

A Reserva Mental no Código Civil Brasileiro

Gustavo Tanger Jardim

*Advogado da CAIXA no Rio Grande do Sul
Pós-graduado em Direito Civil pela UniRitter/RS
Especialização em Direito na Università
degli Studi di Sassari/Itália
Pós-graduado em Direito e Processo
do Trabalho pela UNIDERP
Pós-graduado em Gestão de Pessoas
pela UniRitter/RS*

RESUMO

O artigo tem como objetivo abordar o instituto da reserva mental introduzido no ordenamento civil com o advento do Código Civil de 2002. Para tanto, serão tomados por base estudos elaborados antes de o tema ser positivado na Lei Civil, cotejando-os com os novos paradigmas introduzidos após a queda do ordenamento oitocentista. Buscar-se-á traçar um perfil atualizado da reserva mental, bem como sua natureza jurídica e seus efeitos sobre os negócios jurídicos. Para atingir tal escopo, será examinado o tema à luz da teoria geral do Direito Civil, analisando-se a doutrina e as legislações estrangeiras. Para consolidar as conclusões obtidas, o estudo abordará precedentes jurisprudenciais como forma de auxiliar no entendimento das percepções do Poder Judiciário sobre a reserva mental.

Palavras-chave: Código Civil. Negócios jurídicos. Declaração de vontade. Reserva mental.

RIASSUNTO

L'articolo si propone di affrontare l'istituto riserva mentale introdotte nelle regole civili con l'avvento del "Código Civil de 2002". A questo fine, saranno adottate basano sul studi effettuati prima che la questione diventare positivo in Diritto Civile, confrontandoli con i nuovi paradigmi introdotto dopo la caduta del sistema XIX secolo. Cercherà disegnare un profilo aggiornato di riserva mentale e la sua natura giuridica ei suoi effetti sulla transazioni. Per raggiungere questo scopo, la questione alla luce della teoria generale del diritto civile, la dottrina e la legislazione straniera sarà esaminata. Per consolidare i risultati ottenuti, lo studio affronterà la giurisprudenza, per contribuire alla comprensione delle percezioni della Magistratura.

Parole chiave: Codice Civile. Negozi Giuridici. Dichiarazione di Volontà. Riserva Mentale.

Introdução

O presente artigo busca aprofundar o estudo sobre os vícios dos negócios jurídicos, de modo especial, o instituto da reserva mental. O primeiro desafio enfrentado é a escassa bibliografia sobre o tema, existindo poucas obras de fôlego e pequenas referências em manuais de Direito Civil. Sobre a Reserva Mental, a melhor referência doutrinária existente é a obra do professor Nery Júnior, produzida na longínqua década de 80.

Ocorre que, embora haja absoluta excelência nesse estudo de Nery Júnior, ele foi elaborado em época que o direito positivo vigente no Brasil não previa a reserva mental. Mas não é apenas por esse motivo que o estudo merece aprofundamento e retoques. Nessa época o nosso ordenamento era norteado pelo Código Civil de 1916, como reflexo de uma codificação oitocentista, e tinha como linha mestra o individualismo burguês sob influência de uma mentalidade patriarcal própria de uma sociedade ainda em fase pré-industrial.

Além do mais, a estrutura do Código de 1916 não se aproveitou das frutíferas inovações da cultura jurídica alemã sobre o negócio jurídico (COELHO, 2003, p. 283), baseando a letra de sua lei na noção de ato jurídico originada na doutrina francesa. Com o advento do Código Civil de 2002, que aplaudiu a contribuição dos pandectistas alemães e incorporou a teoria do negócio jurídico, surge a necessidade de uma releitura dos antigos escritos sobre negócios jurídico e, de modo especial, sobre a reserva mental.

De acordo com os estudos elaborados pelo professor Nery Júnior (1983), a figura da reserva mental constava no artigo 105 do projeto do Código Civil de 1916, mas esse artigo foi eliminado sumariamente pela Comissão Revisora em 7 de maio de 1900 sem qualquer justificção ou debate. Por causa dessa atitude, a matéria somente permaneceu viva graças aos autores que, de quando em vez, referiam-se sobre a reserva mental procurando elucidar alguma contenda surgida quando havia alguma divergência entre a vontade e a declaração.

Mudaram os tempos, e a situação, agora, configura-se de uma maneira diversa. Com a inserção do instituto da reserva mental no artigo 110 no Código Civil de 2002, surgiu a necessidade de traçar o perfil mais preciso desse instituto, bem como da sua natureza jurídica e seus efeitos sobre os negócios jurídicos.

Para atingir tal escopo, a ideia é examinar o tema à luz da teoria geral do direito civil, analisando a doutrina e as legislações estrangeiras sobre a possibilidade de não valer a manifestação de vontade do autor com reserva mental “se o destinatário tinha conhecimento” dela.

Destarte, os objetivos do texto são os de situar a reserva mental dentro da teoria dos negócios jurídicos e de apontar para conclusões que, de modo concreto, possam enriquecer o estudo sobre os negócios jurídicos no redesenhado ordenamento civil.

1 A reserva mental

1.1 Conceito de reserva mental

Existem divergências sobre o contexto histórico em que nasceu o instituto da reserva mental no Direito. Alguns doutrinadores afirmam que a reserva mental teria tido sua origem nos meados da Idade Média por influência dos canonistas como meio de coibir a mentira. Porém, conforme aponta o Ministro José Carlos Moreira Alves, há notícias de que a reserva mental já era discutida no direito romano. Pondera o mestre o entendimento da doutrina romanista, ainda que sem apoio claro nas fontes, de que a reserva mental era irrelevante no direito romano como o é no direito moderno (ALVES, 2003b, p. 119).

