisa que já é de seu domínio, porquanto o comprador já preenchia os requisitos da usucapião quando, induzido por corretores da imobiliária, ora recorrente e também proprietária, assinou contrato de promessa de compra e venda do imóvel que estava em sua posse ad usucapionem. Portanto, incide o brocardo *nemo plus iuris*, isto é, ninguém pode dispor de mais direitos do que possui. 5. Ademais, verifica-se do cotejo dos autos uma linha tênue entre o dolo e o erro. Isso porque parece ter havido, também, um induzimento malicioso à prática de ato prejudicial ao autor com o propósito de obter uma declaração de vontade que não seria emitida se o declarante não tivesse sido ludibriado - dolo (CC/1916, art. 92). 6. Portanto, ao que se depreende, seja pelo dolo comissivo de efetuar manobras para fins de obtenção de uma declaração de vontade, seja pelo dolo omissivo na ocultação de fato relevante - ocorrência da usucapião -, também por esse motivo, há de se anular o negócio jurídico em comento. 7. Recurso especial não provido” (STJ, REsp n. 1.163.118/RS, relator Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 20/5/2014, REPDJe de 05/08/2014, DJe de 13/6/2014).

uma boa oferta de aquisição, considerando apenas a média dos preços da localidade (sem levar em consideração a existência de ouro no terreno, que é desconhecida do proprietário). Nesse caso, há relevância na omissão, porque o proprietário foi levado a concluir negócio que não teria celebrado não fosse o dolo da outra parte.

No *segundo exemplo*, a mesma mineradora encontra as mesmas reservas de ouro. Coincidentemente, dias mais tarde, o proprietário de um dos terrenos insere naquela região publica um anúncio no jornal, pondo seu terreno à venda, e com o preço fixo. Fabre-Magnan aponta que, nesse caso, não haveria relevância da omissão, porque provavelmente qualquer outra pessoa teria comprado o terreno pelo mesmo preço. Além do mais, aponta que caberia ao proprietário se informar corretamente sobre o valor do terreno que vende antes de realizar a oferta em jornal. Caso não o faça, há erro inescusável do vendedor.¹⁰¹

No *terceiro exemplo*, suponha-se que o mesmo vendedor do *segundo exemplo*, surpreso com uma aceitação tão rápida de sua oferta, indagasse ao preposto da empresa compradora a respeito das características de seu próprio terreno.¹⁰² Trata-se de fato que a parte tinha interesse em conhecer.¹⁰³ No caso, não apenas tinha interesse, mas efetivamente perguntou. A rigor, uma vez revelada a informação, o negócio não se teria celebrado, pelo que eventual reticência do preposto viria a ser determinante para a celebração da compra e venda. Ou seja, se se demonstrar, por meio de indícios, que a notícia da informação omitida seria capaz de, no caso concreto, obstar a realização do negócio, de modo que a revelação seria incompatível com a celebração da avença, considera-se preenchido o requisito da parte final do art. 147, CC.

A rigor, a prova da relação entre a omissão e a celebração da avença, do mesmo modo que a prova do elemento psíquico, também se opera por meio de presunções judiciais, a partir de um regime de probabilidade lógica do que se pretende provar.¹⁰⁴ O fato presumido, portanto, nada mais é do que uma consequência verossímil do fato

¹⁰¹ FABRE-MAGNAN. *De l'obligation d'information dans les contrats: essai d'une théorie*, cit., p. 168.

¹⁰² *Ibid.*, p. 169.

¹⁰³ PLANIOL, Marcel; RIPERT, Georges (Org). *Traité pratique de droit civil français*, t. 6: obligations. 1ª parte. Paris: LGDJ, 1952, p. 243.

