

DOS VÍCIOS
DO CONSENTIMENTO

OBRAS DO AUTOR:

Direito Civil, Saraiva, 7. vols.

- Vol. I — Parte geral
- Vol. II — Parte geral das obrigações
- Vol. III — Dos contratos e das declarações unilaterais da vontade
- Vol. IV — Responsabilidade civil
- Vol. V — Direito das coisas
- Vol. VI — Direito de família
- Vol. VII — Direito das sucessões

Condomínio geral em edifício, 1951 (tese).

Das arras, 1955 (tese).

Dos defeitos dos atos jurídicos, 1º vol. 1959, Max Limonad (tese).

Dos defeitos dos atos jurídicos, 2º vol. (Coação), 1963, Max Limonad (tese).

O divórcio e a lei que o regulamenta, Saraiva, 1978.

Dos vícios do consentimento, Saraiva, 1979.

Da locação predial, Saraiva, 1979.

Direito civil aplicado, 1º vol., Saraiva, 1981.

Direito civil aplicado, 2º vol., Saraiva, 1983.

Direito civil aplicado, 3º vol., Saraiva, 1986.

Direito civil aplicado, 4º vol., Saraiva, 1988.

Direito civil aplicado, 5º vol., Saraiva, 1989.

Silvio Rodrigues

Professor Catedrático de Direito Civil da Faculdade de Direito
da Universidade de São Paulo. Doutor *Honoris Causa* da Faculdade de Paris, XII.

DOS VÍCIOS DO CONSENTIMENTO

3ª edição, atualizada
1989

ISBN 85-02-00350-X

Dados de Catalogação na Publicação (CIP) Internacional
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

R616d Rodrigues, Silvio, 1917-
3. ed. Dos vícios do consentimento / Silvio Rodrigues. — 3. ed. —
São Paulo : Saraiva, 1989.

Bibliografia.

1. Consentimento (Direito) I. Título.

88-2275

CDU-347.442.2

Índices para catálogo sistemático:

1. Consentimento : Vícios : Direito civil 347.442.2
2. Vícios do consentimento : Direito civil 347.442.2

2911

 editora
SARAIVA

Avenida Marquês de São Vicente, 1697 — CEP: 01139 — Tel.: PABX (011) 826-8422 —
Barra Funda — São Paulo - SP

Distribuidora Saraiva de Livros Ltda.

AMAZONAS/RONDÔNIA/RORAIMA/ACRE
Rua Costa Azevedo, 31 — Centro
Fone: (092) 234-4664 — Manaus

BAHIA/SERGIPE
Rua Agripino Dória, 23 — Brotas
Fone: (071) 244-0139 — Salvador

BAURU/SÃO PAULO
R. Duque de Caxias, 20-72
Fone: (0142) 34-5643 — Bauru

DISTRITO FEDERAL
CLS 302-A — Bloco B — Loja 25 — Asa Sul
Fone: (061) 226-3722 — Brasília

GOIÁS
Rua Otenta e Cinco, 322 — Setor Sul
Fone: (062) 225-2882 — Goiânia

MATO GROSSO DO SUL/MATO GROSSO
Rua Maracaju, 926 — Centro
Fone: (067) 382-3682 — Campo Grande

MINAS GERAIS
Rua Célia de Souza, 571 — Sagrada Família
Fone: (031) 461-9962 — Belo Horizonte

PARÁ/AMAPÁ
Travessa Padre Eutíquio, 1332
Fone: (091) 222-9034 — Belém

PARANÁ/SANTA CATARINA
Rua Nunes Machado, 1577 — Rebouças
Fone: (041) 234-2622 — Curitiba

PERNAMBUCO/PARAÍBA/RIO GRANDE DO NORTE
Avenida Conde da Boa Vista, 1136 — Boa Vista
Fone: (081) 231-1764 — Recife

RIBEIRÃO PRETO/SÃO PAULO
Rua Lafayette, 94 — Centro
Fone: (016) 634-0546 — Ribeirão Preto

RIO DE JANEIRO
Avenida Marechal Rondon, 2231 — Sampaio
Fone: (021) 201-7149 — Rio de Janeiro

RIO GRANDE DO SUL
Avenida Chicago, 307 — Floresta
Fone: (0512) 43-2986 — Porto Alegre

SÃO PAULO
Avenida Marquês de São Vicente, 1697
(antiga Av. dos Emissários) — Barra Funda
Fone: PABX (011) 826-8422 — São Paulo

A memória de dois grandes amigos:

Antonio Silvério de Alvarenga Netto
Francisco Marcos Junqueira Netto.

TÍTULO I
GENERALIDADES

CAPÍTULO I

INTRODUÇÃO

	Pág.
1. Plano e justificação	3
2. Breve ensaio de caracterização dos defeitos dos atos jurídicos	5
3. Razão pela qual o legislador tratou matéria diferente sob uma única rubrica	7
4. A lesão como defeito do consentimento	8

CAPÍTULO II

DOS VÍCIOS DO CONSENTIMENTO

5. Ponto de partida: o ato jurídico é ato de vontade	9
6. Conexão entre as teorias dos defeitos dos atos jurídicos e das nulidades	10
7. A existência de vício do consentimento torna simplesmente anulável o ato assim defeituoso	10
8. Esboço sobre o conflito entre a teoria da vontade e a da declaração	11
9. O que representa a teoria da declaração. Reação: Teoria da responsabilidade	12
10. Insuficiência da teoria da responsabilidade. Teoria da con- fiança	12
11. A noção de ordem pública e sua hipertrofia	13
12. A evolução do direito se faz, também, pela atividade juris- prudencial	15
13. A idéia de causa, como instrumento para julgar	16
14. Plano de tratamento da teoria dos vícios do consentimento	17

TÍTULO II

DO ERRO OU IGNORÂNCIA

CAPÍTULO III

CARACTERIZAÇÃO DO ERRO

	Pág.
15. Espécies de erro. O erro-obstáculo e o erro-vício. Maior importância da distinção no direito estrangeiro	21
16. Justificação da distinção na França	24
17. Idem, na Itália	25
18. Conseqüências de tal distinção no plano teórico	26
19. Solução brasileira. Equiparação das duas espécies de erro ..	26
20. Solução do Código italiano de 1942	27
21. Conclusão	27

CAPÍTULO IV

A DIVERGÊNCIA ENTRE A VONTADE REAL E
A DECLARADA

22. Propositura do problema e indicação das várias soluções	29
23. Exposição da teoria da vontade real	31
24. A teoria da declaração. Crítica	32
25. Reação ao extremismo dessas teorias. As intermediárias	34
26. A teoria da responsabilidade. Justificação da sobrevivência do ato gerado no erro	34
27. A teoria da confiança	37
28. A teoria da confiança representa uma fuga da posição individualista original	38
29. Sua influência nas legislações estrangeiras	38
30. A legislação portuguesa	39
31. Solução do Código Civil alemão	40
32. Solução do Código Civil italiano. Requisito da reconhecibilidade do erro	42

CAPÍTULO V

O JUIZ E A REGRA

33. O necessário arbítrio do juiz ante a imprecisão dos conceitos	47
34. O juiz, na aplicação da lei, por vezes a inova	48

	Pág.
35. O arbítrio do juiz ao julgar sobre o erro	49
36. A jurisprudência vencedora é a resultante da convicção de uma elite	52

CAPÍTULO VI

O ERRO, VÍCIO DO CONSENTIMENTO. O ART. 86
DO CÓDIGO CIVIL

37. Critério do legislador brasileiro	55
38. Progresso em face do texto francês, que o inspirou	56
39. Progresso em face do direito luso-brasileiro anterior	57
40. O direito anterior. A "Nova Consolidação" de Carlos de Carvalho	58
41. Os escritores luso-brasileiros e seu pensar sobre a escusabilidade do erro	59
42. A escusabilidade do erro é pressuposto de sua admissão ...	62
43. O ato defeituoso, posto não querido, é, não obstante, mantido	64
44. Isso decorre do respeito da lei à boa fé do outro contratante. Outros casos semelhantes	65
45. A reserva mental	66
46. Se o Código sempre prestigia a boa fé, decerto igualmente o fará quando terceiros negociam com a vítima do erro	67
47. Conseqüência. O erro só deve aproveitar a quem o alega, quando a outra parte o conhecia, ou devia conhecê-lo	67
48. Sustentação dessa idéia	68
49. O arbítrio do juiz na aplicação da lei	68
50. O Projeto de Código Civil de 1975	70

CAPÍTULO VII

O ART. 86 DO CÓDIGO CIVIL E A JURISPRUDÊNCIA

51. Plano de desenvolvimento do capítulo	71
52. Julgados que aparentemente abraçam a teoria da vontade, através do art. 85 do Código Civil	72
53. O erro deve ser escusável	73
54. Critérios para aferir a culpa; não é mister seja grave; deve-se ter em vista o caso concreto	75
55. Os tribunais não acolhem a alegação do erro, quando a anulação do negócio causa prejuízo ao outro contratante de boa fé	77

CAPÍTULO VIII

OUTROS PRECEITOS LEGAIS

	Pág.
56. Casos de erros substanciais	81
57. O art. 89 do Código Civil	82
58. O art. 90 do Código Civil	83
59. O art. 91 do Código Civil	86

CAPÍTULO IX

DO ERRO NAS LIBERALIDADES. DO ERRO SOBRE O VALOR. DO ERRO DE DIREITO

60. Plano de exposição	87
61. O erro nos testamentos	87
62. O erro do doador	89
63. O erro sobre o valor	91
64. O erro de direito	94

CAPÍTULO X

O ERRO E O VÍCIO REDIBITÓRIO

65. Confusão entre as duas espécies. Deslinde. Julgados	103
---	-----

CAPÍTULO XI

DO ERRO EM MATÉRIA DE CASAMENTO

66. A lei só considera erro o que se refere à pessoa do outro cônjuge	107
67. Delimitação do erro essencial sobre a pessoa do outro cônjuge	108
68. Requisitos do erro essencial: preexistência do fato ao casamento e intolerabilidade da vida em comum após a descoberta da verdade	109
69. Erro quanto à virgindade da mulher. Insuportabilidade da vida em comum após a descoberta da verdade	111
70. Acórdãos dispensando prova pericial na espécie	112
71. Erro sobre a pessoa: a) defeito físico irremediável; b) moléstia grave e transmissível	114
72. Amplitude dos conceitos de identidade, honra e boa fama, mencionados no inc. I do art. 219 do Código Civil	116

73. A anulação do casamento com fundamento no inc. I do art. 219 do Código Civil	118
74. A jurisprudência e a lei. A amplitude do texto permite sua adaptação às necessidades modernas	124

TÍTULO III

DO DOLO

CAPÍTULO XII

DO CONCEITO DE DOLO

75. Elementos do dolo. Distinção entre dolo e erro	129
76. Utilidade da idéia de dolo	130
77. No dolo o erro recai sobre o motivo do ato	131
78. Legislações em que a distinção entre o dolo incidente e o dolo principal não é expressa: os Códigos português, alemão e suíço. Sentido punitivo da reação contra o dolo	134

CAPÍTULO XIII

PREMISSAS DO DOLO

79. Os requisitos do dolo. Plano de exposição	139
80. Da gravidade do dolo. <i>Dolus bonus</i> e <i>dolus malus</i>	140
81. Dolo principal e dolo accidental	143
82. Dolo de terceiro. Só anula o ato se ciente o outro contratante. Posição ilógica do legislador. Diferente tratamento dado pela lei ao dolo e à coação, vindos de terceiro. Esquema para tratamento da matéria	148
83. Justificativa da posição do legislador ao discriminar entre o dolo e a coação provindos de terceiros	153
84. Opiniões adversas à distinção no tratamento da violência e do dolo	155
85. Inovações trazidas pelos Códigos suíço e alemão	156
86. Solução sugerida. O dolo e a coação de terceiros não devem possibilitar a anulação do negócio, se insciente a outra parte	159
87. O dolo de ambas as partes	162

CAPÍTULO XIV

O DOLO POR OMISSÃO

	Pág.
88. Fontes e julgados sobre o tema	165
89. O critério do julgador, ao encarar a reticência	169
90. Necessidade de prova de que a omissão dolosa foi determinante do consentimento	172

CAPÍTULO XV

O DOLO DO REPRESENTANTE

91. Âmbito do art. 96 do Código Civil	175
92. Histórico da regra. Conflito entre duas posições. A solução da lei	177
93. Solução sugerida	179

CAPÍTULO XVI

A CAPTAÇÃO DA VONTADE NOS TESTAMENTOS

94. O problema da captação se integra na teoria do dolo	181
95. Conceito e caracterização da captação dolosa	182
96. A captação, para possibilitar a anulação do ato, deve ser a causa determinante do consentimento	186

CAPÍTULO XVII

O DOLO DO MENOR PÚBERE

97. Propositura do problema	187
98. Conflito entre o princípio de proteção ao incapaz e o propósito da lei de dar segurança aos negócios	188
99. O art. 155 do Código Civil	190
100. Conseqüência do comportamento doloso do menor púbere ..	195

CAPÍTULO XVIII

REFLEXÕES FINAIS SOBRE O ERRO E O DOLO

	Pág.
101. O vício da vontade e o respeito à boa fé do outro contratante. Semelhança entre os dois vícios do querer estudados: o erro e o dolo	197
102. Amoldamento da regra aos anseios de justiça	200

TÍTULO IV

DA LESÃO

CAPÍTULO XIX

LIGEIRO APANHADO SOBRE A LESÃO

103. A lesão encarada como vício do consentimento	205
104. A tese contrária. Posição de Demontès	207
105. A lesão resultante do comportamento ativo de uma das partes	208
106. Vizinhança entre a lesão e os vícios da vontade	208
107. Conceito e pressupostos da lesão	209
108. A Lei de Proteção à Economia Popular	212
109. A lesão naquela lei. A tese de Caio Mário da Silva Pereira	213
110. Posição contrária de Orlando Gomes	216
111. Reflexões à margem da controvérsia. Conclusões	218
112. Tendência atual	221

TÍTULO V

DA COAÇÃO

CAPÍTULO XX

CONCEITO DE COAÇÃO. SUA DISCIPLINA JURÍDICA

113. Idéia de coação e seu lugar ao lado dos outros vícios do consentimento	225
114. A coação e seu aparecimento no direito romano	228
115. Distinção entre coação absoluta e relativa	229

	Pág.
116. A questão de nome	231
117. Em Pothier, fonte do Código Napoleônico, já se encontra estruturada a matéria, na forma por que a disciplinaram os Códigos modernos	233
118. Pressupostos necessários para que a coação se caracterize ..	235
119. A coação incidente	235

CAPÍTULO XXI

A COAÇÃO DEVE SER CAUSA DA ANUÊNCIA

120. A relação de causalidade entre a ameaça e a declaração ...	237
121. O problema da prova. Posições antagônicas, tendo em vista o rigor	238
122. Julgados em um e em outro sentido	239
123. Conclusão	241

CAPÍTULO XXII

A GRAVIDADE DA COAÇÃO

124. Critérios diversos para medir a gravidade da ameaça	243
125. Critério abstrato do direito romano. O art. 1.112 do Código Civil francês	245
126. O art. 1.112 do Código Civil italiano de 1865 e a interpretação de Giorgi	248
127. O Código de 1942 e a opinião de alguns escritores que o comentaram	250
128. A lei brasileira	253
129. O dano ameaçado há de ser iminente	255
130. Temor reverencial. Conceito	261
131. Temor reverencial. Ampliação da idéia romana nos Códigos e na doutrina posterior	262
132. Temor reverencial. Simples e qualificado	263

CAPÍTULO XXIII

A AMEAÇA DEVE SER INJUSTA

133. A ilicitude do constrangimento. Ameaça ilegal. Ameaça <i>adversus bonos mores</i>	269
--	-----

	Pág.
134. A ilicitude no meio empregado ou no fim almejado	273
135. Abuso de direito	274
136. A hipótese de culpa da vítima não altera o problema	277
137. A transação entre a vítima e o agente do dano, nos casos de responsabilidade civil	278
138. O abuso de direito, ainda quando não se pleiteia excesso sobre o que é devido	279

CAPÍTULO XXIV

O CONTEÚDO DA AMEAÇA

139. A regra de direito sobre a matéria	283
140. Pessoa em quem repercutirá o prejuízo. Plano de tratamento	284
141. A questão no direito romano e a maneira como evoluiu no direito francês	286
142. A solução italiana	289
143. O problema no direito pátrio	290
144. A ameaça de prejuízo material à pessoa da família do contratante	294
145. Dano igual, pelo menos, ao receável do ato extorquido	298
146. Opiniões sobre o preceito e conclusão sobre o assunto	299

CAPÍTULO XXV

A COAÇÃO PROVINDA DE TERCEIROS

147. Crítica ao art. 101 do Código Civil e a solução alvitrada ...	305
148. Conflito entre os interesses do declarante e da pessoa a quem se dirige a declaração	307
149. Escassos os julgados sobre a matéria	313
150. A solução do Código Suíço das Obrigações	314
151. Atos praticados em estado de necessidade	315
152. Atos praticados em estado de necessidade (continuação). Fundamento da indenização devida pela vítima, no caso de promessa efetuada em estado de necessidade	318
153. Conclusão sobre a matéria	320
154. Reparação do prejuízo sofrido pela vítima da coação exercida por terceiro	322

CAPÍTULO XXVI

DA COAÇÃO EM MATÉRIA DE TESTAMENTO E
DE CASAMENTO

	Pág.
155. Propositura do problema	325
156. A coação na órbita do testamento. Idéia de que pode a violência ser menos intensa, neste campo	327
157. Opinião contrária. O juiz, nessa matéria, deve ser mais rigoroso	329
158. Diversidade de critério para o caso do indigitado coator ser herdeiro por outro título	330
159. O problema em matéria de casamento	332
160. A lei brasileira dispensa, em assunto de casamento, maior intensidade na ameaça	332
161. Justificação da orientação da lei	333
162. Limites entre o temor reverencial e a pressão injusta. Orientação da jurisprudência	335
163. Casamento contraído por autor de crime sexual, para evitar imposição de pena	341
164. Conclusão sobre a coação no casamento	344
165. Caducidade da ação anulatória do casamento do coato	344

*Título I***Generalidades**

Título II

Do erro ou ignorância

Capítulo III

Caracterização do erro

Sumário:

15. Espécies de erro. O erro-obstáculo e o erro-vício. Maior importância da distinção no direito estrangeiro.
16. Justificação da distinção na França.
17. Idem, na Itália.
18. Conseqüências de tal distinção no plano teórico.
19. Solução brasileira. Equiparação das duas espécies de erro.
20. Solução do Código italiano de 1942.
21. Conclusão.

15. *Espécies de erro. O erro-obstáculo e o erro-vício. Maior importância da distinção no direito estrangeiro.* Ao se estudar a teoria do erro¹, antes de pô-la em paradigma com a norma positiva brasileira e de examinar-lhe a evolução dentro da jurisprudência deste País, convém caracterizar as várias formas como esse defeito pode se apresentar. Figuremos algumas hipóteses:

Primeira: Alguém transfere uma coisa a título de venda e compra, e quem a recebe o faz a título de doação. Houve aí uma disparidade de consentimentos, ou melhor, não houve consentimento de qualquer das partes, pois o alienante não consentiu em dar, e o adquirente não anuiu em comprar. Esse erro sobre a *natureza do ato* implica a inexistência do consentimento. Inexistindo um consentimento há um empecilho fundamental a

1. O erro e a ignorância são tratados sob a mesma rubrica em virtude da semelhança de suas conseqüências.

“On entend par erreur la fausse notion que nous avons d'une chose, et par ignorance l'absence de toute notion. Nos sources mettent d'ordinaire l'erreur et l'ignorance sur la même ligne. L'ignorance, en effet, dès qu'elle devient le mobile d'un acte, constitue une erreur et doit dès lors naturellement produire les mêmes effets à l'égard des actes juridiques” (MAYNZ, *Cours de droit romain*, 4. ed., Bruxelles, 1877, § 201).

Cf. SAVIGNY, *Droit romain*, trad. Guenoux, 1845, v. 3, Apêndice 8, n. 1.

que o ato jurídico nasça. É a hipótese referida por ULPIANO (D. 12, 1, 18, § 1.º) quando dizia:

Si ego quasi deponens tibi dederò, tu quasi mutuum accipias: nec depositum, nec mutuum est. Idem est, et sit tu quasi mutuum pecuniam dederis, ego quasi commodatam ostendi gratia accepi.

Segunda: Alguém se propõe a vender o escravo Stico e o comprador, ao anuir, tem em mente Panfilio, que cuida chamar-se Stico. É evidente que não houve consentimento, pois ocorreu uma divergência sobre o *objeto principal* da declaração (Inst. 3, 19, 23). De sorte que o negócio não chega a se formar; ainda aqui por falta do elemento básico, que é o acordo de vontades².

Terceira: Uma pessoa tenta comunicar a outra, por intermédio de um instrumento ou de um núncio, uma deliberação; esta, entretanto, chega alterada ao destinatário; queria dizer-se “não aceito” e o telegrama vem com a primeira palavra suprimida; o intermediário tinha ordem para formular uma oferta em francos suíços e, não obstante, por engano, mencionou francos franceses (exemplos de STOLFI, ob. cit., p. 112). Poder-se-ia dizer que houve aqui acordo de vontades, capaz de gerar um contrato?

Nestas três hipóteses o consentimento jamais existiu. E como o ato jurídico é fundamentalmente produzido pela vontade, há de se reconhecer, dentro de princípios lógicos, que aí se encontra um obstáculo à formação do negócio. Aquela aparência é tão-só simulacro, sem qualquer realidade, pois carece de substância. Ente que não chegou a existir, ato inexistente.

Mas não foram esgotadas as hipóteses.

Quarta: Alguém, ao comprar um par de candelabros, imagina-os de prata maciça; verifica, ao depois, serem apenas de cobre prateado. Embora o vendedor não tivesse tido o intento de fraudar, estando envolvido no mesmo engano que o comprador, diz POTHIER, que se abebera em JULIANO e ULPIANO, que a venda é nula (*Traité des obligations*, art. 2.º, n. 18). Isso por-

2. Cf. um exemplo na RF, 91:179.

que o erro sobre qualidade essencial do objeto principal da declaração vicia o consentimento.

Inegável, aqui, a presença de um consentimento. Mas tal consentimento veio ludibriado por um erro sobre qualidade relevante do objeto, erro cuja presença decerto impediria a manifestação do consenso.

Finalmente, a derradeira hipótese:

Quinta: Alguém faz uma doação a terceiro, crendo tratar-se da pessoa que lhe salvou a vida. Descobre, ao depois, que o beneficiário da liberalidade não participou do salvamento. Ora, neste caso, decerto o consentimento existiu num momento dado, e o doador, de fato, quis beneficiar a pessoa nomeada no instrumento. Apenas o comportamento daquele adveio de persuasão de tratar-se do herói que lhe salvara a vida, fato que se apurou não corresponder à realidade. Tratava-se, portanto, de uma anuência produzida por erro sobre qualidade essencial da pessoa a quem se referia a declaração de vontade, anuência que não seria jamais obtida, não fora o erro.

É o caso ainda do testamento contemplando filho natural e que, descobre-se depois, não é tal. O ato jurídico foi gerado por uma vontade que se alimentara no erro sobre qualidade essencial da pessoa referida na declaração.

Dadas essas hipóteses pergunta-se: o consentimento externado nesses vários casos terá sido produzido com base em erros de igual natureza?

Sustentam vários escritores que não, pois, ao ver deles, a vontade nos três primeiros casos não chegou a gerar qualquer ato jurídico; enquanto nos seguintes ela se externou normalmente, apenas movida por um pressuposto falso: naqueles não existiu consentimento; nestes o consentimento manifestou-se defeituoso. Naqueles, o ato jurídico não ganhou realidade, o erro original obstou a formação da relação jurídica; nos últimos, ao invés, o ato jurídico se constituiu; apenas pode ser desfeito por defeituoso, ante um percalço que viciou o seu elemento essencial: a vontade.

O erro da primeira espécie e incidente nas três primeiras hipóteses figuradas é o erro impróprio, como o chamou SAVIGNY³;

3. SAVIGNY, ob. cit., n. 34.

os escritores italianos ⁴ dão-lhe o nome de *errore ostativo*; os franceses ⁵ de *erreur obstacle*; entre nós o vemos referido como erro-obstáculo.

Nele há divergência profunda entre a declaração e a vontade, análoga (como lembra MESSINEO, ob. e loc. cit.) à que decorre da violência física. Não há emissão de vontade, e por isso não há ato jurídico.

O outro, o erro da segunda espécie, incidente sobre as duas hipóteses figuradas em último lugar, é o erro próprio, erro-vício, como também o chamam. Fere e machuca o consentimento, sem obstar a que este se projete.

Tal distinção entre erro próprio e impróprio pareceu relevante à maioria dos escritores que têm versado o assunto, principalmente franceses e italianos. E sua propalação talvez se deva ao fato de servir para resolver um problema que nem o texto do Código Napoleônico, nem o do Código italiano de 1865 resolviam. Vejamos:

16. Justificação da distinção na França. O art. 1.109 do Código Civil francês — e o mesmo ocorre na legislação italiana de 1865 — prescreve não haver consentimento válido se este for dado por erro, extorquido por violência ou surpreendido por dolo; e o art. 1.110 define qual o erro passível de tornar anulável a convenção. Traduzo-o livremente:

“Art. 1.110. O erro não é causa de nulidade da convenção a não ser que recaia sobre a própria substância da coisa de que é objeto.