No nosso direito pátrio, o fenômeno da reserva mental, embora não disciplinado de modo expresso no Código Civil revogado, sempre foi admitido na doutrina e na jurisprudência. Agora, tendo em vista o artigo 110 do Código Civil de 2002, finalmente ele foi positivado, de modo expresso, nas disposições gerais do negócio jurídico. Assevera o artigo 110 da Lei Civil: “A manifestação de vontade subsiste ainda que o seu autor haja feito a reserva mental de não querer o que manifestou, salvo se dela o destinatário tinha conhecimento” (BRASIL, 2002).

É muito claro que a positivação da reserva mental tem um propósito. Conforme consta na Mensagem nº 160 de 10 de junho de 1975 – a exposição de motivos do supervisor da comissão revisora e elaboradora do Código Civil, professor Miguel Reale –, a ideia era atualizar os ultrapassados contornos dados aos negócios jurídicos pela legislação liberal de 1916. Consta na exposição de motivos como um dos objetivos a serem perseguidos (BRASIL, 2002, p. 40):

- i) Atualização das normas referentes aos fatos jurídicos, dando-se preferência à disciplina dos negócios jurídicos, com mais rigorosa determinação de sua constitui-

ção, de seus defeitos e de sua invalidade, fixadas, desse modo, as bases sobre que se assenta toda a parte relativa ao direito das Obrigações. Nesse, como em outros pontos, procura-se obedecer uma clara distinção entre validade e eficácia dos atos jurídicos, evitando-se equívocos em que se enreda a Dogmática Jurídica que presidiu a feitura do Código de 1916.

Em harmonia com a orientação legal e a doutrina, é possível definir a reserva mental, *latô sensu*, como “produto da divergência entre a vontade e a manifestação, o que implica em uma manifestação, mas não uma vontade da manifestação ou de seu conteúdo” (NERY JÚNIOR, 1983). Em obra mais recente, o já citado Nery Júnior (2002) afirma ser a reserva mental “a emissão de uma declaração não querida em seu conteúdo, tampouco em seu resultado, tendo por único objetivo enganar o declaratário”.

Nas palavras de Gonçalves (2002, p. 309), “ocorre reserva mental quando um dos declarantes oculta a sua verdadeira intenção, isto é, quando não quer um efeito jurídico que declara querer”. Já Amaral (2003, p. 404) afirma:

Há reserva mental quando o declarante manifesta uma vontade que não corresponde à sua vontade real, com o fim de enganar o declaratário. A reserva mental é, assim, um estado psicológico no qual o declarante se propõe a não querer aquilo que todavia declara.

Essa noção de reserva mental incorporada ao nosso ordenamento entende irrelevante a intenção guardada no psiquismo do declarante quando o declaratário não tinha o conhecimento dela. Afirma Vicenzi (2004, p. 15) que “na ideologia da tutela da confiança, o negócio é preservado conforme o sentido objetivo da declaração”. Ocorre que, quando há o conhecimento por parte do declaratário de que o declarante está declarando algo que difere de sua vontade interna, a manifestação de vontade não deve subsistir, conforme a orientação da segunda parte do artigo 110 do Código Civil, por aproximar-se da simulação.

Devido à proximidade da reserva mental com a simulação, Carride (1999, p. 130) faz importante diferenciação quanto à ocorrência de ambos os institutos, asseverando que “a reserva mental ou reticência ocorre quando o agente faz ressalva de não querer o ato que é objeto da declaração. Na simulação, o defeito do negócio jurídico resulta sempre de um *pactum simulationis*, que demanda bilateralidade”.

Como foi visto, não há maiores dificuldades em se traçar um perfil do instituto da reserva mental, considerando que a letra da lei é clara e precisa. Porém, é necessário ir além do texto legal e, assim sendo, vale referir os ensinamentos do idealizador do novo Código Civil. Observe-se a percepção de Branco (2002, p. 56):

Reale propõe no projeto a substituição de um normativismo jurídico lógico-formal por um normativismo jurídico concreto, mediante a utilização de modelos jurídicos que compreendem em cada um de seus dispositivos normativos um papel significativo para a hermenêutica jurídica, dirigida para a concreção.

Diante desse quadro é possível afirmar que temos como uma das ideias mestras do novo Código Civil a fuga das generalizações e a valorização da concreção. Por isso, para a busca da “ética da situação” estruturada na nova lei, é necessário não só efetuar raciocínios em cima de casos concretos como também procurar elementos no direito alienígena e observar se podem enriquecer os modelos que utilizamos nas soluções de nossos conflitos.

1.2 Elementos da reserva mental

Conforma a classificação sugerida por Nery Júnior (1983, p. 18), existem dois elementos constitutivos da reserva mental: “a) uma declaração não querida em seu conteúdo; b) propósito de enganar o declaratório (ou mesmo terceiros)”.

1.2.1 Declaração não querida em seu conteúdo

Seguindo orientação geral dos negócios jurídicos, o que normalmente deve ocorrer é que a vontade interna deve coincidir com a vontade declarada. Amaral (2003, p. 403) afirma que “o que o sistema jurídico exige é que haja perfeita coincidência entre a vontade e sua declaração, sob pena de invalidade do ato”. Essa natural relação pode ser alterada caso exista alguma situação que possa viciar a vontade ou a declaração dela.

Nas palavras de Beltrão (2003, p. 104):

A vontade que apenas reside no estado mental de uma pessoa, a qual não foi exteriorizada pelo declarante, não pode ter eficácia jurídica a fim de determinar o sentido de sua vontade, pois aquele propósito retido na mente, sem uma adequada exteriorização, não é objetivamente conhecível. A reserva mental como declaração de vontade contrária à intenção faz com que a de-

claração exteriorizada subsista desde que o destinatário não tenha conhecimento da vontade real do declarante, vez que a vontade interior não produz efeitos jurídicos, até que seja declarada.

Dessa forma, o intérprete deve usar como ferramenta para analisar o negócio jurídico as várias teorias que existem sobre a interpretação do negócio, sempre tendo em mente o que assevera o artigo 112 do Código Civil, valorando o conteúdo da declaração. Vale dizer que existem duas formas de declarações não queridas em seu conteúdo: a declaração com divergência intencional e a declaração com divergência não intencional.