¹⁰⁴ "As presunções judiciais possuem natureza de autêntico fenômeno probatório, pois constituem o resultado da inferência realizada em torno da demonstração do *factum probandum* e, muito embora decorram de juízos gerais (máximas da experiência, p. ex.), não possuem natureza abstrata, sendo construídas no processo judicial a partir da prova particular do caso concreto. O nexo de causalidade pode ser constatado através de presunção legal, hipótese na qual é construído pelo legislador, e através de presunção judicial, quando sua construção ocorre durante o processo, tendo em conta o percurso do intérprete pela estrutura inferencial do raciocínio probatório" (CARPES, Artur Thompsen. *A Prova do nexo de causalidade na responsabilidade civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 177-178.).

conhecido, “e o espírito humano aceita como provavelmente verdadeiro o fato que deseja provar”.¹⁰⁵

Condição essencial da presunção judicial é a fundamentação. Nessa toada, a prova da omissão dolosa, que depende de presunções judiciais tanto para seu elemento moral quanto para seu elemento material, exige do magistrado um dever redobrado de fundamentação.¹⁰⁶ De igual modo, impõe às partes que apresentem uma narrativa coerente e ricamente fundada em indícios, de modo a permitir a extração de consequências verossímeis à luz do caso concreto.

4. Análise da jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

No período de 1º/01/2018 até 18/02/2023, o TJRJ teve a oportunidade de proferir 95 decisões de segunda instância (acórdãos ou decisões monocráticas) em ações que contestavam a validade do negócio jurídico com base em dolo por omissão.¹⁰⁷ A pesquisa separou o ramo do direito envolvido em cada acórdão em quatro grandes temas: “puramente regra geral: art. 147”, “seguros”, “consumidor” e “outros: n.a.”.¹⁰⁸

As decisões se dividiram em 79 apelações, 13 agravos de instrumento e 2 ações rescisórias e 1 remessa necessária. Apesar da existência de 95 acórdãos sobre o tema, apenas 17 (17,9%) analisaram o caso à luz da sistemática do art. 147, CC (“puramente regra geral”), e desses 17, 13 enfrentaram o mérito (76,4% de análise do mérito). Na realidade, 38,9% dos acórdãos totais remeteram ao Código de Defesa do Consumidor, como em contratos

¹⁰⁵ MAGALHÃES, Teresa Ancona Lopez de. As presunções no direito, especialmente no direito civil. *Revista dos Tribunais*, a. 67, v. 513, jul. 1978, p. 31.

¹⁰⁶ O juiz deve percorrer, “ainda que sumariamente, a estrutura inferencial do raciocínio probatório, em seus dois níveis, especialmente no que se refere à qualidade e quantidade de provas produzidas a respeito dos fatos e indiciários, e ao grau de confiança em face da (...) máxima de experiência empregada. O processo lógico que leva à construção das presunções em torno do nexo de causalidade deve ser, dessa forma, anunciado no juízo de fato, ainda que sinteticamente. Tais aspectos, sobretudo, constituem os requisitos mínimos para que se tenha cumprido o dever fundamental da motivação, mediante a exigência de que o discurso justificativo seja completo e concreto” (CARPES, Artur Thompsen. *A Prova do nexo de causalidade na responsabilidade civil*, cit., p. 179).

¹⁰⁷ A levantamento teve como marco temporal os anos de 2018 até 18/02/2023, e usou os termos “omissão dolosa” (61 acórdãos), “dolo por omissão” (1 acórdão), “omissão intencional” (24 acórdãos), “art. 147”, com filtro para direito civil e removendo eventuais menções ao Código Penal, ao Estatuto da Criança e do Adolescente e ao Código de Trânsito Brasileiro (4 acórdãos), e “artigo 147”, nos mesmos termos anteriores (5 acórdãos).

¹⁰⁸ A categoria “Outros: n.a.” refere-se, por exemplo, a acórdãos que apareceram na pesquisa por acaso, e que não integram o objeto do estudo, pelo que foram descartados para fins estatísticos. Essa categoria inclui, por exemplo, ações de improbidade administrativa, e ações de responsabilidade civil do Estado, que usaram o termo “omissão dolosa” ou “dolo por omissão” em um contexto alheio aos defeitos do negócio jurídico. A categoria também inclui recursos que não tiveram o mérito julgado em razão de questões processuais ou materiais, como a intempetividade ou a prescrição.

de plano de saúde ou em seguros de vida, e 2,1% dos acórdãos remeteram exclusivamente ao regime especial do Código Civil destinado aos seguros.