Ele não é causa de nulidade quando recai sobre a pessoa com quem se quer contratar, a menos que a

4. GIORGI, *Obbligazioni*, 2. ed., Florença, 1886, v. 4, n. 40; MESSINEO, *Doctrina general del contrato*, trad. esp., Buenos Aires, 1952, v. 1, p. 130; STOLFI, ob. cit., § 38; RUGGIERO e MAROI, *Istituzioni di diritto privato*, 8. ed., Milão, 1955, § 26; EMILIO BETTI, *Teoría general del negocio jurídico*, trad. esp., Madri, s.d., n. 52. Cf. escritores citados por STOLFI, ob. cit., p. 114, nota 4.

5. LAROMBIÈRE, *Théorie et pratique des obligations*, 3. ed., 1885, t. 1, p. 45 e s.; DEMOLOMBE, *Traité des contrats*, v. 1, p. 124 e s., ns. 80 e s.; BAUDRY-LACANTINERIE e BARDE, *Obligations*, ed. 1906, § 52.

consideração dessa pessoa seja a causa principal da convenção”.

Assim, a lei não considera expressamente aquele erro impróprio, ou seja, o recainte sobre a natureza do ato, ou sobre a identidade do objeto do contrato; como também não se refere à imperfeita transmissão da vontade através de aparelho, ou nuncio, dispositivo que, se não me engano, é pela primeira vez encontrável no art. 120 do Código alemão e, depois, no Suíço das Obrigações, art. 27.

Essa posição do legislador francês foi deliberada, pois se inspirou em POTHIER, que é a fonte próxima onde o Código de 1804 no mais das vezes se estriba; e, ademais, logicamente se justifica, pois decorre necessariamente do próprio conceito de ato jurídico e da distinção entre erro-vício e erro-obstáculo.

POTHIER já distinguia entre esses dois tipos de erro, um obstando a formação da relação jurídica, o outro apenas viciando-a. Em seu *Tratado das obrigações* menciona separadamente um e outro destes defeitos, apontando os diferentes efeitos ⁶. De sorte que o legislador, seguindo igual trilha, não disciplinou como erro o que incide sobre a natureza da convenção, ou sobre a identidade de seu objeto, pois nesse caso não há apenas defeito, mas sim inexistência de consentimento; enquanto que, nos casos de erro sobre qualidade essencial do objeto ou da pessoa a quem se refere a declaração, ele reconhece a existência de uma anuência, embora a veja imperfeita, deferindo, a quem ela prejudica, ação de nulidade.

Por conseguinte, quando ocorre uma das hipóteses de erro-obstáculo, não será com base no art. 1.110 do Código Civil que se procurará desfazer o ato jurídico. Deve-se, ao invés, sustentar a inexistência de uma vontade concordante.

17. Idem, na Itália. O Código italiano de 1865, em seu art. 1.110, reproduz, com a ressalva de que se trata de erro de fato, o de igual número do Código de Napoleão. Conseqüentemente, coube à doutrina confirmar a distinção entre erro próprio e o

6. POTHIER, ob. cit., ns. 17 e 18.

impróprio, aquele inserto na lei e deferindo a ação de nulidade, este obstando o surgimento do ato jurídico por impedir a manifestação de seu elemento medular: a vontade ⁷.

18. *Conseqüências de tal distinção no plano teórico.* O corolário lógico de tal distinção marcar-se-ia nas conseqüências dela defluentes. Enquanto o erro-obstáculo deve produzir a nulidade dos atos gerados, pois faltou ao negócio elemento essencial tal o consentimento, o erro-vício oferece apenas uma causa de anulabilidade; no primeiro caso, nulidade absoluta, até mesmo declaração de inexistência; no segundo, nulidade relativa, portanto passível de prescrição, alegável só pelo interessado, ratificável.

19. *Solução brasileira. Equiparação das duas espécies de erro.* O legislador brasileiro não se ateve a essa distinção e, grupando num só conceito o erro-obstáculo e o erro-vício, atribuiu a ambos iguais efeitos, tratando todos os casos como de nulidade relativa. Com efeito, o art. 86 do Código Civil, em consonância com o art. 147, II, determina a anulabilidade das declarações de vontade que emanarem de erro substancial; e os arts. 87 e 88 classificam como erro desta espécie não só os erros próprios como os impróprios, não só o erro-obstáculo, que impede a manifestação da vontade, como o erro-vício, que a lesa em seu conteúdo.

De sorte que o problema, ante a legislação brasileira, ganhou em clareza e em simplicidade o que perdeu em lógica. E cada vez que a vontade, em sua manifestação, for provocada por erro que interesse a natureza do ato, o objeto da declaração, uma qualidade essencial a ele inerente ou à pessoa a quem a declaração se refira, ocorre uma nulidade relativa, capaz de tornar ineficaz a manifestação volitiva ⁸.

7. PACIFICI-MAZZONI, *Istituzioni di diritto civile italiano*, 4. ed., 1904, v. 1, p. 372 e s., notas de Venzi, e v. 4, 1906, p. 163-4; LOMONACO, *Obbligazioni*, 2. ed., 1906, v. 1, p. 130-2; GIORGI, ob. cit., 6. ed., 1903, v. 3, p. 328 e s.

8. JOSÉ AUGUSTO CÉSAR (*Ensaio sobre os atos jurídicos*, Campinas, 1913, p. 64), depois de expor a diferença entre as duas espécies de erro, declara:

"As distinções do texto, aceitas pelos comentadores do Código Civil francês, não são lógicas. Há falta de vontade, qualquer que seja a matéria de erro relevante... A tendência da doutrina é, pois, para a uniformização dos efeitos do erro, não no sentido da nulidade como exigiria a lógica jurídica, porém no da anulabilidade em atenção ao crédito (CC, art. 119; SALEILLES, *Declaration de volonté*, p. 33).

A meu ver, essa solução legislativa pode ser tida como responsável pelos escassos desenvolvimentos que a controvérsia alcançou em nossas letras jurídicas.

20. *Solução do Código italiano de 1942.* O Código Civil italiano de 1942, abandonando o critério do legislador de 1865, após sujeitar a eficácia do erro à sua relevância e a ser reconhecível pela outra parte, definiu, no art. 1.429, o que entende por erro essencial. É, nos primeiros três incisos daquela regra, compendia as mesmas hipóteses consignadas pelos arts. 87 e 88 da nossa lei; ainda, como entre nós, acolheu a hipótese de transmissão errônea da vontade, por aparelho ou nuncio.

Como o art. 1.427 declara ser anulável e não nulo o contrato eivado daquele defeito, tanto o erro-obstáculo, como o erro-vício são suscetíveis de provocar a ineficácia da avença, sacrificando-se aí, também, a melhor lógica ao melhor interesse prático.

A *relazione ministeriale* (n. 652) justificou assim a reforma:

"La distinzione che determina una divergenza fra la dichiarazione e la volontà, e l'errore che vizia la formazione della volontà dichiarata, è difficilmente riconducibile alla tradizione romanistica. Non sempre accolta nella dottrina moderna, per quanto passata nella pratica della giurisprudenza, la distinzione non giustifica il diverso trattamento delle due ipotesi, perchè la dichiarazione esiste *in re* anche quando sia affetta de errore ostativo ed essa in tal caso può provocare ugualmente affindamenti in buona fede, le cui conseguenze devono essere salvaguardate" ⁹.

21. *Conclusão.* Concluindo, parece-me que esta orientação, se bem que fuja aos pressupostos lógicos da definição inicial, representa um progresso, pois envolve uma simplificação inegavelmente útil, principalmente no que concerne à segurança das rela-

9. STOLFI (*Teoria del negozio giuridico*, Pádua, 1947, p. 115 e s.) censura essa redução à unidade da conseqüência concernente aos casos de erro-vício e erro-obstáculo, e sustenta que ela só pode aplicar-se aos contratos comutativos, não aos gratuitos ou aos atos unilaterais.

ções sociais. O diminuto prazo de prescrição, com célere convalescimento de atos possivelmente defeituosos, a possibilidade de ratificação, constituem elementos de reforço do ato jurídico, e, portanto, da confiança que ele deve inspirar.

É possível que o abandono daquela posição lógica inicial constitua ameaça ao dogma da vontade e cerceie, de certo modo, uma prerrogativa do indivíduo. Mas estar-se-ia buscando satisfazer o maior número, garantindo melhor a segurança das relações sociais.

Capítulo IV

A divergência entre a vontade real e a declarada

Sumário:

22. Propositura do problema e indicação das várias soluções.
23. Exposição da teoria da vontade real.
24. A teoria da declaração. Crítica.
25. Reação ao extremismo dessas teorias. As intermediárias.
26. A teoria da responsabilidade. Justificação da sobrevivência do ato gerado no erro.
27. A teoria da confiança.
28. A teoria da confiança representa uma fuga da posição individualista original.
29. Sua influência nas legislações estrangeiras.
30. A legislação portuguesa.
31. Solução do Código Civil alemão.
32. Solução do Código Civil italiano. Requisito da reconhecibilidade do erro.

22. *Propositura do problema e indicação das várias soluções.* A ação de anulabilidade, conferida pela lei a quem consentiu por erro, representa homenagem ao princípio de que o ato jurídico emana da vontade. O ordenamento jurídico prestigia o ato volitivo quando ele busca um fim conforme à ordem estabelecida¹; se isso ocorre, dá-lhe eficácia; se, entretanto, o ato volitivo vem capenga e defeituoso, por faltar ao negócio um elemento funda-

1. "Si los particulares, en las relaciones entre ellos, son dueños de perseguir, en virtud de su autonomía, los fines prácticos que mejor responden a sus intereses, el orden jurídico es, con todo, árbitro de ponderar tales fines según sus tipos, atendiendo a la transcendencia social, tal como él la entiende, conforme a la sociabilidad de su función ordenadora. Es obvio, en efecto, que el Derecho no puede prestar su apoyo a la autonomía privada para la consecución de cualquier fin que esta se

Título III
Do dolo



Existe assim um elemento interno que prejudica a manifestação de vontade, e um elemento externo causador do primeiro. O maquinismo volitivo, tanto no caso de erro, como no de dolo, apresenta idêntico defeito, pois a vontade não se exteriorizaria se ciente das condições objetivas do negócio. Apenas no primeiro caso a ignorância é espontânea, e no derradeiro ela deflui de induzimento.

Daí alguns escritores assimilarem estes dois defeitos do consentimento², por entenderem que a causa da anulabilidade do ato jurídico é sempre o erro, desde que relevante, quer se trate de erro propriamente dito, quer de erro provocado, ou seja, dolo.

Segundo a nossa lei e igualmente dentro das legislações que admitem a distinção entre o dolo principal e dolo incidente, aquela asserção ganha maior valia, porque o dolo principal se equipara ao erro substancial (v. art. 93) e, como este, só possibilita a ação de anulação quando tiver sido causa determinante do contrato; enquanto que o dolo incidente, da mesma forma que o erro accidental, não infirma o ato, pois num e noutro caso o negócio teria sido feito, ainda que de outra forma.

Assim, postas essas premissas, se alguém foi conduzido a anuir, provocado por embuste doloso de outra pessoa, só poderá promover o desfazimento do ato se demonstrar que o consentimento derivou de um erro importante. E é o erro dessa gravidade, ou seja, o capaz de provocar a anuência, a causa do desfazimento do negócio, quer tenha sido espontâneo, quer provocado. De sorte que, à primeira vista, pareceria inútil disciplinar-se a figura do dolo, porque apenas com a noção do erro se chegaria a iguais efeitos.

76. *Utilidade da idéia de dolo.* PLANIOL (ob. cit., n. 1.065) num parágrafo sobre a função do dolo, reconhecendo a semelhança

2. Cf. G. GIORGI, *Teoria delle obbligazioni*, 2. ed., Florença, 1886, v. 4, n. 92: "Amesso una volta, che l'errore rende invalido il contratto o ignorachè fu causa determinante del medesimo, e fermato pure che il dolo per riuscire causa di rescissione deve essere stato causa determinante del contratto, non si esce da questo dilemma: o l'errore di un contraente fu causa determinante del contratto, e sarà da sè congruo mezzo di rescissione, sia o non sia cagionato dal dolo dell'altro contraente; o non fu causa determinante del contratto, e non darà luogo alla rescissione, nè come errore, nè come dolo". Cf., igualmente, STOLFI, *Teoria del negozio giuridico*, Pádua, 1947, § 43.

entre esse vício e o erro, reconhece que o recurso a ele pode oferecer dupla utilidade:

a) casos há em que a mera alegação de erro bastaria para conduzir o julgador a decretar a anulação do ato. Mas a prova do erro não é fácil, de sorte que a vítima tenta caracterizá-lo, demonstrando o artifício doloso de que o agente do dolo lançou mão para ludibriá-lo. E será menos difícil evidenciar o embuste derivado do dolo do que demonstrar que sua vontade se inspirou num pensamento secreto e errado. Essa a primeira vantagem, de ordem evidentemente prática;

b) o erro sobre o motivo do ato não defere a ação de anulação; mas se dolo incidiu sobre esse motivo, tornando-se causa do consentimento, o negócio é anulável por dolo, embora não o fosse por erro.

77. *No dolo o erro recai sobre o motivo do ato.* Esta última consideração parece apta a estabelecer vincada distinção entre os dois vícios, capaz de justificar a admissão do dolo como defeito autônomo do consentimento.

De fato. Para que o erro afete a eficácia do ato, é mister seja ele substancial. Por substancial se entende aquele engano que atingiu tal grau de relevância que, se fosse conhecido pela outra parte, impediria a ultimização do negócio. Mas, para evitar dúvidas e diminuir o arbítrio do juiz, o legislador definiu o que entende por erro relevante e determinou, nos arts. 87 e 88 do Código Civil, que aqueles, e só aqueles casos de erro ali mencionados, podem, como tal, ser considerados.

O legislador afastou da abrangência de erro substancial o erro sobre os motivos; fê-lo no art. 90 ao determinar que *só vicia o ato falsa causa, quando expressa como razão determinante ou sob a forma de condição*. De modo que o erro sobre a causa mediata não se considera substancial, a menos que a tal tenha sido promovido por vontade das partes, as quais, antevendo a possibilidade de sua ocorrência, condicionaram a validade do ato àquele pressuposto (v., *supra*, n. 58).

Mas, se o erro sobre a causa do ato foi provocado por dolo, haverá possibilidade de anular-se o negócio, desde que se prove

que ele não seria levado a cabo sem o embuste. Se a anuência resultou de artifício do outro contratante, que persuadiu a vítima da possibilidade de alcançar um fim através do ato malsinado, este se desfaz, independentemente daquele motivo figurar expressamente como razão determinante.

Aqui basta examinar a *ratio legis*.

O art. 90 do Código Civil impede se alegue a falsidade do motivo oculto do ato, em respeito à boa fé das pessoas que contrataram com a vítima do erro. A lei não quer infirmar o ato jurídico, nem permite que ele feneça por não alcançar uma finalidade recôndita do declarante, que o outro contratante desconhecia ou podia desconhecer. De sorte que tal erro só aproveita o autor da declaração se figurar expressamente no instrumento, como razão determinante ou sob a forma de condição. Todavia, se o agente do dolo captou a vontade da vítima, justamente usando daquele motivo para seduzi-la, se está ciente de que o negócio se faz tão-só para alcançar aquele intento, decerto a presunção que militava em seu favor não mais o beneficia, pois ignora que o móvel do ato foi a falsa causa. Daí justificar-se a anulação do ato, pois não traz imerecido prejuízo a quem quer que seja.

Se voltarmos agora a examinar aquele julgado trazido à baila quando da discussão do art. 90 do Código Civil (RT, 231:189), nele encontraremos boa hipótese para exemplo esclarecedor (v., *supra*, n. 58).

Ali se anulou um contrato de compra e venda de fundo de comércio, porque o vendedor assegurou ao comprador que o mesmo possuía clientela numerosa, vendendo mais de cento e vinte mil cruzeiros por mês. O motivo mediato, psicológico, gerador do consentimento foi tal circunstância. O negócio foi anulado por erro, dado a razão determinante vir expressa no instrumento, pois se o não fosse a hipótese de erro não se configuraria, visto que, como motivo oculto, deveria ser desconsiderado. Não obstante, se a anuência do comprador se houvesse obtido mediante o expediente astucioso de persuadi-lo da excelência do contrato, pois o estabelecimento propiciava aqueles pingues ganhos, então se trataria de dolo, e o negócio igualmente

se resolveria. No caso figurado no exemplo, ao vendedor não aproveitaria a eventual omissão do contrato quanto à razão determinante do consentimento, pois este haveria sido embusteira-mente provocado pelo próprio vendedor, teria sido o elemento de que lançou mão o alienante para, dolosamente, seduzir o adquirente. Assim, como o alienante não ignorava o motivo que gerou o assentimento do comprador, a anulação do negócio, no caso, não prejudicaria um contraente de boa fé.

Dentro desta ordem de reflexões se irá mais longe: a alegação de dolo servirá como instrumento para proceder-se à anulação do ato jurídico quando o consentimento surgir de engano de outra espécie, que não os contemplados nos arts. 87 e 88 do Código Civil.

Vimos que o legislador não se conformou em definir o erro substancial como aquele capaz de conduzir a um consentimento que não surgiria se o agente da declaração conhecesse a verdade. Talvez para reduzir o arbítrio do juiz, e limitar as dificuldades do intérprete, especificou quais as hipóteses em que se devia entender ter havido erro essencial.

Todavia, em matéria de dolo, não desceu a tal detalhe. Pelo exame do art. 93, *in fine*, e pela interpretação *a contrario* desse texto, pode-se deduzir a definição legal de *dolo principal*. Pois se a lei diz que *é accidental o dolo, quando a seu despeito o ato se teria praticado, embora de outro modo*, fácil concluir que ela o crê principal quando se revela a causa única do ato, e, por conseguinte, quando sem ele o ato não se teria praticado.

De modo que, em matéria de dolo, maior é a amplitude da norma. Muitos erros, insuscetíveis de gerar a anulação do negócio por não se inserirem dentro das figuras compendiadas nos arts. 87 e 88 do Código Civil, poderão dar margem à anulação do negócio jurídico se ficar demonstrado que foram provocados por manobras dolosas do outro contraente³. Assim, por exemplo, o erro sobre valor.

Verdade que essas manobras atuarão sempre sobre os motivos do ato.

3. Cf. SALEILLES, *De la déclaration de volonté*, Paris, 1929, p. 53.

78. *Legislações em que a distinção entre o dolo incidente e o dolo principal não é expressa: os Códigos português, alemão e suíço. Sentido punitivo da reação contra o dolo.* Algumas legislações não distinguem o dolo principal — *dolus causam dans*, do dolo incidente — *dolus incidens*, para o fim de diferenciar-lhes os efeitos, como ocorre entre nós. Tal distinção, ademais, parece não vir de fontes romanas⁴.

Para esses sistemas a mera existência do dolo possibilita a anulação do negócio. É o caso do Código português de 1865, hem como do alemão e do suíço.

No Código Civil português de 1865 a matéria vinha tratada no art. 663. Dizia a regra:

O erro, que procede de dolo ou de má fé de um dos contraentes, ou de terceiro, que tenha interesse direto no contrato, produz nulidade.

Parágrafo único. Entende-se por dolo nos contratos qualquer sugestão ou artifício que se empregue para induzir em erro, ou manter nele algum dos contraentes; e por má fé a dissimulação do erro do outro contraente, depois de conhecido⁵.

4. Nesse sentido, CLÓVIS BEVILÁQUA, *Código Civil*, obs. ao art. 93; PONTES DE MIRANDA, ob. cit., v. 4, p. 330. Em sentido contrário, RAFFAELE (Dolo in materia civile, in *Enciclopedia giuridica italiana*, Milão, 1915, ns. 6 e 20) ensina que, de início, o direito romano não tinha uma disciplina geral do instituto do dolo, para cuja formação prevaleceu o conceito do *bonum et aequum* do edito pretoriano. A princípio a *actio* e a *exceptio dolum* são meios processuais só alegáveis quando se trata de contratos de boa fé, tomando-se só bem mais tarde remédio adequado de defesa nos contratos de direito estrito. Mesmo então não se conseguia infirmar a construção jurídica da convenção *stricti juris*; apenas a exceção ou a ação de dolo, concedida *aequo et bono*, podia conduzir à dispensa de fornecer a prestação, ou a sua repetição, se já prestada. Mas, caindo em desuso, os contratos *stricti juris* “*per accordare al dolo efficacia maggiore o minore, si venne distinguendo a seconda dell'importanza sua, il 'dolus causam dans' e il 'dolus incidens'*. Quello si usò per designare il dolo determinante, senza del quale la parte non avrebbe conchiuso il negozio; l'altro corrispose alla esplicazioni di raggiri ed artifici, che non erano stati causa determinante del contratto, ma che peraltro avevano influito sulla dichiarazione di volontà, nel senso che senza di essi la parte, pur contrattando, lo avrebbe fatto a migliori e più proficue condizioni”.

5. DIAS FERREIRA (*Código civil português* anotado, 2. ed., Coimbra, 1895, v. 2, p. 13, com. ao art. 663) explica: “O dolo e a má fé têm os mesmos efeitos jurídicos, distinguindo-se apenas em que o dolo é, para assim dizer, ativo e a má fé,

DIAS FERREIRA (ob. e loc. cit.) não lembra qualquer outra restrição à possibilidade de anulação do ato jurídico por dolo; basta que exista o propósito de enganar, “*porque ninguém deve lucrar com o seu dolo*”.

Mas nem a lei, nem seu comentador cogitam de distinguir entre o dolo principal e incidente, com o escopo de lhes atribuir diversidade de efeitos.

O Código alemão, em seu art. 123, também não faz distinção entre o dolo *causam dans* e o *incidens*. E o legislador suíço vai mais longe pois afirma ser irrelevante tal distinção no que concerne aos efeitos do negócio defeituoso. Eis a regra do art. 28 do Código Federal de Obrigações, que traduzo:

“A parte induzida a contratar, pelo dolo da outra, não fica obrigada, ainda que seu erro não seja essencial”.

Verdade que ROSSEL⁶, falando sobre esse texto⁷, ensina que o art. 1.116 do Código Civil francês conceitua a matéria mais claramente do que o Código suíço, pois, para haver dolo, é mister que “as manobras praticadas por uma das partes sejam tais que pareça evidente que, sem essas manobras, a outra parte não teria contratado” (CC francês, art. 1.116).

A idéia de se conceber um dolo incapaz de anular o contrato, ou seja, um dolo acidental, justificar-se-ia, perante o texto legal suíço, na expressão por ele usada, quando diz *la partie induite à contracter*⁸. Se houve dolo, mas este dolo não bastou ou não bastaria para induzir a parte a contratar, não seria ele tampouco suficiente para possibilitar o desfazimento do ato jurídico⁹.

passiva. Procede com dolo o que procura persuadir o comprador de que o objeto é ouro quando o objeto é cobre, e com má fé o vendedor, a quem o comprador oferece o preço como se o objeto fosse ouro, e que o não desengana de que o objeto não é ouro. No primeiro caso foi iludido o comprador, e no segundo não foi desiludido”.

6. ROSSEL, *Manuel de droit fédéral des obligations*, Paris — Lausanne, 1892, p. 62.

7. O escritor refere-se ao art. 24, que era o número do atual art. 28, antes da reforma de 30 de março de 1911.

8. No mesmo sentido, a respeito do Código Civil alemão (art. 123), SALEILLES, ob. cit., p. 51.

9. Cf. JOSSEERAND, ob. cit., n. 93.

Não obstante, o legislador suíço, tratando do erro, especificou no art. 24 os casos em que o crê essencial, e só nesses casos defere a ação de anulação por erro. Ao tratar do dolo, afirma que, existindo induzimento culposo, o erro em que a parte incidiu lhe aproveita, ainda que não seja essencial.

Nessas legislações, principalmente na portuguesa de 1967, tem-se a impressão de que o legislador concede a nulidade do negócio quase como uma punição ao autor da manobra fraudulenta¹⁰. Aliás, tal reação já se encontra esboçada em CLÓVIS BEVILÁQUA. Diz ele:

“O dolo é um ato ilícito intencional, e só por essa consideração provocaria a reação do direito. Essa reação, porém, teria por consequência a indenização do prejudicado, e não a anulação do ato. O que dá causa à anulação é a falta de liberdade na declaração de vontade” (ob. e loc. cit.).

10. Não raro, sente-se na reação da lei, do juiz ou da doutrina contra o dolo que existe mais uma idéia de repulsa ao ato malicioso, pelo fato de o ser tal, do que apenas um anseio de preservar a liberdade de consentir. Tal reação representa, parece, mais uma vocação punitiva do que apenas a restauração do estado anterior que o ato frustrado de vontade alterou. É mais uma reprimenda a servir de exemplo do que uma reparação restauradora do equilíbrio.