De uma maneira muito singela, é possível dar como exemplo de divergência intencional na declaração a simulação ou a reserva mental. Como divergência não intencional entre a vontade interna e a declaração, o simples erro obstáculo na declaração, o que não pode ser considerado como vício de vontade.

Branco (2003, p. 136) afirma que, “no erro-obstáculo, a declaração não encontra lastro em prévia vontade. O declarante, neste último caso, não quis, em absoluto, emitir uma declaração com o conteúdo expresso no instrumento”. O problema de aferir essa divergência entre o elemento volitivo interno e o efetivamente declarado, conforme ensina Nery Júnior (1983, p. 19), é, “fundamentalmente, o de se saber se o negócio valerá com o conteúdo correspondente à verdadeira intenção do declarante ou, ao revés, se o negócio valerá com o conteúdo relativo à declaração”.

1.2.2 Propósito de enganar o declaratório (ou mesmo terceiros)

Talvez seja esse ponto um dos mais tumultuados no estudo da reserva mental. Nery Júnior (1983, p. 20) afirma categoricamente que o propósito de enganar o declaratório constitui um dos elementos essenciais desse instituto: “o importante é frisar que, para verificar-se a declaração com reserva mental, o declarante deve ter querido, intencionalmente, enganar o declaratório, quer com o objetivo de prejudicá-lo, quer sem essa intenção”.

Essa intenção de enganar, quer seja com *dolus bonus*, quer seja com *dolus malus* – e defendida sem restrições por Nery Júnior –, merece alguns retoques. A doutrina traz como exemplo clássico de reserva mental o caso narrado por Correia (1985, p. 77):

Se A, com o fito de afastar do suicídio o seu amigo B (doente e crivado de dívidas), lhe promete solenemen-

te empréstimo de avultada quantia, reservando para si o propósito de fazer apelo à falta de seriedade da sua declaração tão depressa o estado moral e físico de B consentir.

Esse caso exemplifica que, em casos típicos de reserva mental, a intenção de enganar deverá estar presente até em momentos em que a mentira não implica uma imoralidade, muito antes pelo contrário. Ocorre que esse entendimento é montado com base no artigo 244 do Código Civil Português (PORTUGAL, 1967):

Artigo 244 – 1. Há reserva mental, sempre que é emitida uma declaração contrária à vontade com o intuito de enganar o declaratório. 2. A reserva não prejudica a validade da declaração, exceto se for conhecida do declaratório; neste caso, a reserva tem efeito de simulação.

Como se pode observar, cotejando o teor do artigo 110 do Código Civil Brasileiro e o artigo 244 do Código Civil Português, há uma diferença relevante. Muito embora ambos os artigos tenham redação semelhante e apresentem sentidos próximos, o artigo do Código Civil Brasileiro não traz o “intuito de enganar” como elemento essencial para a existência da reserva mental. Logo, o direito brasileiro limitou-se a afirmar que existe a reserva mental sempre que houver divergência entre a vontade e a declaração.

2 Natureza jurídica da reserva mental

Diante de todos os elementos até aqui analisados, é possível afirmar que a reserva mental é o produto intencional da divergência entre a vontade real interna e o conteúdo da vontade declarada. Por isso, afirma-se que a natureza jurídica da reserva mental é a divergência acima citada. Porém, não são todos os tipos de reserva mental que são considerados vícios dos negócios jurídicos, “somente havendo natureza jurídica de vício social a reserva mental ilícita conhecida do declaratório”, por ter efeitos semelhantes à simulação. Assim é a natureza jurídica da reserva mental nas palavras de Nery Júnior (1983, p. 22):

Genericamente, a reserva mental tem a natureza jurídica de divergência intencional entre a vontade interna e a exteriorizada, enquanto que, como espécie desse gênero, podemos dizer que a reserva mental ilícita conhecida do declaratório tem a natureza jurídica de vício social do negócio jurídico.

3 As classificações da reserva mental

Conforme a classificação construída pela melhor doutrina, existem vários tipos de reserva mental: a reserva mental lícita e a reserva mental ilícita; a reserva mental absoluta e a reserva mental relativa; a reserva mental unilateral e a reserva mental bilateral; a reserva mental conhecida e a reserva mental desconhecida. Passaremos à análise de cada uma delas.

3.1 Reserva mental lícita e reserva mental ilícita

Essa classificação da reserva mental tem a ver com o *animus* do declarante. A ideia nuclear desses dois tipos de reserva mental é a intenção de prejudicar ou não o declaratário.

Desta forma, podemos classificar a reserva mental lícita quando o declarante age sem o intuito de prejudicar o declaratário. Como exemplo clássico de reserva mental lícita, é possível referir o já citado caso do declarante que manifesta a sua vontade em desacordo com o seu íntimo, “dizendo contratar um mútuo, somente com a intenção de evitar o suicídio do amigo que se encontra em dificuldade financeira” (NERY JÚNIOR, 1983, p. 63).

Mota Pinto (1999, p. 490) afirma que a reserva mental lícita ou inocente possui o *animus decipiendi* e, para fundamentar a sua nulidade, deve o reservante alegar que “tenha procedido com o ânimo de trazer vantagem ao declaratário”.

A reserva mental ilícita, por sua vez, ocorre quando a intenção é enganar o declaratário. Nesse caso, o declarante manifesta a sua vontade em desacordo com o seu íntimo querer com o intuito de trazer prejuízos ao declaratário.

3.2 Reserva mental absoluta e reserva mental relativa

Verifica-se que há a reserva mental absoluta quando o reservante não quer absolutamente nada daquilo que declarou. Veloso (2004, p. 125) afirma que existe a reserva mental absoluta “quando se declara uma coisa que em realidade é diversa”. Como exemplo dessa modalidade de reserva mental, podemos citar o caso do reservante que “declara vender um imóvel, quando, na realidade, não quer vender o imóvel” (NERY JÚNIOR, 1983, p. 62).