Em 41% dos casos, o termo apareceu em contextos alheios à presente pesquisa, como ações de improbidade administrativa, manobras processuais, e responsabilidade civil aquiliana. Isso significa que, no espaço amostral remanescente, os regimes especiais dos seguros e o Código de Defesa do Consumidor dominam praticamente 70% do cenário decisório. Isso pode indicar um esvaziamento prático da regra do art. 147.

Na realidade, mesmo os acórdãos que tratavam de relações paritárias e regidas pelo art. 147 fizeram, na verdade, amplo uso da boa-fé objetiva em sua fundamentação, deixando o próprio conteúdo do art. 147 de lado. Apenas 41% dos acórdãos que aplicaram o art. 147 e resolveram o mérito o fizeram de forma isolada, sem menção a princípios ou a demais dispositivos legais, contra 59%, que o fizeram. A boa-fé objetiva e o art. 422, CC foram mencionados em 71% das decisões que mencionaram outros dispositivos que não o art. 147, CC.

Nas ações que aplicavam a regra do art. 147, CC (desprezando-se, portanto, aquelas que aplicavam o CDC ou regimes especiais de seguros, por exemplo), o mérito foi enfrentado em 76% dos casos (os demais reconheceram prescrição ou não conheceram do recurso). Dos casos que tiveram análise de mérito, a omissão dolosa foi reconhecida em 61,5% dos casos, e em 100% deles a consequência jurídica aplicada foi a invalidade negocial (ou seja, não houve desvios do predicado legal quanto aos efeitos).

Entre os casos em que o TJRJ não reconheceu a omissão dolosa, encontram-se: (i) ação movida por ex-cliente contra sociedade de advogados, aduzindo que teria celebrado contrato de prestação de serviços advocatícios com valores desproporcionais à causa (no caso, o tribunal afastou o dolo por omissão, mas aplicou a regra da lesão);¹⁰⁹ (ii) ação movida por adquirente de imóvel, que, não tendo conseguido financiamento, não concordou com a retenção das arras (o tribunal entendeu que o contrato previa expressamente que a adquirente quitasse o imóvel com recursos próprios);¹¹⁰ e (iii) ação movida por adquirente de vaga de lancha, cujo tamanho veio a ser reduzido por assembleia condominial superveniente, de modo que sua lancha lá não mais cabia (o tribunal entendeu que à época da venda o tamanho da vaga não havia sofrido alteração).¹¹¹

¹⁰⁹ Processo 0185991-17.2018.8.19.0001.

¹¹⁰ Processo 0008912-26.2015.8.19.0205.

¹¹¹ Processo 0314043-07.2013.8.19.0001.

Na realidade, a jurisprudência do TJRJ somente parece inclinada a afastar a omissão dolosa quando o suposto *deceptor* sustenta teses baseadas em (i) alguma falha grave no dever de se informar do suposto *deceptus*; (ii) atitudes concretas do *deceptor* que comprovem não apenas seu comportamento conforme ao direito, mas seu comportamento proativo na informação do suposto *deceptus*; e (iii) superveniência do fato omitido em relação à celebração do negócio. Na prática, o tribunal tende a mitigar a máxima do *bona fides semper praesumitur nisi mala adesse probetur*, de modo que acaba por impor implicitamente ao *deceptus* a "justificação" da validade do consentimento do *deceptus* (ainda que o ônus da prova não seja explicitamente¹¹² alterado pelo magistrado).¹¹³