Falando do dolo no direito romano, RAFFAELE (ob. cit., n. 19) compara os efeitos do dolo e os do erro. Se o erro não é essencial e o dolo incidiu tão-só sobre os motivos, o vício do erro seria inalegável para desfazer o ato. Mas a existência do dolo infirma-lhe a validade. E conclui:

“E l'ingiusto operare del raggiratore, non l'errore in se stesso, causa di tale protezione e la parte se ne avvantagia non perchè abbia errato, ma perchè è stata ingannata”.

Nesse mesmo sentido, SALEILLES, *De la déclaration de volonté*, p. 50:

“Il a toujours été reconnu que le principe... de l'annulabilité pour le dol, reposait sur une préoccupation d'équité, plutôt que sur la rigueur des déductions logiques”.

E DEMOGUE (*Traité des obligations*, Paris, 1923, t. 1, n. 375), no mesmo sentido, informa que, embora como decorrência da anulação dos negócios jurídicos as partes deveriam ser restituídas ao estado em que antes dele se achavam, na prática, o autor do dolo é tratado com marcada severidade. Lembra julgados franceses nesse sentido, dentre os quais ressalta o seguinte (SIREY, 1902, I): julgou-se que acionistas, que, movidos por dolo, haviam subscrito ações, deviam receber devolução de todas as somas pagas, mais os juros, sem serem obrigados a devolver os títulos, pois a possibilidade de obter um lucro devia ser considerada como parte da indenização.

Cf., ainda, RIPERT, *Règle morale*, n. 47.

Todavia, esse fato talvez surja como concausa da reação do ordenamento jurídico. Principalmente entre nós, como bem observa o autor do Projeto de Código brasileiro, o dolo gera o defeito do consentimento, porque vai falsear as razões, provocar falsos motivos donde resulta uma anuência viciada. Mas veremos, ao examinar o artigo 95 do Código Civil, que nem sempre o legislador levou às últimas consequências esta orientação (v., *infra*, n. 82; RIPERT, ob. e loc. cit.).

Concluindo, o dolo é o artifício de que alguém se serve para enganar um outro¹¹, provocando em seu espírito um erro que o conduz a uma manifestação de vontade que não surgiria, se existisse o embuste. Quando o erro não é de molde a torcer a vontade a ponto de desviá-la do negócio, que de todo modo seria ultimado, apenas de outra forma, diz-se haver dolo incidente; se, ao invés, tal dolo provocou o propósito de consentir e levou a uma anuência que sem ele não adviria, diz-se haver dolo principal, o qual, nos termos do art. 92 do Código Civil, possibilita anulação do negócio jurídico.

11. POTHIER (*Traité des obligations*, Parte 1.^a, Cap. I, art. III, § III, n. 28, in *Oeuvres complètes de Pothier*, Ed. Depelafol, Paris, 1835, v. I), reportando-se a célebre definição de Labeão *omnem calliditatem, fallaciam, machinationem ad circumveniendum, fallendum, decipiendum alterum, adhibitam*) define o dolo como “toute espèce d'artifice dont quelqu'un se sert pour en tromper un autre”.

Capítulo XIII

Pressupostos do dolo

Sumário:

79. Os requisitos do dolo. Plano de exposição.
80. Da gravidade do dolo. *Dolus bonus* e *dolus malus*.
81. Dolo principal e dolo accidental.
82. Dolo de terceiro. Só anula o ato se ciente o outro contratante. Posição ilógica do legislador. Diferente tratamento dado pela lei ao dolo e à coação, vindos de terceiro. Esquema para tratamento da matéria.
83. Justificativa da posição do legislador ao discriminar entre o dolo e a coação provindos de terceiros.
84. Opiniões adversas à distinção no tratamento da violência e do dolo.
85. Inovações trazidas pelos Códigos suíço e alemão.
86. Solução sugerida. O dolo e a coação de terceiros não devem possibilitar a anulação do negócio, se insciente a outra parte.
87. O dolo de ambas as partes. -

79. *Os requisitos do dolo. Plano de exposição.* O legislador argentino enumera, no art. 932 de seu Código Civil, os requisitos de que se deve revestir a manobra dolosa, para que a figura do vício do consentimento se caracterize, dando margem à anulação do negócio jurídico. Diz regra estrangeira:

“Art. 932. *Para que el dolo pueda ser medio de nulidad de un acto es preciso la reunión de las circunstancias siguientes:*

- 1.º) *que haya sido grave;*
- 2.º) *que haya sido la causa determinante de la acción;*
- 3.º) *que haya ocasionado un daño importante;*

menor intensidade, considerado dolo pelo ordenamento jurídico; falta, para que se configure o vício do querer, o requisito da gravidade.

Isso porque o erro em que incide a vítima, resultante do dolo eventual da outra parte, é inescusável. A pessoa enganada o é por sua própria culpa, pois, se agisse com a diligência ordinária, ilidiria o ludíbrio³.

Nos julgados que passamos a analisar verifica-se a exatidão de tal assertiva. No primeiro deles o Tribunal de São Paulo, em acórdão relatado pelo grande Costa Manso (RT, 32:37), decidiu não haver dolo em uma permuta na qual uma das partes alegava que, em virtude de induzimento e em troca de uma fazenda, recebeu ações de uma companhia que lhe disseram estar em ótimas condições, e que, afinal, logo depois, veio a falir. Teria sido ludibriado pelo intermediário e pelo vendedor, ambos exaltando a excelência do negócio e a grande valia dos títulos. Mas isso, ao ver da Egrégia Corte, não constituía dolo:

“É natural, diz ilustre cientista, que o vendedor faça sobressair o valor e as boas qualidades do objeto e que o comprador procure avultar seus defeitos, como é natural também que contra tais expedientes todos estejam prevenidos, em virtude de sua normalidade”.

O julgado insiste em que o autor foi culpado de sua própria negligência, pois, dadas suas condições pessoais, tinha elementos para apurar a veracidade das declarações.

Em outro aresto, também do Tribunal de São Paulo, proclama a Corte não existir dolo grave, e sim dolo tolerado, na asserção do vendedor de que o prédio ofertado à venda produzia

3. GIORGI (*Teoria delle obbligazioni*, 2. ed., 1886, v. 4, n. 97) adota um critério objetivo para verificar se se trata de dolo tolerado ou não:

“gli artifizzi e i raggiri debbono essere di tal natura da fare impressione sopra una persona sensata. Come non può scusarsi l'ignoranza crassa, o il timor panico, così nemo merita indulgenza la dabbinaggine”.

Mas reconhece (n. 90) que, para distinguir o dolo tolerado daquele dolo que vicia o consentimento, não se podem ditar regras absolutas. A lei e a ciência devem confiar no juiz e deixar ao mesmo o cuidado de decidir se na espécie “il contraente eccede ilimiti della furberia tolerata”.

rendimento mais elevado do que, de fato, ele rendia (RT, 184:655).

Alegava o autor vício de vontade, pois a anuência adviera da informação de que o edifício produzia Cr\$ 20.000,00 mensais, quando, na realidade, sua renda fora arbitrada em Cr\$ 14.000,00. O julgado, transcrevendo textos de BAUDRY e BARDE, AUBRY e RAU e BENTO DE FARIA, concluía ser tolerado o dolo chamado mercantil, pois é hábito das pessoas que vendem elogiar sua mercadoria, atenuando-lhe os defeitos. Mas o argumento principal repousa na incúria da vítima, que, se diligente, poderia ter escapado às redes do embuste:

“o dolo tolerado, podendo ser facilmente verificado, não exige senão uma prudência ordinária e prática comum de negócios para ser evitado e a lei não pode levar seus escrúpulos a ponto de defender a ingenuidade das pessoas, únicas hipóteses em que estas serão vítimas de dolo dessa natureza”.

Assim o dolo, seja qual for sua gravidade, pode viciar o consentimento. Apenas, no caso do *dolus bonus* ele não aproveita quem o alega, pois a incidência no engano decorre do próprio desleixo da vítima. O princípio é o mesmo informador da regra que não admite o erro, ainda que substancial, se inescusável.

81. *Dolo principal e dolo accidental*. Para que se considere o dolo capaz de provocar a anulação do ato jurídico, necessário se faz que ele, ademais de ser grave, como se viu acima, tenha sido causa determinante do consentimento, *dolus dans causam contractui*. A esse dolo se diz principal, em oposição ao accidental, definido pela lei como aquele que, a seu despeito, o ato se teria praticado, embora de outro modo. O dolo accidental só obriga a satisfação a perdas e danos⁴.

4. As *Novelles belgas*, *Droit Civil*, v. 4, t. 1, dão notícia de opiniões contrárias à distinção entre dolo principal e dolo incidente.

Referem-se, entre outros, a ESMEIN, in PLANIOL e RIPERT (t. 4, n. 207), que sustenta dever deixar-se à vítima do dolo a escolha entre anular o contrato ou mantê-lo (pleiteando perdas e danos), de acordo, aliás, com a solução clássica, em matéria de vício redibitório.

No primeiro caso há vício de consentimento, enquanto no segundo apenas ato ilícito, gerando responsabilidade para seu agente. A meu ver tal responsabilidade é aquiliana, embora surja dentro de uma relação contratual⁵.

Nas duas hipóteses existe a deliberação do agente de iludir o co-contratante. Apenas na primeira o artifício faz gerar uma anuência que jazia inerte e que de modo nenhum se manifestaria sem o embuste; enquanto que, na segunda, o consentimento viria de qualquer maneira, apenas com a diferença de que, dada a incidência do dolo, o negócio surgiu mais oneroso para a vítima do engano. Ali, o vício do querer enseja a anulação do negócio; aqui o ato ilícito defere oportunidade de pedir reparação do dano.

Assim, por exemplo, é anulável o ato jurídico através do qual alguém é dolosamente induzido a vender, por baixo preço, quinhão hereditário relativamente valioso; é evidente o ludíbrio, pois não é admissível que pessoas paupérrimas pudessem despojar-se “de bens que viriam enriquecer seu desfalcado patrimônio. O direito, na sua função ética, não pode sancionar uma imoralidade” (cf. acórdão da 2.^a Câm. Cív. do TASP, RT, 226:305).

A mesma Corte julgou igualmente anulável, por dolo do vendedor, o negócio jurídico em que “a apelante, mulher rústica e desprovida de luzes, fora vítima de manobras fraudulentas, em virtude das quais, enganada, ludibriada, fora impelida à compra de pequeno bar”, cujo valor era insignificante, envolvendo-se assim em negócio arriscado e ruinoso, que não ultimaria, não fosse a lábia da outra parte (RT, 254:547).

De outra feita, a 6.^a Câmara Cível do Tribunal de São Paulo anulou negócio de compra e venda de imóvel por dolo do adquirente que, valendo-se da simpleza da vendedora, obteve anuência que não surgiria, sem o embuste de que lançou mão. Tratava-se de mulher fraca de espírito e que, embora avançada em anos, alimentava o desejo de ser cortejada por algum homem; o réu, bem mais jovem, a assedia e contratam casamento, tendo

5. LAURENT (*Principes de droit civil*, 1875, v. 15, n. 528), falando sobre a indenização resultante do dolo incidente, remete seu leitor ao art. 1.382 do Código Civil francês, que trata da responsabilidade aquiliana. Da mesma forma, DEMOGUE (*Traité des obligations*, Paris, 1923, t. 1, n. 337).

ele, antes, obtido a venda de um imóvel por preço sensivelmente abaixo do seu valor. Após o negócio o agente do dolo abandonou seus propósitos matrimoniais. A vítima, então, pleiteou, com sucesso, o desfazimento do negócio (RT, 212:215)⁶.

Em caso mais recente o Tribunal anulou o negócio jurídico em virtude da prova do artifício astucioso usado por uma das partes para obter a anuência do outro. Diz a ementa do acórdão:

“Constatando-se, pelas provas, ter havido artifício astucioso levando os autores a produzirem declaração de vontade que sem esse artifício não teriam produzido, é de se dar pela procedência da ação, com a anulação do ato, nos termos dos arts. 92 e 95, c/c o art. 147, II, todos do CC” (RT, 522:232).

Nos exemplos referidos o dolo é principal, pois sem ele não surgiria o contrato. JOSSERAND (ob. cit., n. 91) fornece alguns outros exemplos, tirados da jurisprudência francesa. Lembra o caso do negociante de automóveis que persuade seu cliente de que o carro de propriedade deste apresenta defeitos irreparáveis, a fim de conseguir vender-lhe um novo; ou de outro vendedor, que, para obter a anuência do comprador, apresenta-lhe carta atribuindo mentirosamente majoração de valor à coisa vendida.

No dolo incidente encontra-se também a malícia do agente. Mas ela não recai sobre o motivo determinante da vontade, apenas a altera lateralmente, conduzindo-a a manifestar-se de maneira diferente da por que se manifestaria, se inexistisse o dolo. Esse dolo incidente, “ne porte que sur une condition accessoire de la convention, mais sans aucune influence sur la volonté même de traiter et, s’il annule la clause ainsi insérée ou donne lieu à une réparation, il reste sans effet sur l’existence même de la transaction”⁷.

6. Note-se que, nos três exemplos acima referidos, a vítima do dolo, em virtude de sua simplicidade, fraqueza mental, ou ignorância, deixou-se iludir por embustes possivelmente insuscetíveis de captarem a vontade de uma pessoa normal. Todavia, os artifícios de que lançaram mão os agentes do dolo eram adequados a provocar uma anuência que não seria externada, sem o procedimento malicioso que, na hipótese, era grave, pois não de prática corrente.

7. D. AGATSTEIN, *Le dol des incapables à l’occasion d’un contrat*, Paris, 1927, n. 26.

Não é rara a tentativa de caracterizar o dolo incidente como aquele praticado no curso de uma negociação já iniciada⁸. Pois, surgindo esse dolo, haveria de supor-se já obtida a anuência quanto à substância do negócio, vindo a astúcia censurável influir tão-só em assunto acessório. A correção que a lei traz, para emendar o malefício, parece adequada, pois através da reparação ela procura alcançar aqueles mesmos efeitos que resultariam do contrato, não fosse o dolo.

Em curioso julgado (RT, 148:379 e 155:834), o Supremo Tribunal Federal entendeu ter havido dolo incidente, aliás ocorrido após o negócio, e por isso condenou o agente do dolo à reparação do prejuízo. A Caixa Econômica Federal, credora hipotecária de certa massa falida, levou o síndico desta, através de promessa de novo negócio, a promover nova avaliação do prédio hipotecado, avaliação esta que reduziu para pouco mais da metade o valor anteriormente arbitrado. Ante essa nova avaliação, inferior também ao crédito preferencial, a Caixa, credora, pleiteou e obteve a adjudicação do imóvel. O Pretório Excelso entendeu que a Caixa Econômica agira com dolo, mas que este era incidente, de forma que só a condenou a reparar o prejuízo, representado pela diferença entre o preço pelo qual o havia adjudicado e o efetivo valor do imóvel, à época da adjudicação.

A distinção entre essas duas espécies de dolo nem sempre se revela fácil e talvez isso explique a antipatia com que a encaram muitos escritores. Além de LAURENT⁹, que a censura acerbamente, pois separar o dolo acidental do principal lhe parece coisa inútil, ademais de representar fecunda fonte de erros, também COLIN e CAPITANT combatem os efeitos constantes de tal classificação. Estes últimos juristas, contudo, reconhecem que, ante a letra do art. 1.116 do Código Civil francês, a jurisprudência é obrigada a ter em conta a referida distinção.

8. Cf. AUBRY e RAU, ob. cit., v. 4, § 343 bis, 3.º:

“Le dol simplement incident (*Dolus incidens*) c'est-à-dire celui qui, pratiqué dans le cours d'une négociation déjà entamée, n'a pas fait naître chez l'une des parties l'intention de contracter, et n'a eu pour résultat que de l'amener à accepter des conditions plus désavantageuses, n'est pas, en général, une cause de nullité de la convention. Mais il donne ouverture à une action en dommages-intérêts contra l'auteur ou le complice de dol”.

9. LAURENT, *Principes de droit civil*, v. 15, ns. 523, 599 e 600.

Traduzo livremente o texto:

“Com efeito, o dolo é sempre empregado para pesar sobre a vontade do contratante e isso se dá, quer o dolo tenha por fim conduzi-lo a fazer um contrato, quer a fazê-lo concordar com condições diversas das que teria aceito, se não fosse o ludíbrio. Por conseguinte, em ambos os casos, a verdadeira reparação devia consistir na permissão à parte lesada de pleitear a nulidade”¹⁰.

Qual, em realidade, o critério diferenciador entre as duas espécies de dolo? COLIN e CAPITANT, naquele mesmo parágrafo citado, realçam o pesado encargo que cabe ao juiz, no verificar se as condições sob as quais ocorreu o dolo podem ou não ser consideradas como determinantes do consentimento da vítima. Tal observação revela, ainda uma vez, a importância do papel atribuído, nessa matéria, ao julgador. É ele quem, considerando as circunstâncias do negócio e as condições particulares do agente e da vítima, terá que decidir da existência ou não de manobras fraudulentas, e verificar se tais artifícios foram ou não os elementos geradores do convencimento.

Se isso for justo no direito francês, mais o será ante o Código Civil brasileiro. Do cotejo entre os dois textos legais deflui a persuasão de que a regra napoleônica confere menor arbítrio ao juiz do que o faz o preceito nacional. Com efeito, se o intérprete se ativer à interpretação literal, verá que o art. 1.116 do Código francês surge mais estrito, pois o dolo só será causa da nulidade quando as manobras forem tais, “qu'il est évident que, sans ces manoeuvres, l'autre partie n'aurait pas contracté”¹¹, enquanto nosso legislador, embora conhecedor daquele texto, achou de melhor alvitre conceituar o dolo principal indiretamente, através de seu contrário, ou seja, do dolo acidental. E, por afirmar que é “acidental o dolo, quando a seu despeito o ato se teria praticado, embora de outro modo”, deixa esclarecido que entende por principal o dolo quando, a seu despeito, o ato não

10. COLIN e CAPITANT, *Cours élémentaire de droit civil français*, 4. ed., Paris, 1942, v. 2, p. 287.

11. LAURENT, ob. cit., n. 524:

“Peut-être les auteurs du Code ont-ils trop limité le pouvoir d'appréciation du juge en exigeant qu'il soit évident que, sans les manoeuvres, la partie trompée n'aurait pas contracté”.

se teria praticado de nenhum modo. Aqui falta aquela locução "qu'il est évident", encontrável no texto francês. Ora, isso equivale a permitir que o juiz perscrute, inquiria e decida tratar-se de dolo principal, ainda quando da prova não tenha resultado evidência de que a vítima não faria o negócio, sem o expediente astucioso.

Assim aqui, mais do que lá, parece considerável o arbítrio do juiz. E isso representa uma vantagem. Cada vez que num negócio jurídico uma das partes agir com dolo, tem o juiz a possibilidade de neutralizar os efeitos da malícia, se se convencer de que o ato, sem ela, não se teria realizado; ou melhor, se entender tratar-se de dolo principal. E o fará anulando o ato. De outro lado, quando no seu convencimento surgir a persuasão de que os efeitos do dolo serão remediados com a reparação do prejuízo, pois o defeito não incidiu sobre a constituição substancial da vontade, mas apenas em seu acessório, proclamará a existência do dolo accidental e condenará o agente ao ressarcimento do dano. E, no primeiro caso, não se faz mister seja manifesto que o dolo era principal.

82. Dolo de terceiro. Só anula o ato se ciente o outro contratante. Posição ilógica do legislador. Diferente tratamento dado pela lei ao dolo e à coação, vindos de terceiro. Esquema para tratamento da matéria. Em geral, as legislações não consideram defeito do consentimento, capaz de permitir se anule o ato, o dolo vindo de terceiro, se o outro contratante o ignorava. O legislador francês colheu o princípio na lição de POTHIER, que decerto, por sua vez, se inspirou no direito romano¹²:

12. RAFFAELE, ob. cit., ns. 37 e 38:

"... il diritto romano in proposito — a differenza della violenza che, anche proveniente dal terzo rendeva rescindibile in contratto — fermò la regola che dovesse il dolo provenire dall'altro contraente; se proveniva da un terzo, e la controparte fosse stata del dolo inconsapevole o incolpevole, il contratto era valido, e l'ingannato non aveva altra azione quella di danni de esperiri contro il terzo ingannatore (1): fr. 8, D. IV, 3 'quodsi, quum scires eum facultatibus labi, tui lucri gratia affirmasti mihi idoneum esse, merito adversus te, quum mei decepiendi gratia alium falso laudasti de dolo judicium dandum est' (cf. anche fr. 2, D. L, 14)".

Cf. DEMOGUE, ob. cit., n. 253:

"À Rome, le système s'expliquait à raison de la technique qui ne donnait à la victime que l'action de *dolo* contre l'auteur du dol et l'action du contrat contre le cocontractant en cas de contrat de bonne foi".

"Mister se faz também, para que eu possa conseguir rescindir minha obrigação, que o dolo que utilizaram para conduzir-me ao contrato, tenha sido cometido pela pessoa com quem contratei, ou ao menos que ela tenha dele participado" (tradução livre do monografista)¹³.

Desse princípio resultou o art. 1.116 do Código Civil francês, que só admite a anulação do negócio por dolo quando as manobras forem praticadas por uma das partes contratantes. Tal preceito gerou outros semelhantes nos Códigos inspirados no napoleônico¹⁴.

Por ocasião da discussão do Código Civil alemão, conta-o SALEILLES, houve um esboço de reação, de resto sem grande resultado, e que logo mais será mencionado. E o princípio, que com ligeiras alterações sobrevivera no Código alemão e no suíço, foi adotado pelo legislador brasileiro, no art. 95 do Código Civil, que dispõe:

Art. 95. Pode também ser anulado o ato por dolo de terceiro, se uma das partes o soube.

O artigo se estriba em bom argumento¹⁵. Se o dolo de terceiro foi ignorado pelo contratante a quem o contrato beneficia, seria injusto que se ludibriasse a sua boa fé, anulando o contrato,

13. POTHIER, ob. cit., n. 32.

14. EMILIO BETTI (ob. cit., p. 338), ao referir-se a essa regra, de resto prestigiada na segunda parte do art. 1.439 do atual Código italiano, diz tratar-se de um critério tradicional, mas arbitrário.

15. A lei brasileira já representa uma evolução ante o preceito francês. Neste, dada a conjunção das regras dos arts. 1.116 e 1.111, o dolo, para viciar o consentimento, deve vir da outra parte, pois se vier de terceiro, de acordo com o texto, não infirma o negócio, ainda que dele esteja ciente o outro contratante. O Código italiano de 1865 repetia iguais regras em seus arts. 1.111 e 1.115. A jurisprudência é que abrandou tal rigor, ao decidir, com reiteração, que a ciência do dolo de terceiro, pelo outro contratante, equivalendo a uma cumplicidade, tinha o efeito de permitir a rescisão. GIORGI (ob. cit., n. 102) é quem, a respeito da evolução da matéria na Itália, informa. Ei-lo:

"I pratici ammettono eccezionalmente l'azione rescissoria anche a causa di dolo esercitato da un terzo; quando la parte contratante abbia cooperato attivamente, quantunque in modo secondario a colorire i raggiri fraudolenti; ovvero quando essa, sebbene non partecipe del dolo, ne abbia conosciuta l'esistenza nel momento del contratto. Serebbe questa se è lecito dirlo, una

quando ele em nada concorreu para o engano, advindo do dolo alheio¹⁶. Deve assim ser mantida a convenção, sujeito o terceiro, autor do dolo, à reparação do prejuízo causado à sua vítima. Se, entretanto, uma das partes soube do dolo, e não avisou o seu contratante, participou, por omissão, da manobra e, na qualidade de cúmplice, deve arcar com a reação do ordenamento jurídico, ou seja, deve ver proclamada a anulação do negócio jurídico.

A primeira objeção a tal raciocínio, perfeitamente cabível dentro de nossa sistemática que capitula a matéria entre os vícios do consentimento, é a seguinte: *se o ato é anulável por não ser espontâneo e esclarecido o querer, então ele o deve ser, quer a manobra parta de terceiro, quer do outro contraente*¹⁷.

complicità passiva, che lo sottoporebbe alle conseguenze medesime della partecipazione diretta”.

Que o mesmo ocorreu na França di-lo DEMOGUE (*Obligations*, v. 1, n. 353):

“Au fond, on commence à s'apercevoir que la distinction a une base assez faible et la jurisprudence tend à l'atténuer en tenant compte du dol du représentant, de la complicité, de la connaissance du dol”.

Cf. mesmo autor, ob. cit., n. 366.

A regra do art. 95 do nosso Código já se aproveita dessas lições, pois permite se alegue o dolo de terceiro, se o outro contratante soube de sua existência. Aliás, o art. 1.439, 2.^a parte, do Código italiano de 1942, inova, nesse ponto, o de 1865.

16. Cf. DEMOGUE, ob. cit., t. 1, n. 353. Note-se que, se esse engano for substancial e se enquadrar dentro dos casos figurados nos arts. 87 e 88 do Código Civil, a anulação poderá ser promovida por erro, se não por dolo.