Atinente à reserva mental relativa, esta se apresenta no caso de o reservante “declara algo que, na realidade é diverso daquilo que efetivamente quis, como na hipótese de o declarante dizer que está realizando um contrato de doação, quando, na realidade, ele quer contratar uma compra e venda” (NERY JÚNIOR, 1983, p. 65).

3.3 Reserva mental unilateral e reserva mental bilateral

De uma maneira muito singela, é possível afirmar que existe a reserva mental unilateral quando somente um dos contratantes expressa a sua vontade em desacordo com a vontade existente em seu íntimo.

De forma oposta, há a reserva mental bilateral quando ambos os declarantes manifestam a sua vontade de forma divergente com as suas vontades internas, com o intuito de se enganarem reciprocamente. Cabe ressaltar que, mesmo que essa reserva mental seja conhecida, não é possível que seja para ambos atuar em conluio, porque senão seria caso típico de simulação.

Conforme alerta Nery Júnior (1983, p. 65),

não é desarrazoada a possibilidade de ocorrer um negócio jurídico com reserva mental bilateral (ou seja, a soma de duas reservas mentais unilaterais), porque a doutrina tem apontado a perfeita convivência, no mesmo negócio jurídico, da reserva mental com o erro obstativo ou o *lapsus linguae vel calami*, e vice-versa.

3.4 Reserva mental desconhecida e reserva mental conhecida do declaratório

O caso mais comum de ocorrência de reserva mental é a desconhecida da outra parte. Nas palavras de Abreu Filho (1995, p. 309), “se a reserva mental era desconhecida da outra parte integrante da relação negocial, o ato subsiste, e esta consequência é uma resultante de sua boa-fé. A solução é diferente, se quando a outra parte não ignora a atitude do contratante reticencioso, hipótese em que o ato se invalidará”.

Mota Pinto (1999, p. 488) assevera que “a declaração negocial emitida pelo declarante, com a reserva, ocultada ao declaratório, de não querer o que declara, não é, em princípio, nula”. A ideia é que a vontade íntima nada pode contra o que foi voluntariamente declarado. Isso porque não é possível conceber que haja ameaça à confiança que todos os envolvidos em um negócio depositam na declaração livremente exteriorizada.

Assim sendo, há casos em que uma pessoa quer a declaração, mas não quer o seu conteúdo jurídico e o declaratório não sabe disso. Ocorrendo essa hipótese, “como a pessoa destinatária da declaração não se percebe da divergência, o negócio é válido, isto é, a reserva não prejudica a validade da declaração” (AMARAL, 2003, p. 404).

Se, por um lado, a reserva mental desconhecida do declaratório não possui importância para o mundo jurídico, por

outro, a reserva mental conhecida do declaratório é um dos pontos mais controversos do instituto da reserva mental. Esta última situação possui grande importância para o direito, tanto é que a segunda parte do artigo 110 do Código Civil de 2002 lhe empresta relevância no sentido de que, se ocorrer, o negócio jurídico não subsistirá.

Porém, cabe ressaltar que não adianta a mera “cognoscibilidade” da reserva pelo declaratório, é necessário seu efetivo conhecimento. Assim, tendo o declaratório o efetivo conhecimento da reserva mental do declarante, inexistente o negócio jurídico porque não há o que se tutelar. Como afirma Mota Pinto (1999, p. 489), “se o declaratório teve conhecimento da reserva, não há confiança que mereça tutela”.

Nesses casos em que a reserva mental é de conhecimento do declaratório, a maior importância deve ser dada aos casos em que o declarante não tenha agido de maneira espontânea. Se observarmos de perto, a grande maioria das declarações divergentes de vontade é obtida a partir de coação. Correia (1985, p. 79) afirma que em casos de coação “podemos encontrar uma reserva mental bem caracterizada por parte do declarante coagido”. Ainda, Correia (1985, p. 80) traz um exemplo de violência moral que se enquadra perfeitamente nessa situação:

Ameaçado de grave perigo por *B*, *A* aceita subscrever o documento que lhe é apresentado, pelo qual se obriga a fazer àquele *B* uma certa prestação. O exame deste caso nos levará a concluir, ao cabo de curta análise, que a situação psicológica do coagido, em face do acto voluntário pelo qual emitiu (ao menos na aparência) uma declaração de vontade e das suas consequências jurídicas, longe de ser invariável, pode revestir cada uma das sucessivas formas: [...] *A*, ao opor sua assinatura no documento que lhe é apresentado, reserva para si o propósito de alegar em juízo a violência sofrida e assim destruir todo o valor aparente do título firmado, tão depressa o cumprimento das obrigações nele referidas lhe for exigido.

Nery Júnior (1983, p. 39) discorda do posicionamento de Correia:

Ouso divergir do ilustre civilista português. Não entendemos a hipótese referida como sendo um caso típico de reserva mental. [...] No caso, o declarante não pretendeu enganar o coator porque este, mais do que ninguém, sabia que o declarante estava manifestando a sua vontade porque coagido [...] Nesta ordem de considerações, não podemos acreditar que possa haver re-

serva mental não espontânea, sugerida por Ferrer Correia, porque [...] só é possível falar-se em reserva mental quando há divergência intencional entre a vontade real (interna) e a exteriorizada, o que, como já se esclareceu, não se dá no caso de coação.

Nesse caso, com a devida vênia, ousaria discordar do ilustre civilista Nery Júnior. Por todos os argumentos alinhados nesse estudo, o exemplo citado por Ferrer Correia pode ser enquadrado como reserva mental, visto que a situação de coação não exclui a reserva mental. Ambas estão presentes e não há como negar que existe flagrante divergência entre a vontade interna e a declarada.