Já nos casos em que o TJRJ reconheceu a omissão dolosa, estão (i) venda de um imóvel que havia sido interditado pela Defesa Civil, mas que passara por obras meramente estéticas para esconder as rachaduras (note-se a linha tênue entre ação e omissão);¹¹⁴ (ii) arrematação, em leilão, de imóvel comercial com valor de condomínio em R\$25.000,00 (o acórdão registrou que essa despesa era excessivamente desproporcional, a ensejar um dever de informar, e parece ter equiparado violação da boa-fé a dolo);¹¹⁵ (iii) cessão de posse contestada judicialmente (o tribunal entendeu que bastava a comprovação de que o cedente tinha consciência de que a posse era contestada para a configuração do dolo);¹¹⁶ e (iv) cessão de permissão de táxi de caráter precário (considerou-se que cessionário não

¹¹² Essa técnica, de difícil defesa em países de *civil law*, como notado por Taruffo, é usado de forma frequente: "Sin embargo, los tribunales usan diversas técnicas para crear presunciones. Una técnica 'silenciosa' consiste en manipular las cargas o en decidir una causa sin aplicar estrictamente las reglas y sin enunciar expresamente que se tomó este tipo de decisión. Los tribunales italianos suelen usar esta técnica cuando crean las llamadas *presunzioni giurisprudenziali*" (TARUFFO, Michele. *La prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2008, p. 154).

¹¹³ O efeito prático decorrente disso é: na posição de advogado do suposto *deceptor*, não se deve apenas remeter à inexistência de provas, mas demonstrar a proatividade do réu no caso concreto. Como a matéria é eminentemente fática, as chances de reversão, por parte do STJ, de um julgado que, na prática, permita uma *praesumptio doli* são remotas. Sob uma ótica de *revalorização* da prova (e não do reexame), pode-se sustentar, contudo, a violação, para além da violação aos artigos do Código Civil relativos ao dolo, a violação dos artigos do Código de Processo Civil relativos à fundamentação das decisões judiciais (notadamente o art. 489, CPC). Isso porque concluir que houve dolo sem observar e descrever, no acórdão, os indícios e circunstâncias presentes nos autos, e remetendo exclusivamente à paráfrase do art. 147, CC, viola diretamente a fundamentação das decisões judiciais, sobretudo quando se trata de prova indiciária, que inerentemente requer maior uma carga argumentativa do intérprete.

¹¹⁴ Processo 0035129-30.2015.8.19.0004.

¹¹⁵ Processo 0233789-42.2016.8.19.0001. Quanto ao caso, é sabido que, na sistemática dos leilões, é de praxe que o arrematante busque informações do imóvel que quer arrematar, até mesmo junto à administradora do condomínio, quando as informações não constarem claramente do edital. O acórdão entendeu, contudo, que essa busca não seria razoável, e que o arrematante tinha outros imóveis na região que não contavam com despesas condominiais de elevado valor ("No caso sob exame, considerando a anormalidade do valor da cota condominial que recai sobre o bem objeto da demanda e a relevância desse dado no momento da manifestação da vontade acerca da realização ou não do negócio jurídico, pode-se afirmar que o silêncio do alienante no que se refere a essa informação contraria o dever jurídico do contratante de agir conforme a boa-fé").

¹¹⁶ Processo 0014236-76.2015.8.19.0211.

teria celebrado o negócio se soubesse da precariedade do título, e que o cedente sabia de tal condição).¹¹⁷

É particularmente interessante destacar hipótese em que o Poder Judiciário fluminense reconheceu dolo por omissão de um fato supostamente público. Com efeito, a 23ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro anulou uma venda de imóvel, por omissão dolosa, pelo fato de que o instrumento de compra e venda expressamente informava que o imóvel já se encontrava desmembrado, quando na verdade não estava. Argumentos como o dever de se informar do adquirente e a presunção de publicidade da escritura do imóvel não foram levados em consideração no *decisum*.¹¹⁸

O dano moral decorrente da omissão dolosa foi concedido em 80% dos casos em que constou dos pedidos da inicial. *Grosso modo*, concedeu-se cerca de R\$6.000,00 para contratos que versavam sobre bens móveis e R\$20.000,00 para contratos sobre bens imóveis.