17. JOSSERAND procura uma justificativa histórica para o surgimento desse critério no direito romano, cuja manutenção, no direito moderno, lhe parece obsoleta:

“À notre avis, la véritable explication est d'ordre historique: en droit romain, le dol n'était pas, à vrai dire, un vice de consentement, mais bien un délit; l'action de dol était une action délictuelle, pénale, infamante. On comprend donc, d'une part que le succès en fut subordonné à la commission d'une faute particulièrement grave, à l'existence d'une véritable machination, d'autre part et surtout qu'elle ne fut donnée que contre le coupable lui-même et non point contre la partie qui avait profité du dol commis par un tiers: les peines sont personnelles. Lorsque la théorie eut été intégrée dans le droit civil et lorsque le dol fut traité ainsi qu'un vice du consentement, il aurait été dans la logique du système de répudier la double dérogation qui désormais ne s'expliquait plus, et notamment, de reconnaître au dol une valeur générale, en tant que cause de nullité, et quelle qu'en fut la provenance. Ce travail d'adaptation n'a pas été effectué, en sorte que nous vivons encore, en pareille matière, sur le droit romain dont la conception est cependant depuis longtemps périmée: les effets ont survécu la cause; l'anomalie est d'autant plus choquante qu'elle est spéciale au dol” (ob. cit., n. 95).

Cf. ainda DEMOGUE, ob. e loc. cit.

Com feito. A razão de se conceder a anulação do negócio é vir defeituosa a concordância de uma das partes, visto que a gerá-la houve o expediente astucioso de alguém. Ora, dentro da teoria pura da vontade real (v., *supra*, n. 23), é irrelevante saber de onde derivou o defeito do consentimento, bastando reconhecer sua existência. Se o ato jurídico é ato de vontade e se o consentimento se externou viciado, deve o ato ser anulado. Esse argumento é encontrável de preferência entre os escritores franceses¹⁸. Ei-lo formulado por LAROMBIÈRE¹⁹, cujo texto traduzo livremente:

“Quanto a essa diferença que a lei estabeleceu entre os efeitos do dolo, segundo haja ele sido praticado por uma das partes, ou por um terceiro, estranho ao contrato, temos que confessar nos ser impossível encontrar razões específicas”.

LAROMBIÈRE analisa as justificativas formuladas pelos vários autores (DELVINCOURT, TOULLIER, DEMANTE) para concluir pela sua ineficácia; pois, se de defeito se trata, ele deve autorizar a anulação, provenha donde provier o dolo que recai sobre a vontade.

A segunda objeção que se lança ao princípio do art. 95, do Código Civil, também importante e encontrável em grande número de escritores, principalmente estrangeiros, deriva do fato de a lei tratar diferentemente do dolo e a violência, quando vindos de terceiros. Esse princípio, de origem romana, se encontra na grande maioria das legislações. E se encontra na nossa. De fato, enquanto o art. 95 só permite a anulação do negócio surgido do dolo de terceiro, *se uma das partes o soube*, em matéria de coação o art. 101 do Código Civil diz que a *coação vicia o ato, ainda quando exercida por terceiro*; portanto, quer as partes tenham tido, quer não tenham tido ciência da violência ou ameaça, o ato por ela gerado é anulável.

18. COLIN e CAPITANT, ob. cit., p. 286; JOSSERAND, ob. cit., n. 95; DEMOGUE, ob. cit., n. 353.

19. LAROMBIÈRE, *Théorie et pratique des obligations*, nova ed., 1885, p. 87, n. 8, com. do art. 1.116.

Ora, tanto a coação como o dolo são vícios do consentimento; ora, se o ordenamento jurídico, ocorrendo esses defeitos, se recusa a atribuir ao ato os efeitos que dele normalmente derivam, isso se origina da circunstância de que, tratando-se de ato jurídico, que tem sua seiva e fonte no querer do homem, desde que a vontade seja viciada, falta o elemento medular do negócio. Daí a possibilidade de sua anulação.

Se o ato produzido por violência de terceiro é anulável, pois viciado está o consentimento — e isso quer a outra parte participe ou não da coação — por igual o ato advindo do dolo de terceiro, também viciando a vontade, devia possibilitar a anulação do negócio, quer estivesse ciente a outra parte, quer não.

Essa dupla posição do legislador é que parece incoerente. E, se muitos escritores procuram justificá-la, não poucos censuraram a disparidade de tratamento. Estes últimos entendem, como consectário lógico do silogismo que armam, que o ato deve ser sempre anulável, mesmo se insciente a outra parte, pois o consentimento não se externou livre de peias, já que o provocou ou o dolo ou a coação do terceiro.

Concordo com a crítica, pois parece-me injustificável o tratamento desigual dado pelo legislador aos dois vícios do consentimento. Todavia, humildemente, divirjo da conclusão no que concerne aos efeitos. Enquanto a maioria dos escritores entende que nos dois casos se devia conceder a anulabilidade do negócio, parece-me que melhor regra seria a do prevaletimento do negócio gerado no dolo ou na coação vinda de terceiros, sempre que o outro contratante não tivesse ciência do vício. Em respeito à sua boa fé. É o que tentarei justificar oportunamente.

Assim, num parágrafo inicial estudarei as justificativas várias dessa orientação, através dos argumentos de alguns escritores que a acreditam certa; a seguir, noutro parágrafo, examinarei as críticas feitas a tal princípio legal; depois será apontada a posição intermediária adotada pelos legisladores alemão e suíço, na tentativa de alcançar uma solução que, sem fugir da tradição, representa um progresso ante o direito anterior; e, finalmente, a título de conclusão sobre o assunto, procurarei fundamentar a opinião que acabo de expender, no sentido de que o negócio, em vez de ser anulável sempre, deve ser prestigiado se a outra parte ignorou o vício; isso em respeito à boa fé desta e à segurança das relações negociais.

83. Justificativa da posição do legislador ao discriminar entre o dolo e a coação provindos de terceiros. Muitas legislações, como a nossa, dispõem que o dolo de terceiro só defere a anulação do ato jurídico, se ciente a outra parte, ao mesmo tempo que dispensam tal ciência, se o defeito que maltrata a vontade é a coação, embora provenha ela, igualmente, de terceiro²⁰. A diferença que existe a esse respeito, dizem AUBRY e RAU²¹, pode até certo ponto explicar-se pelo caráter diferente desses fatos e pela necessidade de proteger as pessoas de maneira mais eficaz contra os atos de violência, onde nem sempre se conhece o autor, do que contra as simples manobras, possíveis de serem descobertas e desfeitas, e cujos agentes, de resto, são conhecidos.

LAURENT²² funda a diversidade de atitudes do legislador, ante o dolo ou a violência de terceiro, em caracteres particulares desses dois vícios, capazes de explicar essa diferença. Traduzo o seu texto:

“A violência consiste em vias de fato que prejudicam a segurança dos homens e que, por conseguinte, comprometem a ordem pública; sob esse ângulo a violência é um fato mais grave do que o dolo e o legislador deve reprimi-la mais severamente; ora, a repressão, sob o ponto de vista civil, seria no mais das vezes impossível, se a parte violentada devesse agir contra o autor da violência; porque raramente ela o conhece, pois aqueles que recorrem a esses meios culpáveis tomam o cuidado de se esconder ou se disfarçar. Aliás, mesmo supondo que o autor da violência fosse conhecido, a ação de perdas e danos proposta contra ele seria illusória, pois não são homens solventes que recorrem às vias de fato. Tais razões não existem em relação ao dolo; o interesse geral reclama, ao contrário, que as convenções sejam mantidas, ressalvada a ação contra aquele que empregou manobras dolosas

20. Código Civil francês, arts. 1.111 e 1.116; Código Civil espanhol, arts. 1.268 e 1.269; italiano de 1865, arts. 1.111 e 1.115; italiano de 1942, arts. 1.434 e 1.439; chileno, arts. 1.457/58. Vimos que a anulação do ato, em virtude da parte saber do dolo de terceiro, em alguns sistemas, não decorre da lei, mas da interpretação jurisprudencial.

21. Ob. cit., § 343, nota 29.

22. LAURENT, ob. cit., n. 529.

para surpreender o consentimento de uma das partes contratantes. Em definitivo, a diferença que a lei faz entre a violência e o dolo não se explica em face dos princípios que regem o consentimento, mas apenas se justifica por causa das conseqüências práticas que resultam de um e de outro desses vícios”.

GIORGI vê igual motivo²³. Atribui a diferença de tratamento a considerações de conveniência civil, as quais persuadiram o legislador de que a coação turba mais a ordem social do que o dolo; embora se trate de duas ofensas igualmente sérias ao ordenamento jurídico, este vê na violência pecado mais grave, tanto que na órbita penal pune o crime violento de maneira mais severa do que o delito fraudulento.

DAVID AGATSTEIN²⁴ acha justificativa para a distinção no fato de ser mais fácil para quem contrata com a vítima da violência perceber que a outra parte está sendo vítima de coação do que se esta fosse vítima do dolo. Por isso, no caso de violência, o contratante que negociou com quem a sofreu merece menor proteção do que no caso de dolo, podendo-se, assim, anular o negócio, e aqui não.

Diz ele que, enquanto o dolo convence uma pessoa a agir, a violência a obriga a agir, mas não a convence. Enquanto a vítima do dolo surgirá ante os co-contratantes como conscientemente interessada no negócio, a vítima da violência, por suas hesitações, seu nervosismo, sua indiferença em face das cláusulas do contrato, pelo fato de se apresentar sempre acompanhada das mesmas pessoas, por outros indícios enfim, deve suscitar a desconfiança do homem escrupuloso.

“Se a convenção for concluída a despeito desses sintomas, há ligeireza, senão cumplicidade da outra parte, e a vítima é a única pessoa digna de interesse”.

Estas são algumas das justificativas da posição do legislador ao encarar diferentemente o dolo ou a coação de terceiro como

23. GIORGI, ob. cit., n. 101.

24. DAVID AGATSTEIN, *Le dol des incapables à l'occasion d'un contrat*, Paris, 1927. n. 28.

defeito do ato jurídico. Outras há²⁵, entretanto nenhuma me convence da boa razão do legislador ao estabelecer tal distinção.

84. *Opiniões adversas à distinção no tratamento da violência e do dolo.* Mas não são poucos os escritores a quem parece injustificada tal distinção e, segundo informam GIORGI e COSSIO Y CORAL, essa opinião já se encontra em LEYSER e em GROTIUS. LAROMBIÈRE (ob. e loc. cit.) combate com veemência a discriminação feita contra a vítima do dolo de terceiro, e, após verificar que ele não anula o negócio, pergunta a si mesmo:

“Mas então me digam porque, quando se trata de violência exercida por um terceiro, o contrato é nulo; por que não se considera em nada a boa fé? Não é evidente que isso se dá porque não há consentimento válido? Essa razão milita com a mesma força no caso de dolo praticado por um terceiro porque não é mais fácil libertar-se das armadilhas do dolo do que dos apertos da violência. Por vezes mesmo, a ausência de todo o consentimento aqui é mais sensível, a pessoa enganada, sendo vítima de sua própria ilusão, não conseguindo enxergar a verdade, enquanto que em caso de violência, embora ela ceda à violência, ela ao menos sabe que está sendo coagida a consentir. Ora, lá onde há uma igual necessidade, deve haver um mesmo socorro. A lei não quis (essa diferença de tratamento) e nós acreditamos ter o direito de dizer que os redatores do Código Civil seguiram muito servilmente as antigas tradições e se preocuparam exageradamente com os preconceitos, com os hábitos e com as razões sutis das leis romanas” (tradução livre do autor).

25. A. DE COSSIO Y CORAL (*El dolo en el derecho civil*, Madri, 1955, p. 336) dá notícia do resumo feito por FUNAIOLI das diversas teorias formuladas para justificar esta diferença: a) a maior cognoscibilidade do sujeito ativo do dolo; b) a maior solvência do mesmo; c) a maior periculosidade da violência; d) a maior culpabilidade do sujeito passivo do dolo; e) a ilicitude do dolo; f) o caráter secundário do dolo; e, finalmente, g) uma tese que explica a distinção por razões puramente históricas.

No mesmo sentido se encontra o sentir de JOSSEKAND²⁶ e os de COLIN e CAPITANT. Estes, depois de analisarem algumas das justificativas apresentadas pelos partidários da distinção e de destruí-las, concluem que a única solução equitativa e racional consistiria em proteger o indivíduo ludibriado, da mesma maneira que o indivíduo coagido, permitindo-se, assim, em ambos os casos, pleitear a nulidade do contrato²⁷.

Tal posição surge revestida da maior coerência. Se o ato jurídico tem como elemento primordial a vontade, se esta é que o gera e o vivifica, desde que ela apareça viciada e defeituosa há que repercutir nos efeitos do ato, para torná-los ineficazes. Isso quer o defeito tenha sido provocado por terceiro, quer pela outra parte contratante.

85. *Inovações trazidas pelos Códigos suíço e alemão.* Conta SALEILLES (ob. cit., n. 17) que, quando da discussão da matéria, por ocasião da elaboração do Código Civil alemão, foram apresentadas diversas emendas no sentido de assimilar, a respeito, o dolo e a coação. A tal assimilação se podia proceder de duas formas: ou anulando-se o ato, quer o dolo ou a violência viessem da outra parte, quer de terceiros; ou só se anulando se o vício — dolo ou coação — partisse do outro contratante. Aquela solução — nulidade tanto no caso de dolo como no de coação exercidos por terceiros — esteve para prevalecer; todavia, isso ocorrendo, a parte prejudicada pelo desfazimento da avença teria o direito, nos termos do art. 122 do mesmo Código, a pleitear a reparação das perdas e danos contra a vítima do dolo (v., *supra*, n. 31); mas, se no caso de anulação por erro era possível imputar-se à vítima do erro o encargo de reparar o prejuízo em virtude de culpa *in contrahendo*, dificilmente se poderia falar nessa espécie de culpa em matéria de dolo. De sorte que, com base em uma razão de política jurídica, e de acordo com a orientação tradicional, surgiu o texto do art. 123 do Código alemão. Ver-se-á, sempre, na lição de SALEILLES, que o legislador, através de importante inovação, atenuou os efeitos da clássica distinção. Diz o art. 123 do Código alemão:

26. SALEILLES, ob. cit., n. 95; JOSSEKAND, ob. cit., p. 61-2, n. 16, art. 123.

27. COLIN e CAPITANT, *Cours*, cit., v. 2, p. 288.

“Quem houver sido conduzido a emitir declaração de vontade, em virtude de manobras dolosas ou por ameaça ilegal, pode promover a declaração de nulidade.

Se o dolo provier de um terceiro, a declaração que devia ser feita a uma outra pessoa só é anulável se esta última conhecesse ou *devesse conhecer o dolo*. Se terceiro adquiriu imediatamente um direito por força da declaração, esta não é anulável em relação a ele, a não ser quando ele conhecesse ou *devesse conhecer o dolo*”.

A frase grifada representa uma inovação considerável ao direito anterior, inovação que foi desprezada, sem muita razão, quer pelo codificador brasileiro de 1916, quer pelo italiano de 1942.

A principal razão pela qual se nega eficácia ao dolo de terceiro, o qual não basta, por si só, para possibilitar a anulação do negócio jurídico, é o respeito à boa fé do outro contratante. Este não tem elementos para suspeitar da existência de um dolo vindo de terceiro e recaído sobre a vontade do co-contratante. Por isso não é justo que, ultimado o negócio, venha ele a se abrir em virtude do vício de consentimento, prejudicando o contraente que nem foi agente do dolo, nem dele teve ciência.

Essa razão, entretanto, cessa de militar em favor daquele contratante, se soube do dolo. Porque então não estaria de boa fé. Foi cúmplice do dolo, uma vez que podia revelar sua existência e não o fez. Dolo por omissão.

Até aí os Códigos brasileiro e italiano vão.

Mas o dolo de terceiro será igualmente causa de anulação, se a outra parte, embora sem dele ter ciência, *devesse*, não obstante, conhecê-lo. Essa é a inovação trazida pelo codificador germânico de 1896, e que a nossa lei desprezou. SALEILLES justifica o preceito:

“Nada mais justo, pois a recusa de proteção à parte enganada só se explica pelo interesse legítimo que merece aquele que com ela contratou; esse inte-

resse não mais existe, quando este último é culpado de não conhecer o dolo de que pretende se beneficiar” (SALEILLES, *Déclaration de volonté*, p. 63-4. Tradução livre do autor).

De fato, se a parte que contrata com a vítima do dolo pudesse facilmente descobri-lo (talvez pelas próprias circunstâncias externas do negócio) e não o fez, e por isso deixou de avisar o co-contratante da existência daquele dolo, o negócio poderá ser anulado, pois não existe motivo para proteger quem se mostrou negligente, isso porque aquele (o que contrata com a vítima do dolo) devia impedir que a outra parte fosse enganada, e se foi culpado (*s'il est en faute*) de haver ignorado as manobras de que foi objeto, a lei não mais o socorre, e isso é de toda a justiça (ob. e loc. cit.).

A solução acima apontada, da segunda parte do art. 123 do Código Civil alemão, não é original, pois já se encontra no Código Federal de Obrigações suíço, de 1871, em seu art. 25, o qual, pela reforma de 1911, foi constituir a segunda parte do atual art. 28, assim redigido²⁸:

28. A inovação do Código germânico sobre o suíço é a da parte final do art. 123, a qual dispõe.

“Se um terceiro adquiriu imediatamente um direito, em decorrência da declaração, esta é anulável em relação àquela quando conhecia ou devia conhecer o dolo”.

Aqui se procura disciplinar, parece-me, o dolo na estipulação em favor de terceiro (cf. ENNECCERUS, KIPP e WOLF, *Tratado de derecho civil*; parte general, 3. ed., trad. esp. de JOSÉ ALGUER e BLAS PEREZ GONZALEZ, Barcelona, 1950, v. 2, n. 162, II, 2) quando este, que naturalmente não figura no negócio, dolosamente induz uma das partes a anuir no benefício, o que não ocorreria sem o dolo do beneficiário. A lei contempla a hipótese de o dolo não vir do beneficiário, e sim de terceiro; mas dispõe que, se aquele souber da existência do dolo, o considera cúmplice, permitindo que a parte prejudicada promova o desfazimento do negócio (DEMOGUE — ob. cit., n. 368 — dá o exemplo do proprietário que vende sua casa por 50.000 francos à vista, e mais uma renda vitalícia a favor de terceiro. Este engana o comprador sobre sua idade. O comprador poderá promover a nulidade do negócio). Mas, além disso, a lei crê que, se o terceiro beneficiado não sabe nem soube do dolo, mas poderia conhecê-lo se fosse diligente, também neste caso o dolo de terceiro beneficia os contratantes, e o negócio se desfará, pois não há razão para proteger o beneficiário que incidiu em culpa.

“A parte que é vítima do dolo de um terceiro continua obrigada, a menos que a outra parte tenha conhecido ou devesse ter conhecido o dolo, por ocasião da conclusão do contrato”.

Tal solução representa um progresso ante o entendimento tradicional. E surpreende que códigos posteriores, entre os quais o nosso, não a tenham adotado²⁹.

86. Solução sugerida. O dolo e a coação de terceiros não devem possibilitar a anulação do negócio, se insciente a outra parte. O dolo ou a coação, se vindos de terceiros, só devem viciar o negócio jurídico se deles tinha ciência ou devia tê-la o outro contratante. Essa é a tese que me parece justa. Verdade, entretanto, que a solução é outra, pois, como vimos, os arts. 95 e 101 do Código Civil brasileiro dispõem diferentemente.

Com algumas reflexões procurarei justificar minha convicção.

Se partirmos do ponto de vista original, de que o ato jurídico é ato de vontade, teremos de, logicamente, chegar à conclusão de que, desde que tal vontade surja defeituosa, em virtude de qualquer desses dois vícios do consentimento — dolo ou coação — deva ser o ato desfeito.

Assim agindo, estar-se-ia dando proteção ao autor da declaração, em detrimento da pessoa a quem a declaração se destina. Para raciocinarmos, finquemos algumas estacas, que serão nossas premissas:

Vimos que o ordenamento jurídico nega proteção à vítima do embuste nas hipóteses de *dolus bonus*. A parte que, em virtude de sua simpleza, é conduzida pela propaganda e pelo anúncio, vê-se privada da proteção da lei, pois esta entende que a vítima do dolo agiu com censurável negligência, uma vez que

29. Dizem LEON, HENRI e JEAN MAZEAUD (*Leçons de droit civil*, Paris, 1956, v. 2, n. 192) que os Códigos recentes (BGB, art. 123, al. 2; Suíço das Obrigações, art. 28, al. 2, e Polonês das Obrigações, art. 40) condicionaram à ciência do outro contratante a eficácia do dolo de terceiro. Prosseguem:

“Mais la Commission de Réforme du Code Civil a cru devoir rompre avec la tradition, et, se plaçant à un point de vue purement subjectif, faire du dol un vice du consentement, même s'il épane d'un tiers” (*Trav.*, 1947/48, p. 211).

poderia ter ilidido os efeitos do ardil alheio, se fosse normalmente diligente.

Vimos que tal orientação é, de certo modo, paralela à regra que despreza a alegação de erro inescusável. Tanto num como noutra caso, o pleiteante encontra fechadas as portas do pretório, porque lhe é vedado argumentar com a própria culpa. E quer o erro em que incidiu haja sido espontâneo, quer haja sido provocado, nos dois casos sua inescusabilidade o faz inalegável.

Encontramos ainda, ao tratar do erro, um pressuposto que, embora não se encontre na lei, parece gravado no ânimo do magistrado; com efeito, vimos que o erro não aproveita a quem o alega, a menos que seja conhecido, ou pelo menos reconhecível pela outra parte. Há certa repulsa em exonerar-se alguém de uma obrigação constituída por erro, quando a outra parte não tinha, nem podia ter elementos para descobrir o engano, por ocasião da feitura do negócio malsinado. Isso em respeito a boa fé do outro contratante, e em homenagem à segurança das relações jurídicas.

Quando o dolo decorre de arte do outro contratante, o problema não se propõe porque, evidentemente, o autor do dolo o conhecia. A anulação do negócio representa a proteção à vítima do dolo, donde, indiretamente, resulta uma punição ao agente do engano.

Entretanto, o expediente astucioso pode advir de terceira pessoa. E agora surgem duas hipóteses. Ou o que contratou com a vítima do dolo ignorava a manobra, ou a conhecia.

Nesta última hipótese o problema não demanda, tampouco, maior labor. Os contratos se devem fazer e executar dentro da maior boa fé (CC francês, art. 1.134, *in fine*, CC italiano, arts. 1.175 e 1.337); de sorte que, se um dos contraentes sabe da existência do dolo de terceiro e disso não avisa o co-contratante, vítima do embuste, está aquele agindo sem a necessária boa fé, de certo modo é cúmplice da malícia alheia, e não merece a proteção que a lei lhe pretende dar³⁰. O negócio pode ser

30. DEMOGUE (ob. cit., n. 365), falando desse dolo, dá o exemplo do contratante que, ciente do dolo de terceiro, deixará de ser parte do delito se disser: contaram-vos que minha fábrica tem tal força motriz; haveis acreditado nisso; estais em erro; ela não tem tal potência.

anulado, sem que a solução surja injusta para qualquer das partes.

Na hipótese seguinte quem contrata com a vítima do dolo ignora a existência do defeito, mas é tão veemente sua aparência que não podia, em rigor, ser ignorado. Alguém, por exemplo, tenta vender éguas de montaria e não consegue alcançar preço adequado; confia a venda a um corretor, que obtém oferta cinco vezes maior do que o preço pelo qual antes, de balde, tentara vendê-las. Impossível que o dono não desconfie de algum ardil de que lançou mão o intermediário, pois bastará perguntar ao comprador para descobrir que essa alta oferta foi causada pela declaração do corretor de serem as éguas de raça capazes de gerar animais de corrida. O contratante ignorava o dolo, mas as circunstâncias estavam a gritar que havia qualquer coisa errada naquela proposta tão vantajosa. O dolo do terceiro seria facilmente apurável. Neste caso, também, aquele contraente merecerá proteção, e ainda aqui a anulação do negócio não será censurável, porque não é digno de amparo quem, por negligência, permite atue o dolo alheio, em seu benefício.

Finalmente a derradeira hipótese. O dolo surgiu exercido por terceiro, mas a parte beneficiada não teve nem podia dele ter ciência. Aqui a lei indefere a ação de anulação, decerto em homenagem à boa fé de quem contratou com a vítima do dolo, e no anseio de preservar a segurança dos negócios. É a hipótese paralela à do erro, quando este não é conhecido nem podia ser reconhecível pelo outro contratante. Nos dois casos parece chocante ver quem de boa fé fiou-se na declaração, que oferecia todos os sintomas de uma declaração válida, ser burlado nessa boa fé, pela futura alegação de um defeito de consentimento, o qual, normalmente e no tempo adequado, não se podia verificar.

De sorte que aqui o negócio prevalece, dando-se tão-só à vítima do dolo a prerrogativa de ir cobrar seu prejuízo do terceiro, agente da manobra fraudulenta, o qual, nos termos do art. 159 do Código Civil, deve reparar o dano.

Esta, a meu ver, a solução justa, também para o caso da coação vinda de terceiro. Não me parece lógica a regra do art.

101, pois à coação se aplica os mesmos raciocínios externados neste parágrafo a respeito do dolo.