4 Efeitos da reserva mental

Como referido ao longo do estudo, se a reserva mental era desconhecida do declaratório, mantendo-se interna, ela não pode ser invocada porque não tem significado para o direito. Portanto, nesse caso, a reserva mental não produz efeitos no mundo do direito, uma vez que ofensiva à boa-fé.

Porém, se a reserva mental era conhecida pelo declaratório, operam-se efeitos no universo jurídico. Conforme salienta a parte final do artigo 110 do Código Civil Brasileiro, a reserva mental conhecida do declaratório não pode subsistir.

Nesse segundo caso, existe uma grande divergência na doutrina sobre a consequência que a reserva mental conhecida acarreta ao negócio jurídico viciado. Boa parte da doutrina afirma que é caso de nulidade porque a equipararia à simulação, enquanto outros afirmam que é caso de inexistência do negócio jurídico.

Mello (2004) afirma que no direito alemão há norma explícita no parágrafo 116 do Código Civil Alemão (BGB) trazendo que se a reserva mental for conhecida do outro figurante ela será causa de nulidade porque configura caso que deve ser tratado como simulação. Afirma ainda que “o Código Civil de 2002 seguiu essa orientação” (MELLO, 2004, p. 134). Carride (1999, p. 133) também afirma que a reserva mental conhecida equivale-se “à simulação, regendo a questão pelas mesmas regras a esta impostas”.

Veloso (2004) alinha-se à doutrina lusitana, afirmando que se aplicam à reserva mental conhecida do declaratório os mesmos efeitos da simulação. Segundo ele, os atos atingidos por esse vício são “em princípio nulo[s]” (VELOSO, 2004, p. 127), conforme se extrai da inteligência do artigo 167 do Código Civil de 2002.

Ocorre que esse argumento de igualar a reserva mental conhecida do declaratório à simulação é embasado na doutrina lusitana, uma vez que o artigo 244 do Código Civil Português prevê essa hipótese expressamente. No Brasil, o novo Código não faz qualquer referência a essa equiparação.

Como colaborador da Comissão Revisora e Elaboradora do Código Civil, sendo responsável justamente pela parte geral do Código de 2002, o Ministro José Carlos Moreira Alves ensina em sua obra sobre os efeitos da reserva mental:

Em um sistema como o seguido pelo anteprojeto – que dá preferência à vontade interna, quando esta não prejudica a boa-fé de terceiros (v. art. 108) – a reserva mental conhecida da outra parte não torna nula a declaração de vontade; esta inexistente, e, em consequência, não se forma o negócio jurídico (ALVES, 2003a, p. 48).

Em sentido muito próximo leciona Miranda (1974, p. 477), ao afirmar que “a reserva mental não é ineficaz porque seja nula; é ineficaz, porque não está no mundo jurídico: não é. Mas quando conhecida da outra parte, pode ser anulável o negócio jurídico”.

Nery Júnior (1983, p. 80), autor da melhor monografia sobre o tema da reserva mental, inicialmente se manifestou no sentido de igualar a reserva mental conhecida do declaratório à simulação:

A posição que se nos afigura como a melhor, dentre aquelas defendidas pela doutrina, é a que dá à reserva mental conhecida (e não comunicado, previamente, o conhecimento ao reservante) os efeitos da simulação, tornando o negócio assim realizado suscetível de ataque por invalidade.

Posteriormente, em seus comentários ao novo Código Civil, o referido autor mudou o seu entendimento sobre essa questão (NERY JÚNIOR, 2002, p. 59):

A norma, contrário *sensu*, diz que a reserva mental conhecida implica a não subsistência da manifestação de vontade, sem dar, contudo, qual o regime jurídico dessa não subsistência, regime este que deve ser extraído do sistema. Insubsistência significa não existência. Quando ocorrer essa insubsistência, isso quer dizer que o negócio jurídico é inexistente.

5 A reserva mental na jurisprudência e a boa-fé objetiva

Com o escopo de consolidar as conclusões obtidas ao longo do estudo, é importante verificar os precedentes jurisprudenciais como forma de auxiliar no entendimento das percepções do Poder Judiciário sobre a reserva mental.

Observamos que o novo Código Civil segmenta a reserva mental em duas modalidades: a reserva mental desconhecida e a reserva mental conhecida de declaratório. No primeiro caso, a manifestação de vontade subsiste, conforme se pode observar da jurisprudência forjada no Tribunal de Justiça no Rio Grande do Sul, nas palavras do atual presidente, Desembargador José Aquino Flores de Camargo (BRASIL, 2004):

AGRAVO DE INSTRUMENTO. PEDIDO DE LIMITAÇÃO DOS DESCONTOS DE PRESTAÇÕES MENSIS DE INSTRUMENTO DE CONFISSÃO DE DÍVIDAS EM CONTACORENTE. PARTE QUE FIRMA O INSTRUMENTO CONTRATUAL E, MENOS DE UM MÊS APÓS, PROPÕE DEMANDA REVISIONAL. RESERVA MENTAL. AUSÊNCIA DE BOA-FÉ OBJETIVA. LIMITAÇÃO INDEFERIDA. PRECEDENTES DA CÂMARA. AGRAVO IMPROVIDO.

Na mesma linha argumentativa localizamos arestos do Tribunal Regional Federal da 4ª Região (BRASIL, 2012):

Registro, por oportuno, que o contrato ora discutido nestes autos foi firmado pelo autor (no pleno exercício da sua capacidade jurídica de fato) e pela CEF, em 15 de agosto de 2012, há menos de dois meses do ajuizamento desta ação, o que faz presumir que o autor celebrou referido contrato já com a reserva mental de não aceitar suas cláusulas, tudo isso sem o conhecimento do outro contratante (CEF), o que denota relativa má-fé. No tocante à alegada 'venda casada', observo que não há nos autos qualquer comprovação de ter sido o autor coagido à aquisição dos produtos informados na inicial [...].