Em 23% das decisões de mérito do art. 147 (regra geral), a menção ao dolo negativo veio desacompanhada de qualquer fundamentação (mera remissão ao dispositivo legal). Nos demais casos, houve mera remissão ao fato de que o *deceptor* sabia, deveria ou poderia saber da qualidade ocultada – o que constitui, doutrinariamente, apenas um dos elementos morais da omissão dolosa.

A relevância da omissão dolosa não foi enfrentada em praticamente nenhum julgado. Na realidade, em apenas um único julgado houve menção ao requisito, mas a menção limitou-se à paráfrase da parte final do art. 147, CC, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida.¹¹⁹

O que se nota, qualitativamente, é que, em termos gerais, o TJRJ (i) reduz todos os requisitos do art. 147, CC, a se o *deceptor* sabia ou poderia saber do fato supostamente ocultado; (ii) aborda boa-fé objetiva, boa-fé subjetiva, omissão dolosa, veracidade e dever de informar como se fossem sinônimos. Além disso, é possível afirmar que, mesmo nos casos que versavam tipicamente sobre dolo por omissão, a boa-fé objetiva foi

¹¹⁷ Processo 0044179-93.2014.8.19.0205.

¹¹⁸ Processo 0010672-51.2018.8.19.0028.

¹¹⁹ “Assim, considerando-se que os negócios jurídicos indicados na inicial não teriam sido celebrados se o autor tivesse ciência de que a autorização para operação do serviço de táxi nº 16.000141-9 que lhe foi cedida era precária, tem-se que devem ser anulados (desconstituídos, e não declarados nulos como equivocadamente fez a sentença), retornado as partes ao estado que antes deles se achavam, nos termos do artigo 182 do Código Civil” (Processo 0044179-93.2014.8.19.0205, grifou-se).

majoritariamente utilizada para a solução do conflito, ainda que de modo conjunto com o art. 147, CC.

Em uma análise crítica, o cenário permite afirmar que o Judiciário fluminense tem equiparado todos os requisitos de omissão dolosa, *grosso modo*, a uma análise da boa-fé *subjetiva* do suposto *deceptor*. Para que se proponha a anulação de um negócio jurídico por dolo, portanto, nesses termos, bastaria, para esse tribunal, que o autor comprovasse que o réu sabia (ou, ainda, poderia saber) da condição não mencionada, ignorando-se demais requisitos, como a intenção de celebrar negócio jurídico e a relevância da omissão.

5. Conclusão: entre consciência e proatividade

O presente artigo se propôs a aferir como se prova a omissão dolosa para o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Para tanto, discorreu-se brevemente sobre erro, dolo e violação da boa-fé como funcionalmente similares, mas estruturalmente divergentes. Também se ressaltou que o primeiro é causa de invalidade do negócio jurídico, o segundo é tanto causa de invalidade quanto ato ilícito (e pode gerar dever de indenizar, se dele advier dano), e a terceira é apenas ato ilícito, que pode acarretar o dever de indenizar (isto é, as “perdas e danos”, se se olha o assunto sob o prisma da nomenclatura da responsabilidade contratual).

Em uma perspectiva de facilitação da prova, a doutrina entende que o dolo é de mais fácil comprovação que o erro, sobretudo quando se considera que o erro é apenas interno do contratante, ao passo que o dolo é externo, e se manifesta para além do mero fator psíquico. Sob esse prisma, levantou-se a hipótese de que o mero descumprimento do dever de informar, decorrente da boa-fé, viria a desempenhar, em relação ao dolo, o que o dolo significou em relação ao erro, isto é, um facilitador da prova e dos requisitos à invalidade contratual.

Inicialmente, constatou-se que os requisitos do art. 147, CC são lidos e completados pela doutrina de modo a que se exijam: (i) bilateralidade negocial; (ii) silêncio alinhado a um estado psicológico de indução à celebração do negócio, atrelado à consciência de que a contraparte está em erro; (iii) ignorância da outra parte quanto ao fato omitido; (iv) relevância concreta da omissão; (v) existência, *in casu*, de um dever de informar, seja legal, seja decorrente dos usos e costumes.