Em suma, a solução do art. 95 é boa, mas incompleta. É boa no que concerne ao dolo de terceiro, pois só defere a ação de anulação do negócio jurídico se a outra parte contratante dele estava ciente; é incompleta porque desprezou a disposição final do art. 123 do Código alemão, que incluía na abrangência da regra o contraente insciente do dolo, se sua ignorância fosse culposa.

Parece-me ainda, e isso será objeto de outras reflexões quando tratar da coação, que a regra do art. 101 devia ajustar-se à do art. 95, com as alterações sugeridas, a fim de só se permitir a anulação do ato advindo da ameaça de terceiro quando a outra parte tivesse ciência da coação, ou pudesse percebê-la, com diligência normal; o que vale dizer que a lei deverá negar a ação anulatória cada vez que a pessoa que contratou com a vítima do dolo ou da coação provinda de terceiro ignorar o expediente malicioso ou a violência³¹.

87. *O dolo de ambas as partes.* Finalmente, derradeiro pressuposto para que o dolo gere o direito de promover a ação anulatória do negócio jurídico é não ser ele recíproco. A regra se encontra no art. 97 do Código Civil. Diz ela:

Art. 97. Se ambas as partes procederem com dolo, nenhuma pode alegá-lo, para anular o ato, ou reclamar indenização.

31. O Projeto de Código Civil, de 1975, acolheu a sugestão do texto e editou as regras a seguir transcritas; nelas se vê que tanto o dolo quanto a coação, provindos de terceiros, são tratados igualmente, e em ambos o negócio só será anulável se a outra parte tivesse ou devesse ter conhecimento do vício. Transcrevo os dispositivos respectivos:

“Art. 146. Pode também ser anulado o negócio jurídico por dolo de terceiro, se a parte, a quem aproveite, dele tivesse ou devesse ter conhecimento. Em caso contrário, ainda que subsista o negócio jurídico, o terceiro responderá por todas as perdas e danos da parte a quem ludibriou.

.....

Art. 152. Vicia o negócio jurídico a coação exercida por terceiro, se dela tivesse ou devesse ter conhecimento a parte a quem aproveite, e esta responderá solidariamente com aquele por perdas e danos”.

Velho preceito do direito romano³², encontradiço em outras legislações³³, estriba-se no princípio de que *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*. Não se trata, de acordo com a lei deste país, de compensação de dolos, mas sim do desprezo do Poder Judiciário pelo clamor daqueles que, baseados em sua própria torpeza, querem obter a proteção do ordenamento jurídico.

Muitos tratam do problema como de compensação de dolos, e, por assim se propor a questão, dúvidas se apresentam. FERREIRA COELHO³⁴ dá notícia de uma delas. Poder-se-á compensar o dolo acidental com o principal? Se o primeiro só confere direito a perdas e danos, e o segundo ao desfazimento da convenção, será possível compensar um com outro?

Esta questão seria de relevo, não fosse a maneira como o legislador redigiu a regra. A lei não permite seja ventilado o problema, nem cogita de saber qual das partes vai sofrer prejuízo mais sensível. Ela dá validade ao ato, por não admitir que a vítima do dolo — que por sua vez também agiu dolosamente — o argúa. É a regra do *Esboço* de TEIXEIRA DE FREITAS, a dizer, no art. 842, que “o dolo de ambas as partes, nos atos entre vivos, não afetará sua validade, nem dará direito a ação alguma”, ou o preceito do Código Civil impedindo que, nesse caso, se alegue o dolo.

Conta COSSIO Y CORAL (ob. cit., p. 346) que a jurisprudência francesa estendeu a compensação não só aos casos de dolo recíproco como também aos de negligência grave da vítima do dolo; parte ela do princípio de que cada contratante está obrigado a defender-se do dolo, e se, apesar disso, se descuidou de

32. Digesto, Liv. IV, Tit. III, “De Dolo Malo”, frag. 36.

“Si duo dolo malo fecerint, invincem de dolo non agent” (Martianus, lib. 2, Regularum).

Digesto, Liv. II, Tit. X, frag. 3, § 3.º.

“Si et stipulator dolo promissoris et promissor dolo stipulatoris impeditus fuerit quominus ad iudicium venerit, neutri eorum praetor succurrere debet; ab utraque parte dolo compensato” (Julianus, lib. 2, Digestorum).

33. Código espanhol, art. 1.270; argentino, 923; chileno, 1.468.

34. Ferreira Coelho, *Código Civil*, 1925, v. 7, com. ao art. 97.

comprovar a falsidade das informações obtidas, seria recompensar a ligeireza de sua conduta conceder-lhe uma reparação. A ele parece iníqua tal solução, pois, entre o dolo e a culpa, esta é mais escusável do que aquele.

Parece-me que dentro de nosso sistema, igual ao espanhol, justa é a observação do professor de Madri.

Capítulo XIV

O dolo por omissão

Sumário:

- 88. Fontes e julgados sobre o tema.
- 89. O critério do julgador, ao encarar a reticência.
- 90. Necessidade de prova de que a omissão dolosa foi determinante do consentimento.

88. *Fontes e julgados sobre o tema.* O Código Civil colheu no *Esboço* de TEIXEIRA DE FREITAS inspiração para o seu art. 94. Este apoda de doloso o silêncio de um dos contratantes quando, em virtude das circunstâncias, havia mister de falar; sujeita, contudo, a anulação do ato à prova de que, sem a omissão dolosa, o contrato não se haveria celebrado.

Das regras dos arts. 471 e 472 do Projeto de TEIXEIRA DE FREITAS derivam o art. 94 de nosso Código Civil e o art. 967 do Código argentino. Eis o texto do grande juriconsulto pátrio:

Art. 471. Julgar-se-á omissão dolosa, para induzir ou entreter em erro, a dissimulação tácita, reticência, ou ocultação do que é verdadeiro; uma vez que seja evidente que, sem a reticência ou ocultação, o ato não se teria realizado.

Art. 472. Nos contratos bilaterais o erro de uma das partes sobre qualquer fato ou circunstância, que a outra parte tenha conhecido, importará omissão dolosa, uma vez que seja evidente que sem esse erro o contrato não seria celebrado.

O silêncio, via de regra, não gera qualquer efeito jurídico. Todavia, dele podem resultar obrigações para o contratante

silente, se existir o dever de enunciar uma circunstância¹. Trata-se do dolo negativo, da reticência maliciosa, que se configura pela violação de um dever de agir; ao invés do vício do consentimento resultar de manobras ativas do agente, ele decorre de sua inércia, de seu silêncio, de sua omissão proposita.

O primeiro problema que surge é o de saber se o silêncio será imputável a quem o guarda somente quando a lei exige que se manifeste, ou se caberá ao julgador, ante o exame do caso concreto, decidir se houve ou não abstenção dolosa. Acredito que, por esta solução conferir maior arbítrio ao juiz, muitos escritores preferem a primeira.

Assim STOLFI (ob. cit., p. 149, § 47). Ensina ele que o dolo negativo envolve a violação de uma obrigação específica de falar, imposta expressamente pela lei:

“A obrigação (de falar) deve ser específica, porque uma obrigação genérica de dizer a verdade não existe entre nós².”

.....
A obrigação, pois, deve derivar da lei: ou diretamente, como ocorre no contrato de seguro (argumento do art. 1.892 e s.); ou indiretamente, em virtude da natureza do negócio, como ocorre na transação³.

Contudo, a maioria dos juristas entende que a obrigação de falar a verdade independe de imposição legal, decorre das necessidades do comércio jurídico, que impõe aos contratantes um comportamento de acordo com a boa fé. É o que se encontra na lição de ENNECERUS, aliás no mesmo diapasão que a de muitos outros:

1. JOSÉ AUGUSTO CÉSAR, *Ensaio sobre os atos jurídicos*, Campinas, 1913, § 8: “Em princípio o simples silêncio não basta para constituir um fato doloso; todavia, se das relações existentes entre as partes ou mesmo da natureza do contrato ou das circunstâncias em que ele se concluiu resultar, para a parte que conhecia o erro da outra, o dever de adverti-la, a não-revelação do erro será uma omissão dolosa”.

2. O texto foi traduzido livremente. Aqui STOLFI remete seu leitor a julgado da Corte de Cassação francesa, que decidiu não estar agindo dolosamente o comprador que se calava ao comprar por 75.500 francos coisa que estava em negociações para vender por 298.000 francos.

“En el silencio (consciente) por si solo non puede haber engano si no media un deber especial de noticiar, o bien si conforme a la buena fé y a las opiniones dominantes en el tráfico, la comunicación tenía que hacerse”³.

Com efeito, principalmente no campo do direito das obrigações, o dever de dizer a verdade parece-me genérico. Naturalmente, com aquelas restrições perdoáveis pelo direito, e já apontadas alhures (*supra*, n. 80), referentes ao *dolus bonus*. Mas a lei impõe que o clima do contrato seja o da boa fé e reclama que as obrigações se cumpram dentro de um ambiente de respeito às regras éticas, dispondo, no campo da execução dos negócios, que “il debitore e il creditore devono compartarsi secondo le regole della correttezza” (CC italiano, art. 1.175), e estatuindo a regra, no que concerne à constituição dos contratos, de que tanto na fase de pontuação como na de sua feitura, os contraentes devem ter sua conduta pautada pela mais estrita boa fé (CC italiano, art. 1.337; CC francês, art. 1.134, *in fine*).

De sorte que, dados esses pressupostos, compreende-se que o legislador tenha entendido como dolosa a omissão de um dos contratantes, silenciando sobre circunstância que, se conhecida pela outra parte, a teria dissuadido do negócio. Esse é o sentido da regra do Código Civil brasileiro:

Art. 94. Nos atos 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 não se teria celebrado o contrato.

Do exame do texto podem ser deduzidos os pressupostos necessários para que se caracterize o dolo por omissão. Assim, mister se faz haja prova, a ser produzida pela vítima do dolo, de que: a) houve a intenção de induzir o outro contratante à prática de um ato que o prejudica e beneficia o autor do dolo;

3. ENNECERUS, KIPP e WOLF, *Tratado de derecho civil; parte general*, 2. ed., trad. esp. de PEREZ GONZALEZ, e JOSÉ ALCUER, v. 2, § 162.

b) o recurso de que se lançou mão para ludibriar o outro contraente foi o silêncio, o descumprimento do dever de revelar as circunstâncias objetivas do negócio; c) que essa omissão dolosa foi a causa do consentimento, configurando-se, portanto, o *dolus causam dans*; e, finalmente, d) que a omissão partiu do outro contratante, pois o texto legal diz: *o silêncio intencional de uma das partes*⁴.

Esse dolo por omissão surge, assim, quando o ato se pratica com desprezo ao princípio da boa fé, que deve presidir a feitura dos contratos. É aquele mesmo elemento que o codificador português inseria no art. 663 do Código de 1867, quando dizia que o erro que procede do dolo ou da má fé produz a nulidade. Volto a referir-me à lição já transcrita de DIAS FERREIRA, na qual o mestre compara o dolo à má fé, para ensinar que o primeiro se revela pelo comportamento ativo do agente, esta pela sua atuação passiva; aqui o agente do dolo não desengana a vítima, permitindo que ela recalcitre no erro que vicia o seu entendimento.

Alguns exemplos esclarecerão a hipótese. LAURENT (ob. cit., p. 602) lembra julgado da Corte de Paris, bem característico: dois intermediários encarregaram-se da cobrança de um título de crédito vencido cujo responsável morrera falido. No curso de suas atividades descobrem que um filho do devedor, que também havia morrido, deixara testamento onde determinava fosse seu patrimônio utilizado na solução das dívidas do pai. Os corretores, silenciando sobre essa circunstância, induziram o cliente a lhes vender, por preço vil, o crédito em questão. Tal comportamento é malicioso, pois os corretores, em razão de sua qualidade de mandatários, tinham obrigação de relatar ao mandante a referida circunstância, por eles descoberta no exercício do mandato.

O Tribunal de São Paulo, igualmente, já decidiu que “provado que o comprometente-vendedor ocultou a existência de trinca no prédio objeto do contrato, julga-se procedente a ação de anulação deste, considerando-se o silêncio como omissão dolosa” (RE, 132:465; RT, 187:314).

4. Cf., sobre os requisitos do negativo dolo, SERPA LOPES, *Curso de direito civil*, Rio de Janeiro, 1953, v. 1, n. 217.

De outra feita a 5.^a Câmara do Tribunal do Distrito Federal anulou compra e venda de quinhão hereditário, por ter o adquirente silenciado sobre o valor do mesmo: Curiosa a hipótese: alguns caipiras foram procurados por intermediário que lhes comunicou o falecimento de um irmão deles, há muito afastado do seu convívio. Deu-lhes, também, parte de que o mesmo deixara pequeno sítio, em Piraí, algumas cabeças de gado etc., não valendo a pena que eles, irmãos e herdeiros do falecido, fossem àquela localidade receber tão pequena herança. Silenciando sobre o real valor do monte (aliás considerável), conseguiu o intermediário obter procuração para ceder os direitos hereditários, o que foi feito por quantia ridícula. Descobrimos mais tarde o efetivo valor do espólio, vieram os cedentes a juízo para anular a cessão e lograram sucesso em seu pleito, pois o Tribunal entendeu haver dolo por omissão no comportamento do intermediário; e ao decretar a nulidade do negócio, preceituou que “o silêncio intencional em relação ao exato valor dos bens, não conhecido do vendedor, constitui omissão dolosa, que autoriza a anulação do contrato” (RT, 161:276).

Por igual também julgou a 6.^a Câmara Cível do Tribunal de São Paulo (RT, 168:165) em acórdão depois reformado em embargos (RT, 171:165). A Egrégia Câmara decidiu haver omissão dolosa na atitude do vendedor de um pomar de laranjas, que silencia sobre a existência de praga denominada “leprose”, prejudicial à produção. Cabia ao vendedor, no seu entender, esclarecer o comprador a respeito do estado do laranjal.

89. *O critério do julgador, ao encarar a reticência.* É indiscutível que, neste campo, grande é o arbítrio do juiz. A ele competirá decidir se, no caso *sub judice*, a reticência de uma das partes constitui ou não expediente doloso, com o propósito de obter o consentimento de outrem. Vimos acima que, para o direito, há procedimentos, mesmo positivos e com o intuito de burlar o comprador, que, em virtude de sua menor gravidade, não são passíveis de sanção pública. Refiro-me, ainda uma vez, às hipóteses de *dolus bonus*, em que, através da gabança exagerada, o vendedor tenta e não raro consegue vender o seu produto.

obtem seguro de vida (note-se que este julgado é de 1876: SIREY, 78.2.33). Anulado ainda ficou o contrato de seguro em que o proprietário de um prédio deixou de declarar ao segurador que no instrumento de locação se avençara que o locatário não respondia pelos riscos de incêndio⁷. Entendeu-se, também, que a falta de comunicação de agravação do risco, em virtude de baldeação de mercadoria transportada por via marítima, acarreta a nulidade do seguro⁸, ainda que a mudança da destinação do imóvel, não comunicada à seguradora, a exonera das consequências do sinistro⁹, e também já se julgou não apenas haver responsabilidade do segurador quando, sem seu prévio conhecimento, as mercadorias seguradas foram removidas para local onde ficam aumentadas as probabilidades ou consequências do acontecimento em vista do qual se concertou o seguro¹⁰.

Mas não é só tendo em vista a espécie de contrato em exame que variará o critério do juiz, ao encarar o dolo por omissão. Uma, certamente, será sua atitude ante a vítima indefesa, outro será seu comportamento em face de vítima arguta e bem dotada. O Supremo Tribunal Federal já afirmou que há dolo negativo, pela reticência, sempre que o erro decorra de não ter uma das partes cumprido o dever de esclarecer a outra:

“A reticência que envolva abuso da inexperiência alheia é omissão de dever. Provado que o erro, não corrigido pelo necessário esclarecimento, foi causa decisiva do contrato, pode este ser anulado”¹¹.

90. Necessidade de prova de que a omissão dolosa foi determinante do consentimento. No exame do art. 94 do Código Civil nota-se a locução *provando-se que sem ela não se teria celebrado o contrato*, o que vale dizer que a lei impõe aqui, a quem alega a omissão dolosa, o ônus de demonstrar que o referido silêncio, e não outra causa, constituiu a alavanca do negócio.

7. Julgados franceses colhidos em D. Agatstein, ob. cit., p. 90, nota 13, e p. 87.

8. RF, 148:297.

9. RF, 133:509.

10. RF, 133:505.

11. AJ, 94:94.

O exame desse problema conduz a outro. Terá o legislador considerado a reticência apenas quando determinante do negócio, ou seja, *causam dans*? Ou admitiu também o silêncio doloso incidente, ou seja, aquele que não impediria a realização do ato se conhecido pela outra parte, mas que apenas lhe alterou as condições? Para exemplificar figuremos uma hipótese: no seguro de vida, o segurado oculta que já teve certa moléstia. Esse seu silêncio altera as condições do negócio, mas é provável que, aumentado o prêmio, a seguradora assumisse o risco, mesmo se cientificada da preexistência da moléstia. Apenas a reticência dolosa de uma das partes conduziu a outra a fazer um negócio em termos diferentes do que faria, sem a ocultação daquela circunstância.

Pelo exame do texto a primeira interpretação é que deve prevalecer. A lei só considera o silêncio intencional como omissão dolosa, se se provar que sem o mesmo o contrato não se teria celebrado. Trata-se de princípio excepcional da regra de que o silêncio nada significa. Portanto deve ser interpretado restritivamente.

Para desde logo eliminar qualquer confusão, convém reiterar, já no umbral deste capítulo, o princípio que o artigo parece infirmar; bom que se repita que *o dolo do representante de uma das partes, se foi causa determinante da celebração do ato, defere à vítima do dolo ação de anulação do negócio jurídico*³. O ato não será anulado se a manobra embusteira do representante não teve forças para provocar o consentimento, que de todo jeito se teria externado; porque, então, seria caso de *dolus incidens*, e a consequência, de acordo com a regra geral do art. 93 do Código Civil, seria a reparação do prejuízo que da ação maliciosa decorreu.

Portanto, até aqui, o princípio do art. 96 em nada interferiu. Quer a maquinação culposa parta do outro contratante, quer de quem o represente, o ato será anulável se o dolo for principal, e não o será, se incidente. A única exceção que vimos até agora, capaz de neutralizar a eficácia do dolo sobre a vontade, foi a hipótese de dolo de terceiro, se insciente o outro contratante. Mas o representante não é terceiro, de sorte que não atua aqui a exceção acima lembrada.

Todavia, existindo dolo, pode surgir igualmente a obrigação de reparar. No caso de dolo principal, além de anular-se o negócio, não raro o agente do dolo deve cobrir o prejuízo que causou à vítima; porque o dolo é ato ilícito, e gera, para quem o pratica, a obrigação de indenizar (CC, art. 159); no caso de dolo incidente, como o vício que inquina o ato não é suscetível de desfazê-lo, sobra apenas, para a vítima do embuste, o recurso de demandar perdas e danos⁴.

3. AUBRY e RAU (*ours*, cit., § 343 *bis*) estabelecem a distinção quanto aos efeitos do dolo do representante, informando que, quanto à ação de anulação, o dolo daquele se equipara ao do representado, enquanto que para efeito de indenização não seria este responsável pelo dolo do outro:

“Le dol commis par le mandataire, conventionnel ou légal, de l'une des parties, par exemple, par son tuteur, est, en ce qui concerne la recevabilité de l'action en nullité, censé avoir été commis par la partie elle-même”.

Em nota, de n. 28, esclarecem:

“Nous disons en ce qui concerne la recevabilité de l'action en nullité, car la partie représentée par un mandataire ne serait pas responsable des dommages intérêts, à raison du dol commis par ce dernier”.

Cf., ainda, DEMOGUE, ob. cit., n. 367.

4. Cf. ESPÍNOLA, *Manual Lacerda*, v. 3, p. 346 e s.

Nesses casos, em que aparece o dever de reparar, é que o artigo em debate vem solucionar a relação jurídica. Diz ele:

Art. 96. *O dolo do representante de uma das partes só obriga o representado a responder civilmente até a importância do proveito que teve.*

Circunscrito portanto o âmbito de incidência da regra, analisemos seu conteúdo. BEVILÁQUA⁵, cujo projeto esboçava concepção parecida, defende o preceito dizendo que “*cada um responde por sua má fé. Mas, se alguém obtém proveito da má fé de outrem, alcançou um lucro ilícito que deve restituir*”.

Um ligeiro esboço histórico, relativo à gênese do texto, caracterizará as duas posições antagônicas na matéria, e demonstrará ter saído vencedora a concepção mais individualista. Procurarei evidenciar que, se a solução atual pode ser adequada para o caso de representação legal, ela é menos boa, na hipótese de representação convencional.

92. *Histórico da regra. Conflito entre duas posições. A solução da lei.* O direito luso-brasileiro anterior ao Código Civil não continha igual preceito. Verdade que a regra já fora esboçada em Roma, através da lição de ULPIANO⁶, mas, entre nós, parece que ela surge pela primeira vez formulada no *Esboço* de TEIXEIRA DE FREITAS, cujo art. 481 dizia em sua parte inicial:

“O dolo cometido por qualquer representante voluntário ou necessário de uma das partes reputar-se-á cometido por seus representados para o efeito somente da responsabilidade civil destes até a concorrente quantia do proveito que tiveram”.

O artigo correspondente do Projeto BEVILÁQUA adotava aproximadamente a mesma orientação. Mas houve um momento,

5. C. BEVILÁQUA, *Código Civil*, obs. 7 ao art. 96.

6. Digesto, Liv. IV, Tit. 3.º, frag. 15: Sed et ex dolo tutoris, si factus est locupletior, puto in eum dandam actionem: Sicut exceptio datur. 2. Item si quid ex dolo procuratoris ad dominum pervenit, datur in domino de dolo actio, in quantum ad eum pervenit: nam procurator ex dolo suo procul dubio tenetur.

durante a elaboração do projeto revisto, em que a comissão de juriconsultos aprovou um texto que esposa teoria diferente. Diz essa regra, então sob n. 113⁷:

“O dolo cometido pelo representante de uma das partes obriga o representado, mas dá-lhe ação regressiva para indenizar-se do dano contra o representante doloso”.

Esse texto projetado representava uma inovação do princípio romano referido e da solução de TEIXEIRA DE FREITAS, transcrita. A vítima do dolo do representante tinha ação de indenização contra o representado, via de regra mais solvável que o primeiro. Ao mandante caberia, então, após indenizar, reembolsar-se, em processo regressivo, contra seu representante. Enquanto que, de acordo com a idéia tradicional, a vítima do dolo só poderia cobrar do *representado* aquilo que este lucrou, cobrando do representante o remanescente de seu prejuízo se possível lhe fosse.

Cumpre notar que a solução tradicional procura amparar o mandante, ou o representado, não permitindo resposta ele civilmente por todo o dano causado à vítima do artifício de seu representante, mas circunscrevendo seu prejuízo apenas àquilo que em seu benefício reverteu; se o prejuízo da vítima for excedente ao lucro do representado, aquela que vá cobrar o saldo do representante; se este for insolvável, ela que arque com o prejuízo.

A outra concepção procura amparar a vítima do dolo, a pessoa que legitimamente confiou na aparência de verdade, refletida pela representação regular. Se esta foi ludibriada por alguém que agiu legitimamente em nome de terceiro, seu recurso é contra o representado, a menos que haja exorbitância de poderes⁸. É o representado quem indeniza, e o faz por sua culpa,

7. Cf. FERREIRA COELHO, *Código Civil*, Rio de Janeiro, 1925, v. 7, p. 386, art. 96.

8. É conhecido o argumento de BAUDRY-LACANTINERIE e BARDE, no sentido de que no mandato não se conferem poderes para agir maliciosamente. Mas os poderes que a vítima do dolo tem possibilidades de verificar, ao examinar o instrumento do mandato, são sempre os de um negócio lícito; o embuste de que o mandatário lança mão é um recurso pessoal dele, com o fito de obter a anuência para um negócio que efetivamente estava autorizado a realizar.

quer decorrente da eleição, quer da vigilância de seu representante.

Todavia, no debate que se seguiu, duas emendas foram conduzir o texto à forma atual. A primeira, de TORRES NETTO, pleiteava que nessa matéria se acompanhasse integralmente o *Esboço* de TEIXEIRA DE FREITAS, enquanto que a segunda, de ANDRADE FIGUEIRA, afinal vencedora, sugeria se substituísse o último período do projetado art. 113 (acima transcrito) pelas seguintes palavras:

“somente para o efeito de responder este civilmente até a concorrente quantia do proveito que teve”.

Esta foi, como disse, a teoria vencedora (cf. FERREIRA COELHO, ob. e loc. cit.); segundo ela, portanto, o representado só desembolsa, na indenização, aquilo que, em virtude do comportamento malicioso de seu representante, já embolsara anteriormente.

93. *Solução sugerida.* Tenho para mim que há uma solução intermediária bastante superior à que acima se expôs. Para alcançá-la é mister distinguir a representação convencional ou voluntária da representação obrigatória ou legal.