Essa situação revela outro elemento que a jurisprudência dos Tribunais entende valioso para a resolução das controvérsias envolvendo a declaração de vontade: a ausência de boa-fé objetiva no ato de contratar, porquanto presente a reserva mental. A ideia desenvolvida nos arestos se harmoniza com a teoria da confiança ao concluir pela ausência de boa-fé objetiva do declarante que, logo após manifestar sua vontade em um contrato, busca a sua revisão judicial.

Posto isso, as realidades analisadas nos arestos jurisprudenciais espelham a ideia de Azevedo (1983, p. 60), quando ensina que “é freqüente chocarem-se os interesses dos homens, sobretudo no mundo excessivamente competitivo do nosso tempo. Rapidamente as relações de cooperação podem transformar-se em conflitos”.

Exatamente por isso que o estudo da boa-fé nos negócios jurídicos é coerente com a ideia de assegurar cooperação entre os indivíduos e os grupos sociais situados no contexto e nas circunstâncias que lhes são próprias. Tal ideia é trazida pelo “novo espírito que condiciona o ordenamento jurídico ora aprovado” (REALE, 2002, p. IX).

Por isso, a jurisprudência deve estar atenta à aplicação da boa-fé, pois, como observa Grau (2002, p. 38), “o juiz decide sempre dentro de uma situação histórica determinada, participando da consciência social de seu tempo, considerando o direito todo, e não apenas um determinado texto normativo. Por isso mesmo, o direito é contemporâneo à realidade”. E completa o autor:

O Direito é um organismo vivo, peculiar porém, porque não envelhece, nem permanece jovem, pois é contemporâneo à realidade. O direito é um dinamismo. [...] Assim, o significado válido dos textos é variável no tempo e no espaço, histórica e culturalmente. A interpretação do direito não é mera dedução dele, mas sim processo de contínua adaptação de seus textos à realidade e seus conflitos (GRAU, 2002, p. 38).

Logo, é de suma importância que se observem as transformações ocorridas no Direito e como estas são tratadas pelos Tribunais. Conforme preceituam os artigos 113 e 422, ambos do Código Civil Brasileiro, a boa-fé deve estar presente nas situações contratuais. Não apenas esses novos dispositivos legais trazem a ideia da boa-fé, mas também os antigos artigos 4º, inciso III, e 51, inciso IV, do Código de Defesa do Consumidor já nos apresentavam com essa ideia.

De acordo com o ensinamento de Silva (2001) utilizado para explicar a boa-fé no inciso IV do artigo 51 da Lei nº 8.078, pode-se também explicar a previsão legal desse princípio no novo Código Civil Brasileiro. Lembra o professor que não devemos pensar que há inovação da lei criando o princípio da boa-fé no direito brasileiro. Na verdade a lei simplesmente expressou o que era regra imanente ao sistema jurídico (SILVA, 2001, p. 52).

Nas palavras do ilustre professor Clóvis do Couto e Silva, o princípio da boa-fé manifestou-se no direito brasileiro particu-

larmente no Direito das Coisas, restando praticamente esquecido nos demais campos do Direito (COUTO E SILVA, 1997, p. 36):

Na verdade, o século XIX foi o apogeu do liberalismo e não causa estranheza o fato de os juristas fundamentarem as mais diversas instituições com base numa vontade, seja real, seja presumida. O certo é que pouco espaço foi deixado para a aplicação do princípio da boa-fé, fora do Direito das Coisas, o que se resumia, no geral, à teoria do usucapião e à da aquisição dos frutos.

Modernamente, o princípio da boa-fé passou a ser aplicado amplamente nas relações obrigacionais, onde a ideia da ética da situação deve ser levada em consideração pelos julgadores. Assim,

o princípio da boa-fé endereça-se sobretudo aos juizes e os instiga a formar instituições para responder aos novos fatos, exercendo o controle corretivo do Direito estrito, ou enriquecedor do conteúdo da relação obrigacional [...]. A principal função é a individualizadora, em que o juiz exerce atividade similar à do pretor romano, criando o 'Direito do caso' (COUTO E SILVA, 1997, p. 42).

Os arestos citados no início do capítulo, espelhando a ideia de Clóvis do Couto e Silva – e atentos aos ensinamentos de Cláudia Lima Marques, que conceitua a boa-fé como “uma atuação ‘refletida’, uma atuação refletindo, pensando no outro, no parceiro contratual, respeitando-o, respeitando seus interesses legítimos, suas expectativas razoáveis” (MARQUES, 2002, p. 106), procuram analisar cada caso singularmente circunscrevendo a aplicabilidade da teoria da confiança e do princípio da boa-fé em cada debate.

Assim sendo, majoritariamente, entenderam os julgadores que a reserva mental desconhecida do declaratório feriu a boa-fé e vulnerou o princípio de lealdade, que se configura um dever anexo ao negócio jurídico. Sobre os deveres laterais, ensina Silva (2002, p. 79):

toda relação expõe a pessoa ou os bens de uma parte à atividade da outra, que pode, com essa atividade, provocar danos a tais bens ou colocá-los em perigo. Incide então a boa-fé, a regular o comportamento dos sujeitos por meio da criação de uma série de deveres dedicados a evitar situações danosas.

Neste passo, o dever acessório em comento – o princípio da lealdade – obriga as partes a “adotarem medidas cabíveis para

alcançar a satisfação ótima dos objetivos contratuais” (DUARTE, 2004, p. 418). Esse entendimento de que a violação de deveres anexos constitui uma espécie de inadimplemento tem a ver com a concepção da ciência jurídica alemã, que trouxe a ideia de organismo das relações, a ideia de totalidade. Porém, é importante lembrar que se trata de um “todo articulado que contém em si a diferença”, como um vínculo “obrigacional não mais baseado exclusivamente no dogma da vontade, mas na boa-fé objetiva” (MARTINS-COSTA, 2000, p. 395).