Particularmente, os elementos de mais difícil prova da omissão dolosa são: (i) a intenção de induzir a contratação, (ii) a consciência de que a contraparte está em erro; e (iii) a determinância da omissão para a celebração do negócio. Como se discorreu, provas documentais dos elementos anímicos são improváveis, visto que dificilmente alguém registraria em e-mails, cartas ou gravações seus próprios motivos torpes. Mesmo o depoimento pessoal, em grande parte dos cenários de dolo por omissão, pode sofrer limitações probatórias *ope legis* (quando o dolo puder configurar, ao mesmo tempo, fato típico, como o estelionato, ou outras fraudes). Resta ao magistrado, portanto, sopesando as circunstâncias e os indícios apresentados, de acordo com sua livre motivação, presumir o *élément moral* no caso concreto. A máxima de que a má-fé, em direito, não se presume não significa que o magistrado não possa entendê-la presente no caso concreto por meio de indícios e presunções. Tal confusão, como visto, tem raízes no Código Civil francês.

A relevância concreta da omissão também se opera por meio de presunções judiciais. Disso decorre a importância da apresentação de provas indiciárias e circunstanciais ao magistrado, a avaliar a inferência do dolo no caso concreto. Como tanto o elemento moral quanto o elemento material da omissão dolosa são provados precipuamente por meio de indícios e de presunções judiciais, a qualidade da fundamentação que sopesa os indícios e fornece o *iter* argumentativo autorizativo do reconhecimento da omissão dolosa é primordial. Trata-se de um dever redobrado de fundamentação: não apenas remeter às provas indiciárias constantes dos autos, mas atribuir-lhes relevância concreta no comportamento das partes.

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, nos últimos cinco anos, tem abordado omissão dolosa, erro e violação da boa-fé objetiva de modo aparentemente indistinguível, inclusive quanto a seus efeitos, equiparando os requisitos da omissão dolosa a uma análise da boa-fé *subjetiva* do suposto *deceptor*. Na prática forense, basta que se argumente coerentemente que a parte sabia de um fato relevante (ou deveria saber), e não o divulgou, para que se obtenha a anulação do negócio. Mesmo fatos públicos (como aqueles constantes do registro de imóveis), que não seriam, em princípio, aptos a preencher o requisito “ignorância da parte quanto ao fato omitido”, são entendidos como passíveis de omissão no caso concreto.

Os dados também demonstram que os regimes especiais, como o direito dos seguros e o direito consumerista, esvaziaram consideravelmente as hipóteses de incidência “pura” do art. 147, CC. E, mesmo dentro das hipóteses claras de aplicação do regime geral,

outros valores como a boa-fé objetiva, o dever de informar (independentemente se fundado no art. 147 ou no art. 422, CC) e o dever de veracidade (normalmente citado no contrato de seguro, dada a dicção do art. 765, CC)¹²⁰ assumem um papel preponderante.

O tribunal tem posto à prova a regra de que a má-fé não se presume. De fato, uma vez ajuizada a ação, o suposto *deceptor* só consegue impedir que se anule o negócio jurídico por omissão dolosa se apresentar provas de agiu de boa-fé, mostrando que foi proativo, ou se provar a ausência de um dos requisitos da omissão dolosa no caso concreto, mostrando, por exemplo, que a parte tinha conhecimento da qualidade que veio a posteriormente alegar que fora omitida.

Se essa tendência parece, por um lado, facilitar ao máximo a prova da omissão dolosa, concretizando muitas vezes o princípio do acesso à justiça em situações de difícil prova ou de provas diabólicas, por outro lado, também suscita a preocupação de que uma facilidade probatória tamanha possa estimular litígios temerários, mormente quando se parece exigir *do réu* que comprove a lisura na celebração da avença, ou seja, que não agiu com dolo – e provas negativas, como a *ausência de dolo*, também são diabólicas.