Para esse último caso a solução da lei parece-me adequada. O tutor, o curador, o pai no exercício do pátrio poder, o marido que atua em nome da mulher são representantes que a lei impõe, sem que o representado, contra isso, se possa rebelar. Se estes atuam maliciosamente na vida jurídica, seria injusto que a lei sobrecarregasse com os prejuízos advindos de sua má conduta o representado que os não escolheu e que, em geral, dada sua incapacidade, não os podia vigiar. De sorte que, neste caso, é justo o princípio da lei, pois, à hipótese, assenta como uma luva a observação de BEVILÁQUA, segundo a qual “cada um responde por sua má fé”; é ainda justo que o representado alcançou lucro, com o ato ilícito de seu tutor ou de seu curador, que o devolva, para que não haja enriquecimento sem causa.

Mas se se trata de representação convencional a solução do texto é iníqua. Aquele que escolhe um representante, e lhe outorga mandato, cria um risco para o mundo exterior, pois o

mandatário, usando o nome do mandante, vai agir nesse mundo de negócios, criando relações de direito. Se é má a escolha, tem o mandante culpa, e o dano resultante para terceiros deve ser por ele reparado. Se o mandante, ao invés, embora o tenha bem escolhido, vigiou mal seu procurador, permitindo que ele provocasse, com seu comportamento, prejuízos de terceiros, continua o representado a ser faltoso e por essa falta deve responder. Existe uma culpa *in eligendo* ou *in vigilando* que de um certo modo carece de prova, pois que resulta provada da própria existência do ato malicioso, praticado pelo representante.

A presunção de culpa *in eligendo* ou *in vigilando* do representado tem por consequência responsabilizá-lo solidariamente pela reparação total do dano (CC, art. 1.518, *in fine*) e não apenas limitar sua responsabilidade ao proveito que teve (art. 96); desse entendimento resulta uma solução que, a meu ver, apresenta alcance social muito mais elevado. Pois, ademais de melhor garantir a reparação do prejuízo derivado do ato ilícito, dá maior segurança aos negócios; e criando um risco mais amplo para o mandante, o põe de sobreaviso na escolha de seus representantes.

Assim, concluindo, acho que se a solução do texto é boa para os casos de representação legal, ela deve ser desprezada para os de representação convencional⁹. É desse modo, espero, que uma magistratura inteligente e evoluída aplicará o texto.

9. A solução apregoada no texto foi acolhida integralmente pelo Projeto de Código Civil, de 1975. Com efeito, esse projeto, ao repetir a regra do art. 94 do Código Civil, limitou seu alcance à representação legal; a seguir, acrescentou ao dispositivo uma alínea, concernindo à representação convencional. Transcrevo o art. 147 do Projeto de Código Civil de 1975:

"Art. 147. O dolo do representante legal de uma das partes só obriga o representado a responder civilmente até a importância do proveito que teve.

Se, porém, o dolo for do representante convencional, o representado responderá solidariamente com ele por perdas e danos"

Capítulo XVI

A captação da vontade nos testamentos

Sumário:

- 94. O problema da captação se integra na teoria do dolo.
- 95. Conceito e caracterização da captação dolosa.
- 96. A captação, para possibilitar a anulação do ato, deve ser a causa determinante do consentimento.

94. *O problema da captação se integra na teoria do dolo.* Como já foi dito, nada há que reclame um capítulo especial sobre a captação de vontade nos testamentos, pois as dificuldades da matéria devem ser decididas de acordo com as regras sobre o dolo. DEMOGUE, tratando deste assunto¹, enceta sua lição com duas perguntas, a que responde com um monossílabo; traduzo seu texto:

"A jurisprudência sobre a captação e sugestão, em matéria de testamento, não será pura aplicação dos princípios do dolo? A sugestão e a captação, causas de nulidade, não serão puras aplicações especiais da noção de dolo? Sim".

Mas como são poucas, na literatura pátria, as referências a esse assunto, pareceu-me útil o presente capítulo, onde, ao menos, se encontrarão remissões a autores que trataram da matéria.

Em rigor, melhor fora examinar o tema não só em relação aos testamentos, como em relação às liberalidades em geral. Porque decerto não deverá o juiz ter igual critério ao decidir sobre a eficácia do dolo num contrato oneroso ou num ato gratuito. Já vimos, em referência ao erro (*supra*, ns. 60 e 61), que

1. DEMOGUE, ob. cit., n. 371.

Seu dolo, ato ilícito que é, em rigor, devia sujeitá-lo apenas a reparar as perdas e danos, após o desfazimento do negócio derivado de um consentimento inadequado. Todavia, a reparação mais perfeita do eventual prejuízo decorrente do desfazimento do ato seria não desfazê-lo, pois então o terceiro que contratou com o menor receberia justamente aquilo com que legitimamente contava. Essa é a solução legal.

Capítulo XVIII

Reflexões finais sobre o erro e o dolo

Sumário:

101. O vício da vontade e o respeito à boa fé do outro contratante. Semelhança entre os dois vícios do querer estudados: o erro e o dolo.

102. Amoldamento da regra aos anseios de justiça.

101. *O vício da vontade e o respeito à boa fé do outro contratante. Semelhança entre os dois vícios do querer estudados: o erro e o dolo.* Ao tratarmos do erro vimos que a lei só o considera defeito dos atos jurídicos quando se apresenta como substancial. Vimos ainda que a doutrina não se satisfaz apenas com tal requisito para que do engano resulte a anulação do negócio jurídico; é mister, ainda, que além de substancial o erro se revele escusável; ainda, no mesmo livro, examinamos a reação da jurisprudência ante a lei, e apuramos que os tribunais, na grande maioria dos casos, só concedem a anulação dos negócios inquinados de erro, quando quem contrata com a vítima do engano sabe de sua existência ou então tem elementos adequados para, sem embaraço, descobri-lo.

Vimos, assim, em suma que, para o erro dar margem à anulação do negócio jurídico, mister se faz seja ele substancial. Apenas isso não basta. É necessário, ainda, que seja escusável, ou então, que seja conhecido ou reconhecível pela outra parte. É evidente que este requisito abrange o anterior, pois se o erro era conhecido do outro contratante, este não tem escusas para contratar.

Procuramos, também, definir duas posições antagônicas.

De um lado, a que defluía da própria definição de ato jurídico, conceituado como produto da manifestação de vontade. Se o ato jurídico é ato de vontade, se o erro representa um defeito do querer, o ato viciado por tal defeito não pode, em tese, preva-

lecer e deve ser anulado. A possibilidade da resolução do negócio protege o autor da declaração não querida.

De outro lado, o anseio de garantir a segurança dos negócios opõe-se àquela primeira posição, pois parece inconveniente se deixe pesar, sobre a validade dos negócios jurídicos, ameaça de resolução porventura decorrente da posterior alegação da existência de erro substancial. Se a pessoa a quem se dirigiu a declaração se mantinha de boa fé, e nela confiou porque oferecia toda a aparência de uma declaração válida, seria um despropósito permitir-se a anulação do ato, burlando-se a confiança normal do outro contraente.

Esta última posição talvez fuja à lógica do sistema, que parte da definição inicial de que o ato jurídico é ato de vontade; e mais: protegendo a pessoa a quem se destina a declaração, ela, de certo modo, despreza o interesse da vítima, ou seja, do autor da manifestação volitiva inadequada, o qual ficará contratualmente vinculado a um negócio não querido.

Examinando o conflito entre esses dois critérios opostos, prefiro, a despeito de seu defeito lógico, o último. E não estou longe de convencer-me de que esta é a orientação que ressalta da maioria dos julgados.

Tal solução se inspira no respeito à boa fé do outro contratante. Esta consideração parece de tal modo relevante que não importa se divorcie ela do rigor lógico. Vai-se abandonar o interesse da vítima do erro, em reverência ao interesse de quem, lealmente, com ela contratou¹. Todavia, se esse contratante não estava de boa fé, pois sabia do erro que movia o proponente do negócio, então deixa de merecer a proteção do ordenamento jurídico. E o negócio deve ser desfeito. Ainda, se o outro contratante ignorava o erro do autor da declaração, mas, quer em virtude das circunstâncias, quer em virtude de sua evidência, devia conhecê-lo, sua ignorância deriva de sua própria culpa, e assim, também, não faz jus à proteção legal. E a regra geral de que o erro dá causa à nulidade do negócio prevalece sem peias².

1. Embora na aparência se tenha a idéia de que a proteção, neste caso, se destina a quem recebeu a declaração, a rigor ela se destina a toda a comunidade onde a declaração vai repercutir. Assim, protege-se um maior número de pessoas, em vez de fazê-lo somente ao autor da declaração.

2. V. o acolhimento de idéia no art. 136 do Projeto de Código Civil de 1975.

Quando estudamos o dolo, vimos que o problema, no que se refere à proteção à boa fé do outro contratante, se propunha de maneira parecida. Havíamos distinguido o dolo de terceiro do dolo provindo da outra parte. Nesta última hipótese, o outro contratante, por definição, conhece o erro em que incide a vítima do dolo, pois tal erro nasceu e foi alimentado pelas próprias manobras astuciosas daquele. Ele quer contratar com a vítima do dolo, lança mão do recurso reprovável e consegue alcançar o fim almejado, obtendo a anuência que o beneficia. De sorte que nessa relação não existe um conflito entre dois interesses dignos de proteção do ordenamento jurídico, pois o comportamento malicioso de uma das partes provoca, contra ela, a reação da lei; tal reação é representada pelo desfazimento do ato, solução que protege a vítima do dolo e que, indiretamente, pune o agente do embuste, pois priva-o, sem compensação, do resultado do ato desfeito.

Se o dolo provém de terceiro, mais nítida se torna a proteção que a lei confere a quem se conserva de boa fé. Se alguém concordou com um negócio em virtude de manobra astuciosa de terceiro, o negócio é válido, e o defeito do consentimento inalegável, a menos que a outra parte não o ignorasse. Aqui a lei desconsidera a existência do vício da vontade, e prestigia o ato não querido, apenas e tão-só em homenagem à boa fé de quem contratou com a vítima do dolo, e que não soube, nem podia saber, da existência do ludíbrio.

Assim, vê-se que, nos dois casos, quer no de erro, quer no de dolo, a boa doutrina se informa na mesma idéia. O erro e o dolo são vícios da vontade e qualquer deles é capaz de gerar a anulação do negócio jurídico. Apenas esta anulação só será deferida se não vier a prejudicar o outro contratante de boa fé. O ordenamento jurídico negará proteção à vítima do erro se a pessoa que com ela contratou se fiou, de boa fé, na declaração aparentemente válida, pois não conhecia o erro, nem podia conhecê-lo, ainda que agisse com a maior diligência. Nega igualmente proteção à vítima do dolo de terceiro, se o vício do querer era ignorado pelo outro contratante, que, mesmo agindo diligentemente, não o poderia descobrir.

102. *Amoldamento da regra aos anseios de justiça.* Em muitos dos capítulos passados se repetiu ser amplo o arbítrio do juiz na matéria em estudo. Principalmente porque os conceitos com que joga a lei são extremamente flexíveis; mas não só por isso. Creio que outra razão colabora para ampliar a liberdade do julgador; é o fato de, neste assunto, confundirem-se e interpenetrarem-se as lindes do direito e da moral. É o juiz, ao examinar o caso concreto, não raro hesita ante a aplicação de uma norma, porque a solução a que ela o arrastaria se choca com princípios que lhe parecem justos.

Voltemos atrás um instante, para encararmos, separadamente, de um lado o erro, de outro o dolo provindo do outro contratante.

No caso de erro, por vezes, os dois interesses em choque são respeitáveis. Ambas as partes agiram com lisura e qualquer solução do juiz, quer anulando, quer prestigiando o negócio, trará prejuízo a um contratante inocente. Como se orientará ele?

Creio que, via de regra, atenderá ao interesse mais respeitável, ou seja, o do maior número. Mas terá sempre, como é óbvio, de examinar atentamente o caso concreto, de pesar as circunstâncias do negócio, os indícios, aproveitando-se de qualquer deslize ou circunstância para fundar seu pronunciamento de um lado ou de outro.

No caso de dolo do outro contratante, quando aquele é grave e evidente, problema algum surge, como vimos. Anula-se o ato, desprezando-se o interesse do agente do dolo, pois ele não é digno da proteção da lei. Mas provar tal vício nem sempre é fácil. Por isso o legislador, com sua repulsa pela fraude e medindo a dificuldade de tal prova, quis facilitá-la; e assim dispôs que o dolo poderá ser provado por indícios e presunções (CPC, art. 252)³, pois, como diz JORGE AMERICANO⁴, “por isso mesmo que o ato é rodeado das máximas cautelas para não ser conhecido... o processo de investigação e julgamento deve ser livre de entraves ou preceitos formais que só serviriam para que o dolo ficasse encoberto”.

3. A referência é ao Código de Processo Civil de 1939.

4. JORGE AMERICANO, *Comentários ao Código de Processo Civil do Brasil*, 2. ed., São Paulo, 1958, v. 1, com. ao art. 252.

Aqui o legislador, perseguindo a fraude, castigando o embuste, condenando a astúcia, confere, expressamente, poderes mais amplos ao julgador, permitindo-lhe que decida tão-só por indícios e presunções e que, na apreciação daqueles indícios, considere livremente a natureza do negócio, a reputação dos indiciados, a verossimilhança dos fatos... (CPC, art. 253).

Mas desses amplos poderes os tribunais se socorrem sempre que deles necessitem para evitar uma solução menos boa, quer se trate de dolo, quer também se trate de erro. Agindo dentro do arbítrio que a lei lhes confere, os Tribunais, ao descerem ao caso concreto, terão em vista a verossimilhança dos fatos, os interesses antagônicos das partes e sua relevância, a repercussão sociológica da decisão, a boa fé dos contratantes, enfim todos aqueles elementos de fato necessários para conduzi-los a um julgamento que se acomode e se afaça à idéia que têm de justiça.

Título IV

Da lesão

Capítulo XIX

Ligeiro apanhado sobre a lesão

Sumário:

103. A lesão encarada como vício do consentimento.
104. A tese contrária. Posição de DEMONTÈS.
105. A lesão resultante do comportamento ativo de uma das partes.
106. Vizinhança entre a lesão e os vícios da vontade.
107. Conceito e pressupostos da lesão.
108. A Lei de Proteção à Economia Popular.
109. A lesão naquela lei. Tese de CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA.
110. Posição contrária de ORLANDO GOMES.
111. Reflexões à margem da controvérsia. Conclusões.
112. Tendência atual.

103. *A lesão encarada como vício do consentimento.* O propósito de estudar a lesão entre os vícios da vontade, anunciado na introdução à presente obra (cf., *supra*, n. 1), provocou, de pronto, algum protesto da crítica. De fato, a censura apontou a diferença de natureza entre os *vícios da vontade* e a *lesão*, e voltou-se contra a idéia de tratar deste último tema, num mesmo fôlego em que cuidava daqueles defeitos.

É conhecida a controvérsia a respeito, multiplicando-se os escritores, entre os mais modernos, que negam qualquer parentesco entre o vício da vontade e a lesão. Entretanto, a opinião contrária inspirou muitos outros pensadores, antigos e modernos e, ainda hoje, é ela sustentada com bastante vigor.

Dentre os antigos, impõe-se mencionar POTHIER.

Parte ele da idéia de que a equidade deve reinar nas convenções e, por isso, se no contrato comutativo há desproporção entre as prestações devidas pelas partes, vicioso é o ajuste.

“Car l'équité, en fait de commerce, consistant dans l'égalité, dès que cette égalité est blessée, et que l'un des contractants donne plus qu'il ne reçoit, le contrat est vicieux, parce qu'il pèche contre l'équité qui y doit régner”.

Qual o fundamento do princípio? Eis a resposta:

“D'ailleurs, il y a de l'imperfection dans le consentement de la partie lésée; car elle n'a voulu donner ce qu'elle a donné par le contrat, que dans la fausse supposition que ce qu'elle recevait à la place valait autant que se qu'elle donnait; et elle était dans la disposition de ne vouloir le donner, si elle eût su que ce qu'elle recevait valait moins”¹.

Esta idéia, abraçada por numerosos escritores durante longo tempo, é reafirmada no fim do século passado por PLANIOL², que vê a violência influir na origem da lesão.

Entre os juristas modernos, além de VON TUHR³, mister apontar MARTY e RAYNAUD que, embora reconheçam a possível

1. POTHIER, *Oeuvres complètes de Pothier*, Paris, Ed. Depelafol, 1835, v. 1, *Traité des obligations*, n. 33.

2. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, 7. ed., Paris, 1915, v. 2, n. 1.588: “Le propriétaire qui consent à vendre en subissant une lésion enorme doit être considéré comme aiant traité sous l'empire d'une sorte de violence”.

Cf. G. GIORGI, *Teoria delle obbligazioni*, 2. ed., Florença, 1886, v. 4, p. 146, n. 139, onde admite a renúncia posterior à lesão, porque então “ogni ombra di coazione sarà rimossa”.

Aliás, no mesmo PLANIOL (ob. e loc. cit.), encontra-se a afirmativa de que os autores do Código Napoleônico assimilaram a lesão aos vícios da vontade. Eis seu texto:

“Si le propriétaire veut donner son bien, qu'il emploie les formes des donations; s'il veut le vendre, il faut qu'il en tire un prix suffisant; quand il se content d'un prix infime c'est qu'il a été trompé ou forcé par le besoin. Tel était le raisonnement de TRONCHET (“Fenet”, *ibid.*, p. 61). Il résulte de là que les auteurs du Code ont assimilé la lésion dans les ventes à un vice du consentement”.

3. A. VON TUHR (*Tratado de las obligaciones*, trad. esp. de W. Roces, Madri, 1934, t. 1, § 39) mostra que dentro do Código suíço o regime da lesão é o mesmo que segue nos casos de erro e outros vícios do consentimento.

diferença de natureza entre a lesão e os vícios da vontade, proclamam a conexão entre os assuntos⁴.

104. *A tese contrária. Posição de DEMONTÈS.* Verdade que a tese contrária alinha, igualmente, incontáveis adeptos e são conhecidos os esforços para fundar a teoria da lesão em idéias outras. Destas, a que me parece mais sedutora é a apresentada por DEMONTÈS em sua clássica monografia sobre o assunto. Crê ele que a lesão representa um atentado à liberdade do lesado, que lhe é infligido pelo outro contratante.

A lesão, diz o monografista, constitui um agravo à liberdade humana que o direito deve combater. Ao fazê-lo, é irrelevante inquirir se houve ou não intenção culposa, pois o desfazimento do ajuste representa apenas a sanção pelo inadimplemento de uma obrigação jurídica de conteúdo negativo, ou seja, do dever especial, que a todos se impõe, de respeitar a liberdade de outrem. O fundamento remoto da teoria da lesão não é, portanto, a inequivalência das prestações; como não é, tampouco, a existência de um vício do consentimento por parte do lesado; mas se encontra no abuso, na exploração, *mesmo inconsciente*, provinda do outro contratante (ob. cit., p. 215).

A seu ver a lesão constitui um ato ilícito praticado por um dos contratantes que, valendo-se das circunstâncias exteriores, reduz o outro a sua mercê. O lesado não é vítima de um vício

4. MARTY e RAYNAUD, *Droit civil*, Paris, 1956, v. 1, p. 257: “La lésion n'est pas un véritable vice du consentement; c'est un déséquilibre objectif; mais ce déséquilibre fait supposer une volonté viciée chez celui qui s'est engagé dans des conditions aussi défavorables; cela peut expliquer le rapprochement avec les vices du consentement”.

DEMONTÈS (*De la lésion dans les contrats entre majeurs*, Paris, 1924) que combate a assimilação entre a lesão e os vícios da vontade — como a seguir se verá — não nega a existência de uma estreita conexão entre aquela e estes. Diz que a idéia se inspira no princípio de que o contrato é lei entre as partes, de sorte que só se compreende a destruição dessa pequena lei privada, se sua confecção estiver eivada de um vício emanado da vontade de uma das pessoas que nela compareceram. Sustenta ser errado tal conceito, por se basear na vontade psicológica, sem ter em vista a declaração (ob. cit., ns. 208 a 211).

Ainda: *Les Nouvelles, Corpus Juris Belgici, Droit civil*, Bruxelas, 1957, t. 1, cuidam da lesão em uma seção do capítulo referente aos vícios do consentimento, ao lado do erro, do dolo e da coação. Verdade, entretanto, que afirmam (n. 939) não se tratar de um vício do consentimento.

Cf. igualmente G. RIPERT, *Le régime démocratique et le droit civil moderne*, Paris, 1948, n. 93.

do consentimento, mas de um atentado à inteireza de sua personalidade jurídica e a direitos eminentes que dela decorrem.

O prejuízo defluente da lesão, resultado material de referido atentado, deve ser reparado pelo contratante que o ocasionou, com base no princípio da responsabilidade.

105. *A lesão resultante do comportamento ativo de uma das partes.* Essa idéia de justificar a lesão, não através de uma atitude negativa da vítima, mas de um comportamento positivo do outro contratante (que praticaria ato ilícito ao ultimar o contrato lesionário), encontra ressonância nos preceitos dos arts. 138, do Código Civil alemão, e 21, do Código Suíço de Obrigações. De fato, estes dispositivos (cuja fonte é lei de caráter penal)⁵ reclamam, para caracterizar o negócio lesionário, não apenas a desproporção entre as prestações, como também um comportamento censurável de um dos contratantes, que se aproveita da necessidade, inexperiência ou leviandade do outro. E isto caracterizaria o elemento ilícito do negócio⁶.

106. *Vizinhança entre a lesão e os vícios da vontade.* A despeito de seduzido pela tese de DEMONTÈS, persisti na deliberação de mencionar a lesão entre os vícios da vontade. Em primeiro lugar, porque tanto aquela quanto estes propiciam a possibilidade de desfazer negócios jurídicos efetuados entre maiores. Em segundo lugar, porque, ainda fundando-se a lesão na idéia

5. Cf. DEMONTÈS, ob. cit., p. 63-4; SALELLES, *De la déclaration de volonté*, Paris, 1929, p. 274; ORLANDO GOMES, *A crise do direito*, São Paulo, 1955, n. 97.

6. Código Civil alemão, trad. port. de Souza Diniz, Rio de Janeiro, 1960:

“Art. 138. Um negócio jurídico, que infrinja os bons costumes, é nulo.

Nulo é, particularmente, um negócio jurídico pelo qual alguém, explorando o estado de necessidade, a leviandade ou inexperiência de um outro, faz prometer ou conceder, para si, ou para um terceiro, contra uma prestação, vantagens patrimoniais das quais o valor excede de tal modo à prestação que, de acordo com as circunstâncias, as vantagens patrimoniais estão em manifesta desproporção com a prestação”.

Código Suíço das Obrigações:

“Art. 21. En cas de disproportion évidente entre la prestation promise par l'une des parties et la contreprestation de l'autre, la partie lésée peut, dans le délai d'un an, déclarer qu'elle résilie le contrat et répéter ce qu'elle a payé, si la lésion a été déterminée par l'exploitation de sa gêne, de sa légèreté ou de son inexpérience.

Le délai d'un an court dès la conclusion du contrat”.

de responsabilidade, enseja ela um procedimento, por parte de um dos contratantes, que cria uma situação muito vizinha do dolo e da coação.

De fato a lesão, na forma disciplinada nas legislações modernas, perdeu o caráter objetivo de que vinha marcada no direito romano; as regras dos códigos alemão e suíço acima mencionadas, o preceito do art. 1.448 do Código italiano de 1942, bem como, entre nós, a Lei de Economia Popular exigem, para que se permita a rescisão da avença, não só o elemento objetivo, representado pela desproporção entre as prestações, mas também um elemento subjetivo, ou seja, o estado de necessidade por parte da vítima, de que se vale o outro contratante para impor-lhe as condições excessivamente onerosas do contrato; ou ainda, a inexperiência ou leviandade de uma das partes, de que a outra se aproveita para enganá-la.

Ora, na primeira hipótese — em que alguém se prevalece do estado de necessidade do outro contratante — encontramos muito perto da coação; na segunda, em que, aproveitando-se da leviandade ou inexperiência de outrem, alguém o ludibria e leva desproporcionada vantagem em negócio com ele realizado, estamos nas imediações do dolo; portanto, em íntima conexão com os vícios da vontade⁷.

Daí o propósito, já assinalado, de colocar a lesão ao lado dos defeitos do consentimento e, mais especialmente, entre o dolo e a coação.

107. *Conceito e pressupostos da lesão.* A lesão, na forma como a define DEMONTÈS (ob. cit., p. X), é o prejuízo que um contratante experimenta quando, em contrato comutativo, não recebe, da outra parte, valor igual ao da prestação que forneceu. Tal conceito é excessivamente amplo, exigindo alguma delimitação.