6 Breves comentários sobre a reserva mental no direito estrangeiro

No direito alemão, a reserva mental está disciplinada no § 116 do Código Civil Alemão (BGB). Segundo essa regra, a reserva mental não conhecida do declaratório não opera efeitos no mundo jurídico, assim como a regra do Código Civil brasileiro. De acordo com Larenz (1978, p. 496):

Uma declaración de voluntad, según el artículo 116, no es nula porque el declarante se haya reservado secretamente no querer lo declarado. No obstante, es nula cuando se há de emitir frente a outro y éste descubre la reserva. El primer párrafo no declara sino algo evidente.

No direito lusitano, como já foi abordado neste trabalho, a reserva mental vem positivada no artigo 244 do Código Civil. Em Portugal, Santos (1921, p. 78) sustenta que a reserva mental corresponderia a um “ato simulado em que existem os dois primeiros elementos constitutivos (divergência intencional entre a vontade e a declaração e o intuito de enganar), mas falta o último elemento (o acordo de vontades)”. E completa o autor:

A reserva mental aparece, pois, como figura jurídica distinta da simulação, e vontade e a declaração; 2º) o intuito de enganar; 3º) a falta de acordo ou existência de um acordo incompleto para a simulação entre os outorgantes do acto jurídico (SANTOS, 1921, p. 81).

Cabe ressaltar que a doutrina portuguesa foi, e ainda é, uma das melhores referências para o estudo do tema da reserva mental, tendo em vista a sua riqueza e excelência dos doutrinadores. Porém, é necessário cautela para a análise do tema, considerando que o Código Civil positivou a reserva mental com contornos semelhantes ao Código Português, mas não iguais. Exatamente

por isso é que alguns dos estudos embasados exclusivamente na doutrina lusitana acabam chegando a conclusões destorcidas.

No direito italiano, Ruggiero (1934, p. 257) afirma que na reserva mental "a declaração produz todos os seus efeitos como se correspondesse à vontade interna e assim o negócio surge e é válido, visto que a reticência, desejada pelo declarante e ignorada na outra parte, não pode anular a declaração".

Scuto (1969, p. 111) assevera que a reserva mental "*consiste in una dichiarazione non voluta nel suo contenuto ed anche nel suo risultato, ad único scopo di inganno*". Assim como no direito português, o direito civil italiano também buscou inspiração para regular os negócios jurídicos no Código Civil Alemão (BGB). Galgano (1992, p. 56) lembra que, assim como o Código Civil italiano,

Il código civile tedesco del 1900 registra questo equilibrio. Um apposito titolo del libro primo, dedicato alla 'dichiarazione di volontà', precede il titolo relativo al contratto. Il § 116 decreta l'irrelevanza della riserva mentale, ma ammette che la dichiarazione è nulla quanto debba essere indirizzata a un'altra persona e questa sia conoscenza della riserva; il § 117 dichiara nulla, coeentemente, la dichiarazione simulata com l'accordo del destinatario.

Conclusão

O fenômeno da reserva mental não foi prestigiado pelo Código Civil Beviláqua, mas sempre fora admitido na doutrina e na jurisprudência brasileira. Com a entrada em vigor do Código Civil de 2002, a reserva mental foi positivada, de modo expreso, nas disposições gerais do negócio jurídico. A letra do artigo 110 do Código Civil afirma que a manifestação de vontade subsiste ainda que o seu autor haja feito a reserva mental de não querer o que manifestou, salvo se dela o destinatário tinha conhecimento.

Desta forma, a reserva mental pode ser conceituada como a emissão de uma declaração não querida em seu conteúdo, tampouco em seu resultado, tendo por único objetivo enganar o declaratário. Esse produto da divergência entre a vontade e a manifestação implica uma manifestação, mas não uma vontade da manifestação ou de seu conteúdo.

A positivação da reserva mental tem o propósito de atualizar os ultrapassados contornos dados aos negócios jurídicos pela legislação liberal de 1916. Na exposição de motivos do Código Civil, existe a ideia de atualizar as normas referentes aos fatos

jurídicos, dando-se preferência à disciplina dos negócios jurídicos, com mais rigorosa determinação de sua constituição, de seus defeitos e de sua invalidade. Busca-se, enfim, evitar os equívocos em que se enreda a Dogmática Jurídica que presidiu a feitura do Código de 1916.

Na jurisprudência pátria, a reserva mental desconhecida do declaratório tem sido tratada como ausência de boa-fé objetiva no ato de contratar, e esse entendimento se harmoniza com a teoria da confiança. A doutrina afirma que existem dois elementos constitutivos da reserva mental, a declaração não querida em seu conteúdo e o propósito de enganar o declaratório ou mesmo terceiros.

A declaração não querida em seu conteúdo é a essência da reserva mental, porém o propósito de enganar o declaratório é um dos mais tumultuados pontos no estudo da reserva mental. Nery Júnior afirma categoricamente que o propósito de enganar o declaratório constitui um dos elementos essenciais desse instituto. O Código Civil Brasileiro não traz o "intuito de enganar" como elemento essencial para a existência da reserva mental, limitando-se a afirmar que existe a reserva mental sempre que houver divergência entre a vontade e a declaração.

É possível afirmar que a reserva mental possui a natureza jurídica de divergência intencional entre a vontade interna e a exteriorizada, enquanto, como espécie desse gênero, se pode dizer que a reserva mental ilícita conhecida do declaratório tem a natureza jurídica de vício social do negócio jurídico.

Se, por um lado, a reserva mental desconhecida do declaratório não possui importância para o mundo jurídico, por outro, a reserva mental conhecida do declaratório possui, tanto é que a segunda parte do artigo 110 do Código Civil de 2002 lhe empresta relevância. Se o declaratório teve conhecimento da reserva mental, a ideia é que o negócio jurídico não pode subsistir porque não há confiança que mereça tutela.