Referências

- ALVIM, J. E. Carreira. *Teoria geral do processo*. 21 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.
- AMARAL, Francisco. *Direito Civil: introdução*, 4^a ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- ARRUDA ALVIM. *Manual de direito processual civil*. 17 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.
- ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Civil: teoria Geral, Ações e fatos jurídicos*, v. 2. 3^a Ed. São Paulo: Saraiva, 2010
- AZEVEDO, Álvaro Villaça (Coord). *Código civil comentado*, v. 2. São Paulo: Atlas, 2003.
- AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4. ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2002.
- BENETTI, Giovana. *Dolo no direito civil: uma análise da omissão de informações*. 1. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2019.
- BEVILAQUA, Clovis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil commentado*, v. 1. Rio de Janeiro: F. Alves, 1959.
- CAPPELLETTI, Mauro. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.
- CARPES, Artur Thompsen. *A Prova do nexo de causalidade na responsabilidade civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.
- CHRISTOPH, Fabian. *O dever de informar no direito civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

¹²⁰ Código Civil: “Art. 765. O segurado e o segurador são obrigados a guardar na conclusão e na execução do contrato, a mais estrita boa-fé e veracidade, tanto a respeito do objeto como das circunstâncias e declarações a ele concernentes”.

- DE PAGE, Henri. *Traité élémentaire de droit civil belge*, v. 1. 3^a Ed. Bruxelas: Émile Bruylant, 1962.
- DELGADO, José Augusto; GOMES JÚNIOR, Luiz Manuel. *Comentários ao código civil brasileiro*, v. 2: dos fatos jurídicos. Coordenadores: Arruda Alvim e Thereza Alvim. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- DIDER JR., Fredie et al. *Curso de direito processual civil*, v. 2: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. 10 ed. Salvador: JusPodivm, 2015.
- DÍEZ-PICAZO, Luis. *Derecho de daños*. 1. ed. Madrid: Civitas, 1999.
- DINIZ, Maria Helena. Comentários ao art. 147, CC. In: FIUZA, Ricardo (Coord). *Novo código civil comentado*. São Paulo: Saraiva, 2002.
- ENNECCERUS, Ludwig; LEHMANN, Heinrich. *Tratado de derecho civil*, t. 1, v. 2: parte general. Trad. Blas Pérez Gonzales e José Alguer. Barcelona: Bosch, 1935.
- FABRE-MAGNAN, Muriel. *De l'obligation d'information dans les contrats : essai d'une théorie*. Paris: LGDJ, 1992.
- GAUDEMET, Eugène. *Théorie générale des obligations*. Paris: Dalloz, 2004, p. 71.
- GONÇALVES, Luiz da Cunha. *Tratado de direito civil em comentário ao código civil português*. 2^a Ed. São Paulo: Max Limonad, 1958.
- HUC, Théophile. *Commentaire théorique et pratique du code civil*, t. 7: contrats et obligations; effet des obligations; conditions; solidarité; indivisibilité; clause pénale (art. 1101 à 1233). Paris: Cotillon, 1894.
- KHADER, Eliana Maria. *A prova do dolo*. Dissertação defendida perante o programa de Pós-graduação em Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro em 2012, sob orientação do Prof. Dr. Juarez Tavares.
- KONDER, Carlos Nelson. Erro, dolo e coação: autonomia e confiança na celebração dos negócios jurídicos, in: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite (Orgs.). *Manual de teoria geral do direito civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.
- LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*, t. 2. Trad. Jaime Santos Briz. Madri: Editorial Revista de Derecho Privado, 1958.
- LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de direito civil*, v. 1: introdução, parte geral e teoria dos negócios jurídicos. 9^a Ed. Atual. José Serpa Santa Maria. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000.
- LOTUFO, Renan. *Código civil comentado*, v. 1: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2003.
- MAGALHÃES, Teresa Ancona Lopez de. As presunções no direito, especialmente no direito civil. *Revista dos Tribunais*, a. 67, v. 513, jul. 1978.
- MARTINS-COSTA, Judith. Os regimes de dolo civil no direito brasileiro: dolo antecedente, vício informativo por omissão e por comissão, dolo acidental e dever de indenizar. *Revista dos Tribunais*, vol. 923. São Paulo, Ano 101, set. 2012.
- MEDINA, José Miguel Garcia; ARAÚJO, Fábio Caldas de. *Código Civil comentado: com súmulas, julgados selecionados e enunciados das jornadas do CJF*. 2^a Ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.
- MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*, t. 4: validade, nulidade, anulabilidade. Atual. Marcos Bernardes de Mello e Marcos Ehrhardt Jr. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. As Presunções e a prova. *Temas de Direito Processual Civil*. São Paulo: Saraiva, 1977.
- NANNI, Giovanni Ettore. *Comentários ao código civil: direito privado contemporâneo*. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.
- NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código civil comentado*. 13^a Ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2019.