Ocorria lesão no direito romano quando, num contrato comutativo, havia tal desproporção entre as prestações fornecidas pelas partes que uma recebia da outra menos da metade do

7. Cf., nesse sentido, lição de VON TUHR, *Tratado de las obligaciones*, trad. esp. de W. Roces, Madri, 1934, t. 1, § 39, que transcrevo: “La explotación de la inexperiencia constituirá generalmente, a la par, un caso de dolo, y la de la penuria un caso de *vis compulsiva*...”.

valor que entregava. Verificada a hipótese, tinha o contratante prejudicado a prerrogativa de pedir ao juiz que declarasse rescindido o contrato. Dizia a célebre Lei Segunda, de DEOCLECIANO e MAXIMILIANO, do ano 285 (Cód., Liv. IV, Tít. 44, *De rescindenda venditione*, Liv. 2):

“Rem majoris pretii, si tu vel pater tuus minoris distraxerit: humanum est, ut vel pretium te restituente emptoribus, fundum venundatum recipias, auctoritate judicis intercedente: vel si emptor elegerit, quod derst justo pretio recipias. Minus autem pretium esse videtur, si nec dimidia pars (veri) pretii soluta sit”.

Trata-se de instituição fundada na equidade, como bem diz a lei citada, ao empregar a expressão *humanum est*; e decerto se inspira na idéia de equivalência das prestações, que deve existir nos contratos comutativos.

A parte beneficiada no contrato podia ilidir a rescisão oferecendo-se para complementar o preço; pois, desse modo, extinguiu-se o defeito original ao desaparecer o desequilíbrio entre as prestações.

No direito moderno, como já foi apontado, outros elementos, de caráter subjetivo, vieram integrar o instituto, que conservou, entretanto, muitos dos característicos primitivos, moldadores de sua feição. Eis seus caracteres básicos:

a) A lesão só é admissível nos contratos comutativos, porquanto nestes há uma presunção de equivalência entre as prestações; por conseguinte, ela não se compreende nos ajustes aleatórios onde, por definição mesmo, as prestações podem apresentar considerável desequilíbrio.

b) A desproporção entre as prestações deve verificar-se no momento do contrato e não posteriormente. Pois, se naquele instante não houve disparidade entre os valores, incorreu lesão.

c) A desproporção deve ser considerável. Aliás a Lei Segunda falava em diferença superior à metade do preço verdadeiro — *minus autem pretium esse videtur, si nec dimidia pars veri pretii soluta sit*.

Aqui se depara ao estudioso delicado problema, pois sempre se julgou difícil apurar, objetivamente, qual o *preço verdadeiro* ou o *preço justo*.

Mas, de qualquer maneira, o vício só se caracteriza quando o desnível entre as prestações é acentuado, variando, de uma legislação para outra, a tarifação da diferença. Por vezes, mesmo, o legislador deixa ao juiz ampla margem para decidir se houve desproporção notável entre a contribuição dos contratantes⁸.

As Ordenações Filipinas (Liv. 4, Tít. 13) adotaram o mesmo critério da lei romana. Nelas se dizia que *se o vendedor foi enganado em mais da metade do justo preço, pode desfazer a venda per bem do dito engano*⁹.

d) O desfazimento do negócio depende de decisão judicial; isso já o dizia a disposição romana, ao recorrer à locução *intercedente auctoritate judicis*.

e) É facultado à parte beneficiada efetuar a suplementação do preço, a fim de, reequilibrando o contrato, eliminar o defeito que o ameaça. Esta é uma prerrogativa do contratante beneficiado no ajuste, que, desse modo, pode ilidir sua rescisão. Por conseguinte, ao prejudicado não é deferido o direito de pedir a inteiração do valor. Só se lhe permite pleitear a rescisão. Ao outro é que, como se disse, se concede a alternativa de salvar a avença, mediante o reequilíbrio das prestações.

Tais os princípios característicos do instituto.

8. Cf., a respeito do Código alemão, SALELLES, *Déclaration de volonté*, p. 251.

9. O direito anterior ao Código Civil conhecia a *lesão enormíssima*, que se dava quando ao vendedor era entregue menos do terço do justo valor da coisa vendida. CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, em sua excelente monografia sobre o assunto (*A lesão nos contratos bilaterais*, Rio de Janeiro, 1949, n. 53), ensina que tal instituição proveio, não da lei, mas da elaboração doutrinária, sendo de CORRÊA TELLES a tarifação acima aludida. Com efeito, encontra-se no *Digesto Português*, Liv. I, art. 253, a seguinte regra:

“Diz-se lesão enormíssima, quando alguém recebeu somente a terça parte do justo valor da coisa”.

No mesmo sentido são as lições de CÂNDIDO MENDES DE ALMEIDA, *Código filipino*, 14. ed., Rio de Janeiro, 1870, p. 793, nota 3; LACERDA DE ALMEIDA, *Obrigações*, Porto Alegre, 1897, § 56, nota 13.

Em sentido contrário: MANOEL IGNÁCIO CARVALHO DE MENDONÇA, *Doutrina e prática das obrigações*, 2. ed., Rio de Janeiro, s. d., v. 2, n. 582, que se estriba em Ordenações, Liv. 4, Tít. 13, as quais não se referem à lesão enormíssima.

108. *A Lei de Proteção à Economia Popular.* Entre nós a lesão, que, como vimos, era disciplinada pela codificação filipina, foi banida do direito positivo pelo Código Civil de 1916. Tal monumento legislativo, vindo de um período de exaltação ao princípio da autonomia privada, fundava-se na idéia de que o contratual é necessariamente justo, por isso que desejado pelas partes. De sorte que a rescisão do negócio ou o reequilíbrio dos termos convencionados, deferidos pelo juiz em face da desigualdade das prestações por ocasião do ajuste, ao ver do legislador representava um atraso. Essa atitude coincidia com o modo de sentir de muitos escritores da época¹⁰.

Todavia, depois de um intervalo de mais de vinte anos, a Lei de Proteção à Economia Popular (Dec.-lei n. 869, de 18-11-1938, substituído pela Lei n. 1.521, de 26-12-1951) trouxe uma regra, que parecia abrir novamente as portas da sistemática jurídica nacional ao instituto da lesão. De fato, o art. 4.º deste último diploma definia como crime a usura pecuniária ou real, caracterizando como tal:

b) obter ou estipular, em qualquer contrato, abusando da premente necessidade, inexperiência ou leviandade de outra parte, lucro patrimonial que exceda o quinto do valor corrente ou justo da prestação feita ou prometida.

Tal dispositivo, de caráter criminal, tornava naturalmente ilícito o ato assim praticado, possibilitando, dessarte, a declaração de sua nulidade na órbita civil (CC, art. 145, II); ademais, o § 3.º do mesmo art. 4.º da Lei n. 1.521 mandava o juiz ajustar os lucros usurários à medida legal, devendo ordenar a restituição da quantia paga em excesso, com os juros legais, no caso de já haver sido fornecida a prestação exagerada.

De sorte que surgia, dentro do direito positivo brasileiro, a possibilidade de a vítima de um contrato realizado em tais

10. Entre outros, encontra-se tal ponto de vista em MANOEL IGNÁCIO CARVALHO DE MENDONÇA, *Doutrina e prática*, n. 582, onde o eminente civilista afirma tratar-se de um "instituto decadente e antipático às legislações modernas". Ainda CLÓVIS BEVILÁQUA, *Teoria geral do direito civil*, 5. ed., Rio de Janeiro, 1929, § 56.

condições promover o seu desfazimento (CC, art. 145, II), ou pleitear a devolução daquilo que ultrapassasse o justo preço (Lei n. 1.521, art. 4.º, § 3.º). Para tanto, competia-lhe demonstrar: a) que a contraprestação oferecida excedeu o quinto do valor da recebida em troca; b) que o negócio malsinado decorreu de haver a parte contrária abusado de sua premente necessidade, inexperiência ou leviandade.

Não se pode esquecer que, em virtude da natureza eminentemente penal da lei brasileira, os efeitos civis dela decorrentes surgem de maneira indireta, pois não foram expressamente almejados pelo legislador. Daí se afastar, ocasionalmente, dos princípios que regem o instituto da lesão (v., *supra*, n. 107)¹¹.

Não obstante, valeu-se o legislador nacional das mesmas fontes onde se inspiraram os legisladores alemão, suíço e italiano, exigindo, para caracterizar o delito da usura real e portanto a figura da lesão, a presença de dois elementos diversos: um *elemento objetivo*, representado pela desproporção entre as prestações, e um *elemento subjetivo*, revelado pelo comportamento censurável de uma das partes, ao abusar da leviandade, da necessidade ou da inexperiência do outro contratante.

109. *A lesão naquela lei.* A tese de CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA. Dentre os trabalhos publicados à sombra da lei brasileira, defendendo seu sentido humano e reduzindo a figura da usura real à da lesão, encontra-se a excelente monografia do Prof. CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, *Lesão nos contratos bilaterais*.

11. Com efeito, conforme foi apontado acima, a doutrina em geral entende que à vítima da lesão cabe apenas a prerrogativa de pedir a rescisão do negócio; ao outro contratante é que compete evitar o decreto de rescisão, oferecendo-se para reequilibrar o contrato. Esta é a tese expressamente acolhida pelo art. 1.450 do Código Civil italiano, *in verbis*:

"Art. 1.450. *Offerta di modificazione del contratto.* Il contraente contro il quale è domandata la rescissione può evitarla offrendo una modificazione del contratto sufficiente per ricondurlo ad equità".

O caráter penal de nossa lei conduziu o legislador a determinar que o juiz deverá ajustar a estipulação de juros ou lucros usurários à medida legal, bem como ordenar a devolução das quantias pagas em excesso. Ora, é evidente que isso pode ocorrer não só quando houver provocação do interessado, como também no silêncio desse último. De qualquer modo, a iniciativa para promover o reequilíbrio não constitui privilégio do contratante beneficiado no ajuste lesionario. E nisso a lei brasileira refoge à orientação acima apontada.

Depois de estudar a origem do instituto, detendo-se em sua fonte romana, principalmente no exame da Lei Segunda, de DIOCLECIANO e MAXIMILIANO, analisa seu desenvolvimento na doutrina e sua repercussão na lei estrangeira. Ingressando no direito luso-brasileiro aprecia não apenas a lesão, mas também a usura, na forma em que as Ordenações do Reino e a restante legislação anterior ao Código Civil delas trataram. Nota, a seguir, pelo exame dos projetos e do próprio Código, o desaparecimento da instituição em nosso direito positivo.

Prosseguindo, procura pintar o quadro jurídico-social de nossa época, a fim de focalizar as condições que deram origem a anseios novos reclamando soluções diferentes daquelas de inspiração individualista, norteadoras da codificação napoleônica. A idéia de proteção ao mais fraco, que limita a eficácia do princípio da autonomia da vontade, bem como a persuasão de que a teoria dos vícios do consentimento, por si só, não basta para corrigir a desigualdade porventura existente no contrato, aparecem como imposições de ordem moral. Daí o ressurgimento do instituto da lesão.

“... ao apagar das luzes do último século, para novamente humanizar as relações jurídicas, e afirmar que a autonomia da vontade e o liberalismo individualista não podem ser levados às últimas conseqüências, mas devem ser contidos dentro de uma traça lindeira de moralidade” (ob. cit., n. 77).

Mostra como várias leis foram surgindo no Brasil, informadas todas por essa orientação; entre elas mister ressaltar as referentes à locação de imóveis, a de repressão à usura, a de loteamentos, as de tabelamentos de mercadorias, as trabalhistas etc., todas revelando a transigência do princípio individualista do Código, com uma vocação nitidamente socialista; todas mostrando, dessa maneira, o paternalismo do legislador ou sua tendência a intervir no contrato para amparar o fraco, numa realização legislativa da equidade.

Examinando os diplomas relativos à lesão, o escritor a equipara à usura real, afirmando que “... a lesão e a usura real são denominações diversas do mesmo instituto” (ob. cit., n. 90).

Aliás mais adiante, o jurista em apreço insiste em que “a lei de usura é instituto da lesão” (ob. cit., n. 92). Acrescenta, em seguida, que se na Lei de Economia Popular o legislador cuidou de punir a usura, no Anteprojeto de Código de Obrigações atribuiu à lesão o verdadeiro nome e a disciplinou utilizando a roupagem de que a vestiram os códigos modernos (ob. cit., n. 93).

A despeito do caráter penal da Lei de Economia Popular, “sua projeção juscivilista é manifesta” (ob. cit., n. 95), sendo possível deduzir de seu texto a nulidade do ato na órbita civil, com base no art. 145, II, do Código Civil.

Verdade que, estribado no art. 4.º, § 3.º, da lei em questão, o juiz pode ajustar os juros ou lucros usurários à medida legal, mantendo, desse modo, válido o contrato. Tal regra derroga o princípio tradicional, segundo o qual o ato absolutamente nulo não convalesce.

Resumindo, o instituto da lesão se firma nas seguintes características fundamentais: há lesão se entre as prestações ocorrer desproporção excedente de um quinto do valor, e se tal diferença advier do abuso, por parte de um contratante, da necessidade, leviandade ou inexperiência do outro. Verificada a hipótese, defere-se ao prejudicado ação para rescindir o negócio, a menos que haja suplementação do preço, por parte do contratante beneficiado.

A incidência da lesão é considerável, pois abrange *todo contrato bilateral oneroso* (ob. cit., n. 99).

Concluindo, aquele escritor antevê a ressurreição do instituto entre nós, pois, se as tendências do direito em todo o mundo são no sentido de se adaptarem aos imperativos da moral e ao ideal de justiça, no Brasil essa tendência se externa de maneira bastante nítida, porquanto a legislação brasileira procura, em vários campos, realizar a justiça no contrato, de forma que este perca o quanto possa de exploração egoísta, para atender a um sentido socialista ou de solidariedade humana (ob. cit., n. 103).

Tais palavras indicam, sem dúvida, um grande otimismo quanto à repercussão, no campo do direito civil, daquela lei penal. Não me parece que os fatos tenham confirmado o vaticínio daquele ilustre jurista. É o que se verá logo mais.

110. *Posição contrária de ORLANDO GOMES.* Contra a redução da figura da usura real à da lesão, levantou-se a palavra do ilustre ORLANDO GOMES. Num capítulo de seu livro *A crise do direito*¹² analisou os dois institutos, procurando mostrar a profunda diferença que os separa.

Nota, de início, a tendência de juristas da geração nova de ampliar o conceito de lesão, inspirada no sedutor movimento de humanização do direito. Mas tal tendência tem sido prejudicada pelo equívoco de procurar orientação no passado remoto, utilizando velho rótulo para conceito novo. “*Aquilo que certa corrente do pensamento hodierno chama de lesão nada tem de comum com a interessante figura que emerge do texto interpolado da Constituição de DIOCLECIANO, a famosa Lei Segunda*” (p. 187).

A *lesão*, na forma desse dispositivo, é eminentemente objetiva e se caracteriza pela desproporção, além de metade, entre o preço pago e o valor da coisa. Desde o momento em que elementos de caráter subjetivo, são inseridos nessa entidade jurídica, surge uma outra figura, sob forma delitual, que é a *usura*.

Esta, nascida para disciplinar o mútuo feneratício, se dilata para chegar à usura real, possível na maioria dos contratos. Mas não se confunde com a lesão.

Embora haja afinidade entre *lesão* e *usura formal*, sua distinção é nítida, prossegue aquele professor (p. 189). A usura abrange situações atentatórias dos bons costumes ou da equidade (cf. CC alemão, art. 138), enquanto a lesão se caracteriza pela desproporção entre prestações, num contrato comutativo, trazendo prejuízo para um dos contratantes. “*Essa desproporção é puramente econômica, bastando, em si mesma, para justificar a suplementação corretiva ou a rescisão do contrato...*” (p. 189). Enquanto a usura se admite nos contratos aleatórios e nos unilaterais, a lesão encontra seu campo restrito aos ajustes comutativos.

Igualmente não se justifica, no parecer daquele professor, a confusão entre a *usura material* e a *lesão*. Entende que ela

12. ORLANDO GOMES, *A Crise do Direito*, São Paulo, 1955.

provém, em grande parte, de uma interpretação inexata do art. 138 do Código Civil alemão. Esta regra, que contém um elemento subjetivo, é incompatível com a figura que a Lei Segunda consagrou.

“A origem histórica do § 138 do BGB, a sua posição na sistemática desse Código e, sobretudo, o efeito que decorre do contrato concluído nas condições previstas, indicam, claramente, que não é a lesão a figura recortada nesse discutido preceito legal” (p. 191).

A seu ver, a hipótese figurada pela regra alemã disciplina um gênero novo. O que ela ataca não é a desproporção entre as prestações, mas a exploração da inexperiência ou da necessidade de outrem. Isso se evidencia se se tiver em vista que o dispositivo encontra sua origem em preceito de caráter penal. Ele se filia à Lei de 24 de maio de 1880, inspiradora do art. 320 do Código Penal alemão, que punia a usura quando representasse a exploração do mutuário pelo mutuante¹³.

Portanto, não há qualquer parentesco entre a *usura real*, figurada no art. 138 do Código Civil alemão, e a *lesão*, surgida na lei bizantina. Aquela disposição tem menos o escopo de proteger o interesse individual do que o intuito de salvaguardar o interesse social, pois, o contrato usurário atenta contra os bons costumes. Daí determinar a lei a nulidade do ato, não deixando, assim, a declaração de ineficácia apenas na dependência da iniciativa do prejudicado.

Concluindo, o Prof. ORLANDO GOMES aponta os inconvenientes da confusão e mostra que o interesse despertado pelo estudo da lesão se justifica no anseio dos juristas “*de coibir os atentados ao patrimônio, provenientes da exploração de quem se aproveita das circunstâncias para obter vantagens que a reação anticapitalista generalizada considera imorais e quer tornar ilícitas*” (p. 196). Acredita, porém, inadequado o recurso ao velho instituto. Antes entende que o remédio consiste no estabelecimento de medidas repressivas à usura, sob forma sistemática.

13. Cf., no mesmo sentido, DEMONTÈS, *Lésion*, p. 63-4.

111. *Reflexões à margem da controvérsia. Conclusões.* Aí está delineada a controvérsia. Todavia, em vez de nela tomar partido, prefiro registrar dois fatos que, a meu ver, diminuem, em parte, a importância do debate.

A) Vários códigos modernos consignam regras tendentes a evitar a desproporção entre as prestações nos contratos comutativos. E, entre eles, o Código Civil italiano usa do vocábulo *lesão*, para caracterizar o instituto, pois, seu art. 1.448, que disciplina a matéria, se subordina à seguinte rubrica: *Ação geral de rescisão por lesão*. De qualquer maneira, entretanto, os atuais preceitos legislativos sobre a matéria exigem a presença de um *elemento subjetivo*, isto é, da atitude ativa de uma das partes, abusando da necessidade, da leviandade ou da inexperiência do outro contratante.

Portanto a regra, ora vigente em várias legislações, difere da célebre disposição da Lei Segunda de DIOCLECIANO e MAXIMILIANO, como bem apontaram os escritores já citados. O texto bizantino, interpolado ou não, figurava a lesão como resultado de mero desequilíbrio entre as prestações, alcançando metade do valor. Aí não se fazia mister a circunstância de ter a parte beneficiada agido com dolo ou violência.

Essa, aliás, é a orientação do velho legislador português. Nesse sentido encontra-se a disposição das Ordenações do Reino (Liv. 4, Tít. 13), onde se diz que pode o prejudicado desfazer a venda lesionária, "... *ainda que o engano não procedesse do comprador*"¹⁴.

Por conseguinte, a lesão verifica-se no direito romano, ao se apurar a disparidade entre o valor à época do negócio e o preço pago. Assim, a instituição, na forma apresentada pelo

14. Esse sentido objetivo da lesão, aparentemente resultante do texto das Ordenações, é confirmado, de uma certa maneira, por COELHO DA ROCHA (*Instituições*, v. 2, p. 582), quando vê, na lesão enorme, um defeito de vontade, pois a imagina resultante de um erro, ou de dolo presumido. Transcrevo sua lição:

"Se as leis permitissem rescindir os contractos por qualquer pequena desproporção, poucos contractos seriam seguros, as disputas multiplicar-se-hiam, e o commercio e as necessidades mais ordinárias da vida soffreriam muito. Com razão pois só se permite rescindir os contractos, intervindo lesão enorme, isto é, engano em mais de ametade d'aquelle valor que a parte por commum estimação devia receber; por se presumir erro, ou dolo. Ord. L. 4, tit. 13, pr."

art. 138 do Código alemão, pelo art. 21 do Código Federal das Obrigações, pelo art. 1.448 do Código Civil italiano e pelo art. 4.º da Lei n. 1.521, de 26 de dezembro de 1951, difere profundamente do instituto que emergiu da Lei Segunda, de DIOCLECIANO e MAXIMILIANO.

Entretanto, os preceitos acima citados existem e hoje tomam o lugar daquele antigo conceito de lesão. Não é altamente relevante verificar se se trata do mesmo ou de outro instituto, pois, na primeira hipótese, houve evolução no conceito de uma instituição antiga; na segunda, houve o advento de uma nova concepção para remediar os defeitos oriundos de uma idêntica relação humana.

B) O segundo fato que, a meu ver, tira importância à controvérsia, é a menor repercussão do instituto na vida prática. Isso já havia sido apontado por DEMONTES quanto à Alemanha e à Suíça. Dizia esse monografista que a dificuldade de prova do intuito de prejudicar, por parte do beneficiado no negócio lesionário, tornara inútil o texto, sendo impossível, na prática, o funcionamento de uma regra de ordem geral sobre a lesão. Eis seu magistério:

"Por aí, começamos a compreender porque um texto geral sobre a rescisão dos contratos por causa de lesão tenha ficado sem nenhuma aplicação nas duas modernas legislações que o adotaram, a Alemanha e a Suíça" (DEMONTES, *Lesion*, p. 227).

Entre nós, o mesmo está ocorrendo. Não teve a Lei de Economia Popular, na parte que consagrou à usura real e dentro da órbita do direito civil, uma repercussão maior na vida dos negócios.

Ao terminar sua monografia sobre a lesão, publicada em 1949, o Prof. CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA se enche de otimismo ao examinar o instituto que estuda e que se apresenta, ainda uma vez, no palco brasileiro, vestido à moda de figurinos novos. Já aponte esse fato. Seu entusiasmo conduz o leitor à persuasão de que passa a dispor, desde esse momento, de um instrumento capaz de diminuir a desigualdade nos contratos, pois, embora a Lei de Proteção à Economia Popular seja de natureza penal, as vítimas dos negócios lesionários poderão rescindi-los

ou obter devolução do prejuízo, através de remédio judicial adequado.

Contudo, parece que esse instrumento foi desprezado pelas partes. De fato, examinando os repertórios de jurisprudência, verifiquei serem escassos, ou melhor, escassíssimos, os pronunciamentos rescindindo negócios lesionários, ou permitindo sua convalescença mediante ordem de suplementação do preço¹⁵. Não ousou afirmar (pois a pesquisa não foi exaustiva), mas parece verdade que, dentro do plano do direito civil, o dispositivo da Lei de Economia Popular permaneceu como letra morta.

A observação desse fenômeno conduziu-me a buscar-lhe a causa e, dessa maneira, fui levado à conclusão já apontada antes (v., *supra*, n. 1). É que, para ser vitorioso na ação de rescisão do contrato lesionário, deve o prejudicado provar que o outro contratante abusou de sua inexperiência, premente necessidade ou leviandade. Ora, em vez de tentar produzir prova tão difícil, será mais cômodo para o prejudicado recorrer à ação de anulabilidade da avença, fundada em *dolo* ou *coação* do outro contratante. Com efeito: se a vítima foi lesada por haver a outra parte se valido de sua inexperiência ou leviandade, é altamente provável que se caracterizem os pressupostos do *dolo*, e a ação anulatória, com base nesse vício do querer, será vencedora. Se, ao invés, um dos contratantes se prevaleceu da necessidade em que se encontrava o outro, para extorquir-lhe o consentimento ao negócio lesivo, a ação anulatória poderá ser deferida com fundamento na coação, se os demais requisitos desse vício também se apresentarem. Daí, talvez, o desinteresse pela nova ação, que talvez não substitua, vantajosamente, os remédios antigos para os mesmos males¹⁶.

15. O Prof. CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA cita, em seu formoso livro, alguns acórdãos do Tribunal de Segurança Nacional, em que a matéria alcançou repercussão dentro do âmbito civil. Ao lado desses arestos não encontrei outros, recentemente. A figura criminal, entretanto, surge mais frequentemente. A respeito da caracterização do delito, cf. julgado do Tribunal de Alçada de São Paulo, RT, 257:389. (Cf. negando a existência da figura da lesão no direito brasileiro, RT, 617:52.)

16. Não se nega ser possível a ocorrência de hipótese em que se não apresentem os pressupostos do *dolo* ou da *coação* e, não obstante, seja cabível a rescisória com fundamento na existência de usura real. O que se sustenta é que o pequeno recurso à ação deferida pela Lei de Economia Popular talvez advenha do fato de que, na maioria das vezes, para que se caracterize a hipótese nela contemplada, se caracterizará, também, o *dolo* ou a *coação* do outro contratante.

Foi esta última reflexão que me levou a focalizar sucintamente o instituto da lesão, sem lhe dedicar um mais amplo desenvolvimento.

112. *Tendência atual.* Ao rever o presente capítulo, escrito no começo dos anos sessenta, ou seja, há mais de 15 anos, não vi razões para alterá-lo, pois não deparei maiores mudanças na orientação jurisprudencial.