No tocante ao conhecimento da reserva mental por parte do declaratório, existe severa divergência doutrinária, uma vez que muitos afirmam que é caso de nulidade, porque a equiparam à simulação, como fazem os lusitanos. Porém, entendemos que a solução é diversa. A norma, *contrario sensu*, diz que a reserva mental conhecida implica a não subsistência da manifestação de vontade, sem dar, contudo, qual o regime jurídico dessa "não subsistência", o que deve ser extraído do sistema jurídico. Por isso, tendemos a afirmar, no esteio de Moreira Alves e Pontes de Miranda, que a insubsistência significa "não existência". Logo, o negócio jurídico viciado pela reserva mental conhecida será inexistente.

Referências

- ABREU FILHO, José. **O negócio jurídico e sua teoria geral**. São Paulo: Saraiva, 1995.
- ALVES, José Carlos Moreira. **A parte geral do projeto de código civil brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003a.
- _____. O novo código civil brasileiro e o direito romano - seu exame quanto às principais inovações no tocante ao negócio jurídico. In: MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; NETTO, Domingos Franciuli (Coord.). **O novo código civil: estudos em homenagem ao professor Miguel Reale**. São Paulo: LTr, 2003b.
- AMARAL, Francisco. **Direito civil – introdução**. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- AZEVEDO, Plauto Faraco. **A justiça distributiva e a aplicação do direito**. Porto Alegre: Fabris, 1983.
- BELTRÃO, Silvio Romero. Interpretação dos contratos. In: LOBO, Paulo Luiz Netto; LYRA JÚNIOR, Eduardo Messias Gonçalves (Coord.). **A teoria do contrato e o novo código civil**. Recife: Nossa Livraria, 2003. p. 101-124.
- BRANCO, Gerson Luiz Carlos. O culturalismo de Miguel Reale e sua expressão no novo código civil. In: MARTINS-COSTA, Judith (Coord.). **Diretrizes teóricas do novo código civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2002.
- BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Em torno dos vícios do negócio jurídico – a propósito do erro de fato e do erro de direito. In: MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; NETTO, Domingos Franciuli (Coord.). **O novo código civil: estudos em homenagem ao professor Miguel Reale**. São Paulo: LTr, 2003. p. 129-146.
- BRASIL, Novo Código Civil. **Novo código civil: exposição de motivos e texto sancionado**. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2002.
- BRASIL, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento nº 70009432410. Agravante: Iara Regina Sippel. Agravado: Banco do Brasil S.A. Relator: José Aquino Flores de Camargo. Julgado em 29 set. 2004.
- BRASIL, Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Agravo de Instrumento nº 50179714120124040000. Agravante: Alex Sandro Fagundez. Agravado: Caixa Econômica Federal. Relator: Fernando Quadros da Silva. Julgado em 25 out. 2012.
- CARRIDE, Norberto de Almeida. **Vícios do negócio jurídico**. São Paulo: Saraiva, 1999.
- COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil**. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1.
- CORREIA, Ferrer A. **Erro e interpretação na teoria do negócio jurídico**. Coimbra: Almedina, 1985. 3ª tiragem.

- COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. Negócio jurídico e negócio jurídico de disposição. *In*: FRADERA, Vera de. (Org.). **O direito privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 70-92.
- DUARTE, Ronnie Preuss. A cláusula geral da boa-fé no Novo Código Civil Brasileiro. *In*: DELGADO, Mário Luiz. (Coord.). **Questões controvertidas no Novo Código Civil**. São Paulo: Método, 2004. v. II. p. 399-433.
- GALGANO, Francesco. **Atlante di diritto privato comparato**. Bologna: Zanichelli Terza Edizione, 1992.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 1.
- GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/ Aplicação do Direito**. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- LARENZ, Karl. **Derecho Civil: Parte General**. Trad. Miguel Izquierdo y Macías-Picavea. Editoriales de derecho reunidas, 1978.
- MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: RT, 2002.
- MARTINS-COSTA, Judith. **A Boa-fé no Direito Privado**. São Paulo: RT, 2000.
- MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da validade**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- MIRANDA, F. Pontes de. Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. São Paulo: RT, 1974. t. IV.
- MOTA PINTO, Carlos Alberto da. **Teoria geral do direito civil**. 3ª ed. Coimbra: Editora Coimbra, 1999.
- NERY JÚNIOR, Nelson. **Vícios do ato jurídico e reserva mental**. São Paulo: RT, 1983.
- _____; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Novo código civil e legislação extravagante anotados**. São Paulo: RT, 2002.
- PORTUGAL. Código Civil português, de 1º de junho de 1967. Disponível em: <https://pt.wikisource.org/wiki/C%C3%B3digo_Civil_Portugu%C3%AAs>. Acesso em: 27 ago. 2015.
- REALE, Miguel. Prefácio. *In*: MARTINS-COSTA, Judith (Coord.) **Diretrizes teóricas do novo código civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2002. p. IV-X.
- RUGGIERO, R. **Instituições de direito civil – introdução e parte geral – direito das pessoas**. Trad. Ary dos Santos. São Paulo: Livraria Acadêmica, 1934. v. I.
- SANTOS, José Beleza Santos. **A simulação em direito civil**. Coimbra: Coimbra Editores, 1921. v. I.
- SCUTO, Edoardo. **Novissimo digesto italiano**. Torino: UTET, 1969. v. XVI.
- SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. **A boa-fé e a violação positiva do contrato**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SILVA, Luiz Renato Ferreira da. **Revisão dos contratos:** do código civil ao código do consumidor. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

VELOSO, Alberto Júnior. **Simulação** – aspectos gerais diferenciados à luz do Código Civil de 2002. Curitiba: Juruá, 2004.

VICENZI, Marcelo. **A nova visão dos defeitos do negócio jurídico e da oferta ao público no código civil e no código de defesa do consumidor.** 40 p. Trabalho apresentado na Cadeira de Fundamentos do Direito Privado (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2004.