NEVARES, Ana Luiza Maia. O erro, o dolo, a lesão e o estado de perigo no Código Civil de 2002. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *A parte geral do novo Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional*. 2. ed. rev. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

PAILLIET, J. B. J. *Manuel de droit français*. Paris: V. TH. Desoer, 1852.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: introdução ao direito civil e teoria geral do direito civil*. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

PÉREZ MANZANO, Mercedes. Dificultad de la prueba de lo psicológico y naturaleza normativa del dolo. In: GARCÍA VALDÉS, Carlos et al (Coord). *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*. Madrid: Edisofer, 2008. v. 2.

PLANIOL, Marcel. *Traité élémentaire de droit civil*, t. 2. 4ª Ed. Paris: LGDJ, 1907.

PLANIOL, Marcel; RIPERT, Georges (Org). *Traité pratique de droit civil français*, t. 6: obligations. 1ª parte. Paris: LGDJ, 1952.

RIEG, Alfred. *Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand*. Paris: LGDJ, 1961.

RIPERT, Georges. *La règle morale dans les obligations civiles*. 4ª Ed. Paris: LGDJ, 1949.

SALAZAR, William Quiroz. *La prueba del dolo en el proceso penal acusatorio garantista: atribución, acreditación en el juicio oral y probanza judicial*. 2 ed. Lima: Ideas, 2019.

SALEILLES, Raymond. *De la déclaration de volonté: contribution à l'étude de l'acte juridique dans le code civil allemand (Art. 116 à 144)*. Paris: LGDJ, 1929.

SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação a diluição dos danos*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

SCHREIBER, Anderson. Comentários ao art. 147, CC. SCHREIBER, Anderson et al. *Código civil comentado: doutrina e jurisprudência*. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

SOUZA DINIZ (Tradutor). *Código civil alemão*. Rio de Janeiro: Record Editôra, 1960.

TARUFFO, Michele. *La prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2008.

TAVARES, Juarez; CASARA, Rubens. Prova e verdade. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloísa Helena; BODIN DE MORAES, Maria Celina (Org). *Código civil interpretado conforme a Constituição da República*, v. 1: parte geral e obrigações (arts. 1º ao 420). 2ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

TERRA, Aline de Miranda Valverde. Dever de revelação do árbitro e dever de investigação da parte: um cotejo necessário. 8º Congresso do IBDCivil: 20 anos do Código Civil na legalidade constitucional. 2022 (Congresso).

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Comentários ao novo código civil: dos defeitos do negócio jurídico ao final do Livro III*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*, v. 1: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento. 56 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

VASCONCELLOS, Bernardo Diniz Accioli de; REIS, Mateus de Moraes. Reequilíbrio contratual e pandemia: uma análise da fundamentação das decisões judiciais do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Civilistica.com*, a. 11, n. 2, 2022.

VELOSO, Zeno. *Invalidade do negócio jurídico: nulidade e anulabilidade*. 2ª Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Código civil interpretado*. São Paulo: Atlas, 2010.

Como citar:

VASCONCELLOS, Bernardo Diniz Accioli de. A prova da omissão dolosa: o que se prova e como se prova na jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 13, n. 1, 2024. Disponível em: <<https://civilistica.emnuvens.com.br/redc>>. Data de acesso.



civilistica.com

Recebido em:
31.12.2023