Não se pode negar, entretanto, a inescandível tendência para admitir-se, em breve futuro, o ingresso da *lesão* na legislação brasileira. A tentativa de sua admissão, feita no Anteprojeto de Código Civil de 1941 (art. 31), foi reiterada no Anteprojeto CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA (arts. 62 a 64), no Projeto de Código de Obrigações, de 1965 (arts. 64 a 68) e finalmente o foi no Projeto de Código Civil de 1975. Como os textos projetados não diferem uns dos outros, substancialmente, transcrevo o art. 155 do último projeto.

“Art. 155. Ocorre a lesão quando uma pessoa, sob premente necessidade, ou por inexperiência, se obriga a prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta.

§ 1.º Aprecia-se a desproporção das prestações segundo os valores vigentes ao tempo em que foi celebrado o negócio jurídico.

§ 2.º Não se decretará a anulação do negócio, se for oferecido suplemento suficiente, ou se a parte favorecida concordar com a redução do proveito”.

Título V
Da coação

Capítulo XX

Conceito de coação. Sua disciplina jurídica

Sumário:

- 113. Idéia de coação e seu lugar ao lado dos outros vícios do consentimento.
- 114. A coação e seu aparecimento no direito romano.
- 115. Distinção entre coação absoluta e relativa.
- 116. A questão de nome.
- 117. Em POTHIER, fonte do Código Napoleônico, já se encontra estruturada a matéria, na forma por que a disciplinaram os Códigos modernos.
- 118. Pressupostos necessários para que a coação se caracterize.
- 119. A coação incidente.

113. *Idéia de coação e seu lugar ao lado dos outros vícios do consentimento.* Já foi dito que o *negócio jurídico* é o ato de vontade a que a lei empresta efeitos, se conforme a determinados pressupostos, tais a capacidade do agente, a liceidade do objeto e a obediência à forma legal. Verificada a presença desses requisitos, o ato gera as conseqüências *imediatas* almejadas pelas partes.

Entretanto, para que a declaração produza as conseqüências almejadas pelo agente, mister se faz, também, que a vontade geradora do negócio se externe livre e conscientemente.

Se a manifestação volitiva se inspirou em engano, espontâneo ou provocado, o negócio pode ser anulado mediante a alegação dos vícios de *erro* ou *dolo*. Pois nesta hipótese a vontade não refletiu o consciente desejo do declarante.

Se a declaração da vontade não surgiu livremente, tendo, ao contrário, sido imposta à vítima por ameaça do outro contratante ou de terceiros, permite a lei que o prejudicado promova o

desfazimento da avença, provando aquela circunstância. No caso, a anulabilidade se funda na existência de *coação*.

Assim, encontram-se disciplinados no Código Civil três defeitos do querer. Os dois primeiros — *erro* e *dolo* — prejudicando a declaração que se inspirou no engano e que, portanto, não foi *consciente*; o último — *coação* — viciando a manifestação volitiva colhida mediante ameaça e onde, por conseguinte, a vontade não se mostrou *livre*.

Num e noutro caso, o resultado é idêntico. O legislador permite que se anule o ato jurídico viciado por erro, dolo ou coação (CC, art. 147, II), isentando de conseqüências o negócio assim desfeito.

Portanto, a coação aparece como um defeito que incide sobre a vontade, mola geradora do negócio jurídico.

CAPITANT¹ define a coação como a pressão exercida sobre um indivíduo para determiná-lo a concordar com um ato. Este conceito é acolhido pela maioria dos autores, que segue a mesma trilha, ao caracterizar a coação². O consentimento não querido se externa mediante pressão vinda do outro contratante ou de terceiro. Como o ato jurídico não é desejado pela vítima, a lei permite seu desfazimento, transportadas as partes ao estado em que antes se encontravam (CC, art. 158).

Quando a ameaça emana do outro contratante, a solução que emerge da lei é inegavelmente justa e não se vêem quaisquer interesses legítimos prejudicados. O negócio se anulará, se assim o quiser a vítima da violência, possivelmente com prejuízo do outro contratante, que decerto preferiria vê-lo subsistir. Mas, como este último foi autor da ameaça, a iliceidade de seu comportamento fá-lo merecedor do prejuízo sofrido, que ele próprio,

1. CAPITANT, *Introduction a l'étude du droit civil*, 2. ed., Paris, 1911, p. 270: "La violence est une contrainte exercée sur un individu pour le déterminer à passer un acte".

2. Cf. DEMOGUE (fundado em Beudant), *Obligations*, Paris, 1923, v. 1, n. 305: "... toute pression anormale et injuste qui s'exerce sur la volonté d'autrui pour l'amener à passer un acte".

Cf., ainda, OROZIMBO NONATO, *Da coação como efeito do ato jurídico*, Rio de Janeiro, 1957, p. 106.

através do seu procedimento censurável, assumiu o risco de enfrentar.

Aqui a solução é paralela à do ato viciado por dolo vindo do outro contratante, e se afasta da ocorrente na hipótese do ato viciado por erro.

No *dolo*, o engano em que incide a vítima é provocado pela outra parte. De maneira que, se a anulação do negócio a prejudica, tal conseqüência decorre de seu próprio comportamento. Assim a ninguém surpreende vê-la sofrer um dano já anteriormente vislumbrado, cujo risco conscientemente assumiu.

No caso do erro, como já foi apontado, o problema se põe em termos diversos. Se quem contratou com a vítima do erro ignorava o defeito e também não contava com elementos adequados para lhe descobrir a existência, o negócio, a meu ver, deve subsistir, porque não há motivos para proteger a vítima do erro em detrimento da pessoa que com ela negociou. Assim, já acima sustentei que a melhor solução para o problema era a do Código italiano de 1942, que só permite a anulação do negócio inquinado de erro, se for ele conhecido ou reconhecível pelo outro contratante. Esta, porém, não é a solução da lei brasileira (*v., supra*, ns. 47 a 50).

Se na coação vinda do outro contratante esse problema, como já foi mostrado, não se propõe, ele surge clamoroso quando a ameaça promana de terceiro, sem ciência da pessoa que contratou com a vítima da violência. Já vimos, e voltarei a essa matéria, que a lei permite se anule o ato viciado ainda que a coação parta de terceiro (CC, art. 101), mesmo que o outro contratante a tenha ignorado. Ora, tal solução é *injusta e perigosa*.

Injusta, porque vai prejudicar a outra parte, que não praticou ato ilícito e que, portanto, contava com todos os elementos para acreditar na eficácia do ato jurídico de que participou. *Perigosa*, porque a ameaça de anulação do negócio jurídico pode semear uma sensação de insegurança no meio dos negócios, nefasta à vida comercial. Sustentarei, no momento oportuno, a tese contrária, segundo a qual, havendo coação vinda de terceiros, o negócio jurídico deve permanecer inatacável, dando-se à vítima da violência apenas ação regressiva contra o coator. Tra-

ta-se de hipótese que deve operar da mesma maneira que a força maior, isto é, os riscos pela sua ocorrência serão sofridos pela vítima direta do infortúnio.

114. *A coação e seu aparecimento no direito romano.* A idéia de repúdio à violência tem que ser, necessariamente, contemporânea da idéia de direito, como princípio fundamental da ordem jurídica.

No direito romano o *metus*, como vício do consentimento, surge pela mão do pretor, inspirado na noção de delito. Conta GIRARD³ que, nos tempos mais antigos, a ameaça para extorquir a anuência de um contratante não era punida, sendo raro, entretanto, o aparecimento da coação em numerosos negócios, dada a complexa solenidade exigida para seu aperfeiçoamento (*mancipatio, in jure cessio* etc.). Mais tarde mudaram-se as idéias e o fato de se impor a alguém um ato material ou jurídico não querido, mediante ameaça de morte, de dor corporal ou de privação da liberdade, passou a ser considerado delito. Com efeito, nos fins do século VII, o pretor Octávio, criando o delito de *metus*, estabeleceu a ação *quod metus causa*. A seu lado, como instrumento de defesa capaz de ilidir a execução dos contratos extorquidos, encontra-se a *exceptio metus*. Finalmente, para tornar inoperantes tais negócios, confere o pretor à vítima da violência uma *restitutio in integrum* (ob. cit., p. 414).

A ação *quod metus causa* é, no dizer de MAYNZ, de caráter penal, no sentido de que a condenação deve impor, ao agente da coação, o pagamento do quádruplo do valor do prejuízo causado à vítima da ameaça⁴. Essa penalidade, entretanto, só é imposta quando o réu não fizer, voluntariamente, a devolução do que recebeu injustamente, pois tal reparação constitui o fim verdadeiro da demanda⁵.

Observa, ainda, GIRARD que a fisionomia delitual da ação contra o *metus* se apagou ante os efeitos civis por ela produzidos.

3. P. F. GIRARD, *Traité élémentaire de droit romain*, 3. ed., Paris, 1901, p. 413.

4. MAYNZ, *Cours de droit romain*, 4. ed., Bruxelas, 1877, v. 2, p. 171, § 203; GIRARD, ob. cit., p. 415.

5. Cf. textos de MAYNZ, p. 171; GIRARD, p. 415.

De fato, através da *actio quod metus causa*, desfazia-se a avença não querida; por meio da *exceptio metus* ilidia-se a execução do ato extorquido coativamente; recorrendo-se à *restitutio in integrum* podia-se resolver o negócio, tirando-lhe qualquer efeito. Assim, em matéria de ato jurídico, a feição delitual que revestia a ação contra a violência se foi obscurecendo, para tomar o aspecto de um instrumento processual, destinado a obter a resilição de um ato jurídico viciado (ob. cit., p. 416).

115. *Distinção entre coação absoluta e relativa.* Já no direito romano se estabelecia a diferença entre a violência absoluta — *vis absoluta* — e a relativa. Aquela representa a violência física, esta a moral. Naquela não há consentimento, de sorte que, em rigor, não surge o ato jurídico⁶. Quando a violência é moral, existe a anuência, “entretanto, como a equidade não permite que alguém tire proveito de um ato ilícito, o pretor procura proteger a vítima da violência contra as conseqüências prejudiciais do ato que lhe foi extorquido (MAYNZ, ob. e loc. cit. Tradução livre do autor).

Violência absoluta ocorre se a força é física, como, por exemplo, quando se obriga a vítima a assinar um documento. Nesta hipótese não há manifestação volitiva. Provada a ocorrência, o juiz deve proclamar a nulidade absoluta do ato, por falta de um elemento substancial, isto é, o consentimento do interessado.

Na *vis compulsiva*, ao contrário, configura-se o vício da vontade. Seu mecanismo envolve uma escolha, a ser feita pela vítima, entre concordar com o ato exigido ou sofrer as conseqüências do ato ameaçado. O assaltante que, sacando de sua arma, lança à vítima o brado de “*a bolsa ou a vida*”, propõe ao assustado passante uma alternativa bastante clara: ou ele entrega a bolsa — ato exigido — ou sofre as decorrências da ameaça — perda da vida⁷.

6. MAINZ, ob. cit., p. 168: “La violence peut être physique ou morale. Quand elle est physique, il n’y a pas de consentement et pourtant pas de convention”.

7. DEMOLOMBE (*Cours de Code de Napoléon*, v. 24; *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, Paris, s.d., t. 1, n. 132) distingue a violência material da moral: aquela, consistindo em uma ação de força e produ-

De sorte que a coação atua sobre a vontade, impedindo que ela se revele livremente. Existe manifestação volitiva, por parte do contratante prejudicado; mas a declaração, que dele emana, se externa provocada pelo medo, visto que seu fim é fugir aos efeitos danosos que resultariam da concretização da ameaça. Há uma escolha a ser efetuada pela vítima. Esta, com efeito, defronta uma encruzilhada: ou aceita o negócio proposto, ou sofre as conseqüências do ato ameaçado. Naturalmente, prefere a primeira alternativa. Mas, como sua preferência advém de pressão grave e injusta, o ato jurídico apresenta um vício e, por esse motivo, a lei permite seu desfazimento, através de ação anulatória deferida ao prejudicado.

Raros são os casos de *vis absoluta*⁸, pois eles só se caracterizam quando não se apresenta, no espírito da vítima, o processo psicológico de escolha, acima apontado. Com efeito, este parece constituir o elemento capaz de separar uma espécie de violência da outra. Alguns escritores, por vezes impressionados com a veemência da ameaça, enfileiram, entre casos de *vis absoluta*, hipóteses que melhor se enquadrariam entre os vícios da vontade. Assim o caso figurado, do assaltante que, sob ameaça de um revólver, força a vítima a entregar-lhe a bolsa; ou o do barbeiro que obtém anuência de seu cliente, encostando-lhe a navalha ao pescoço. Em tais casos, existe um processo psicológico representado por uma escolha e, a despeito da intensidade da ameaça, a vítima pondera sobre as duas soluções ofertadas, para proceder à seleção da alternativa menos funesta. Seu consentimento é viciado, mas há consentimento.

Por outro lado, não me parece que haja coação quando o ato é obtido mediante hipnotismo. Aqui a vítima não manifesta

zindo a dor física; esta, agindo através de ameaça, que produz a intimidação. Quando a violência é moral há sempre um consentimento, embora viciado. Quando ela é material pode inexistir qualquer manifestação de vontade, como ocorre, por exemplo, se um braço mais forte conduz a mão de quem assina. Aí não há consentimento. Portanto não há ato jurídico. Mas, é possível que a pressão material provoque apenas uma dor viva, capaz de conduzir o paciente a externar sua vontade. Aqui houve consentimento, embora viciado.

8. PLANIOL, RIPERT e ESMEIN, *Traité pratique de droit civil français*, Paris, 1930, t. 6, n. 191: "Ce n'est guère qu'à titre d'hypothèse théorique qu'on peut imaginer un consentement verbal ou une signature donnés par voies de contrainte sans intervention de la volonté de la personne contrainte".

conscientemente sua vontade, nem se propõe o problema da escolha. Quem anui debaixo de hipnotismo não escolhe entre um ato exigido e as conseqüências de um ato ameaçado. O processo hipnótico suspende o exercício da vontade e, dessa forma, a declaração não reflete manifestação do querer. A vítima não passa de um instrumento nas mãos do hipnotizador e a posição que desfruta é igual à da pessoa cuja mão foi dirigida na assinatura de um instrumento. Trata-se, assim, de um caso de violência absoluta pois, repito, não se operou o processo psicológico de escolha, acima aludido.

A distinção é relevante porque, se houver violência absoluta, o ato jurídico é nulo, visto faltar-lhe um elemento essencial: o *consentimento*⁹, enquanto que, se ocorrer violência relativa, o negócio existe, sendo somente anulável, por iniciativa do prejudicado. No primeiro caso, a ação declaratória de ineficácia é imprescritível; no segundo, escasso é o prazo de prescrição. Num caso, o ato é irratificável, o que não ocorre no outro. Naquele, efeitos não são gerados pelo contrato, enquanto, neste, a nulidade não se opera antes de julgada por sentença (CC, art. 152).

116. *A questão de nome.* O legislador brasileiro deu o nome de *coação* a esse vício da vontade. Abandonou, nesse particular, a fonte francesa, em que se inspirou, a qual utiliza o vocábulo *violência*. Abandonou, outrossim, a expressão romana *metus*, sob a qual os juristas romanos trataram da matéria.

Esses dois sistemas encaram o mesmo fenômeno sob ângulos diversos. *Violência* reflete o comportamento ativo do agente, procurando extorquir o consentimento da vítima; *medo* o efeito psicológico provocado no espírito do paciente e donde resulta sua anuência. A violência provoca o temor que configura o vício do querer; ou, aproveitando a lição de DEMOLOMBE:

"A violência é a causa e o temor o efeito; ou melhor, um é o meio, o outro o fim" (DEMOLOMBE, *Traité de contrats*, n. 133).

9. A maioria dos escritores consultados entende que, no caso de *vis absoluta*, o ato é inexistente. Não me entusiasma a idéia de inexistência, dentro da teoria das nulidades. Daí minha tentativa de sustentar que tais atos são nulos por lhes faltar elemento essencial, indispensável para sua validade.

Os juristas romanos, encarando o aspecto passivo da relação, ou seja, a posição da vítima, terminaram por empregar apenas a expressão *metus*, enquanto o Código Napoleônico só se valeu da palavra *violência*. Mas, embora as expressões se dissemelhem, a questão é a mesma e as soluções paralelas¹⁰.

O Código Civil brasileiro empregou o vocábulo *coação*, que mais se aproxima da posição francesa. De fato, quem fala em coação encara o comportamento do agente, ou seja, o ato deliberado de alguém, querendo atuar sobre a vontade de outrem. Mas a nossa lei tem sempre em vista a repercussão do ato no espírito da vítima, pois só permite a anulação do negócio jurídico, quando a ameaça for suscetível de aí incutir fundado temor de dano. Portanto, considera a reação psicológica da vítima, que age compelida pelo medo.

A idéia de *coação* ou de *violência* suscita a de ato ilícito que, como vimos, se encontra nas origens romanas do instituto. E a justificativa de sua repulsa decorre da hostilidade da lei ao emprego da força. De fato, como ensinam PLANIOL, RIPERT e ESMEIN, não é apenas por viciar o consentimento que o *dolo* e a *violência* são repelidos, mas também por representarem um ato ilícito, contra o qual a ordem jurídica se volta¹¹. Aliás, a idéia de iliceidade parece relevante para justificar a solução da lei, ou seja, a possibilidade de se desfazer o negócio jurídico.

10. DEMOLOMBE, ob. e loc. cit. As *Novelles belgas, Droit civil*, Bruxelas, 1958, t. 4, v. 1, n. 801, cuidam da questão da seguinte maneira:

"M. JEAN BOULANGER — Dalloz, *Répertoire de droit civil*, t. 5, v. Violence, ns. 2 a 4 — souligne que par un assez curieux paradoxe, les juristes romains ont, malgré leur système formaliste, porté leur attention sur la crainte et non pas sur la violence elle-même. Ils ont relevé comme un délit civil le fait d'inspirer à une personne un sentiment de crainte dans la conclusion d'un contrat, et c'est autour de cette conception delictuelle de la violence que se sont peu à peu groupées les solutions qui ont été accueillies par le Code Civil".

11. PLANIOL, RIPERT e ESMEIN, *Traité pratique*, v. cit., n. 196:

"Mais dans la violence, comme dans le dol, la nullité n'est pas fondée sur la seule altération du consentement. Elle est en même temps la sanction d'un acte illicite, dont elle suppose l'existence".

Cf. também RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, 3. ed., Paris, 1936, n. 45.

Todavia, num sistema como o nosso, onde se admite anulação do negócio jurídico quando a coação vem de terceiros, ainda que inciente o outro contratante, a expressão *metus*, para caracterizar o defeito em exame, talvez surja mais adequada do que qualquer outra. Porque referida regra (CC, art. 101) revela ser a posição psicológica do paciente, sua concordância provocada pela intimidação, o elemento fundamental a permitir a anulação da avença, independente de qualquer atitude ilícita do outro contratante que pode, até mesmo, ignorar a existência da ameaça.

Em todo o caso, definida a *coação* como o vício da vontade, no qual a vítima é compelida à prática de um ato não desejado, por medo de ameaça injusta e grave contra ela dirigida, fica superada a questão de nomenclatura, cuja rápida análise, entretanto, pareceu útil realizar.

117. Em POTHIER, fonte do Código Napoleônico, já se encontra estruturada a matéria, na forma por que a disciplinaram os Códigos modernos. Segundo DEMOGUE, o Código francês, que se inspirou diretamente em POTHIER, teria sido a fonte de quase todas as demais legislações, no que se refere a esta matéria. No seu entender, apenas o Código suíço e o direito inglês oferecem soluções originais e diferentes da legislação napoleônica¹².

O exame da obra de POTHIER e de alguns códigos atualmente vigentes, entre os quais o francês e o nosso, confirma a assertiva de DEMOGUE, de que já em POTHIER se encontra sistematizada a teoria da violência, na forma oferecida por várias legislações atuais.

De fato POTHIER¹³, no art. III da Parte Primeira de seu *Tratado das obrigações*, que cuida dos diferentes vícios que se podem encontrar nos contratos, dedica o parágrafo II ao "defeito de liberdade", ensinando, aí, ser viciada a convenção se o consentimento de um dos contratantes foi extorquido por vio-

12. DEMOGUE, *Obligations*, v. cit., n. 332. A originalidade destas duas legislações consistiria, no Código suíço, em a admissão do dever de indenizar por parte daquele que invoca a nulidade, na hipótese de violência emanada de terceiros; e no direito inglês, em se prolongar a teoria da violência pela da *indue influence*.

13. POTHIER, *Obligations*, ns. 21 e s.

lência. Tal defeito, purgável pela ratificação expressa ou tácita, só se caracteriza, entretanto, se a ameaça for injusta, isto é, *adversus bonus mores*; e também se ela for grave.

Diz não ser injusta a ameaça do exercício normal de um direito, nem o temor reverencial. Entende, por igual, que a pressão, para viciar a vontade, deve ser de um mal iminente¹⁴ e atual. Deve, também, provocar temor de grave conseqüência, a ser avaliado tendo em vista a condição, o sexo e a idade do paciente.

Pothier filia seu pensamento ao direito romano. Mas, embora endossando as soluções justinianéias, censura, contudo, o critério abstrato para aferir a gravidade da ameaça, adotado no Digesto. Ensina, neste sentido, que a violência, no sistema latino, só viciava o contrato se fosse capaz de causar impressão em pessoa destemida (*qui in hominem constantissimum cadat*); todavia, tal critério lhe parece demasiado rígido e não deve, por conseguinte, ser seguido literalmente. A seu ver, nessa matéria, impõe-se considerar a idade, o sexo e a condição das pessoas.

Distingue ele, ainda, a violência emanada do outro contratante da que provém de terceiros, notando, contudo, serem ambas capazes de viciar o contrato. Propõem, finalmente, o problema do negócio realizado em estado de necessidade.

De igual maneira o assunto se apresenta em nossos dias. Os temas e a maioria das soluções são as mesmas já ali propostas e decididas. Ao examinar nossa lei, esses pontos serão abordados, constituindo, mesmo, a base do roteiro escolhido para a presente exposição.

O Código Civil brasileiro disciplina a coação na seção terceira do capítulo referente aos defeitos dos atos jurídicos, o qual, por sua vez, se situa no Livro III, Dos fatos jurídicos, de sua Parte Geral.

Caracterizado o vício, o negócio pode ser desfeito por provocação do prejudicado, nos termos dos arts. 147, II, e 152, al. 3.^a, do Código Civil.

14. POTHIER, ob. cit., n. 25:

"Il faut que ce soit un mal qu'elle ait été menacée endurer sur-le-champ, si elle ne faisait ce qu'on lui proposait: *metum praesentem, non suspicionem inferendi ejus* (1.9. *metus causa*).

118. *Pressupostos necessários para que a coação se caracterize.* Do exame do art. 98 do Código Civil e do confronto das opiniões dos escritores, verifica-se que o vício da coação se caracteriza, possibilitando a anulação do negócio jurídico, se concorrerem os seguintes pressupostos: a) a ameaça deve ser *causa* da anuência; b) a ameaça deve ser *grave*; c) a ameaça deve ser *injusta*; d) a ameaça deve ser *atual* ou *iminente*; e) a ameaça deve trazer *justo receio* de um prejuízo igual, pelo menos, ao decorrente do dano extorquido; f) tal prejuízo deve *recair sobre a pessoa ou os bens do paciente, ou de pessoas de sua família*.

Faltando um desses pressupostos, não se caracteriza o defeito.

Assim, é possível que haja ameaça, sem que ela se mostre causadora da anuência; ou não pareça grave, ou não se configure iminente; ou seja justificável. É provável que, numa dessas hipóteses, o paciente seja levado a contratar de maneira diferente da que faria, sem o elemento compulsivo em questão. Neste caso, o vício da vontade não ganha forma e o negócio jurídico não se infirma. Mas houve ato ilícito por parte do outro contratante, que, por isso, deverá reparar as perdas e os danos sofridos pela vítima, se esta lograr prová-los. Em tais circunstâncias, diz-se ter havido *coação incidente*.

119. *A coação incidente.* Aqui surge, em matéria de coação, fenômeno paralelo ao do dolo incidente, debatido quando aquele vício foi analisado (v., *supra*, n. 78). Com efeito, se o dolo é principal, o negócio é anulável (CC, art. 92); se incidente, o contratante que dele lançou mão apenas se sujeita ao ressarcimento das perdas e danos (CC, art. 93), sem que se desfaça a convenção.

O mesmo ocorre em matéria de coação. Se a ameaça se revestiu de todos os característicos acima apontados, o negócio é anulável por vício da vontade. Se, entretanto, um desses pressupostos falta, o vício não se define, mas o ato ilícito do agente, representado pela ameaça injusta, gera, não obstante, conseqüências. Com efeito, provada sua ocorrência, o outro contratante deverá reparar o prejuízo eventualmente sofrido pela víti-

ma, com fundamento no art. 159 do Código Civil (cf. DEMOGUE, *Obligations*, n. 321, p. 518) ¹⁵.

Portanto, para que se configure o vício da violência e para que ele gere seu principal efeito, isto é, o de deferir a ação anulatória do negócio, necessário se faz a ocorrência de todos aqueles pressupostos acima aludidos.

O exame, em separado, de cada um deles, será feito em capítulos autônomos deste livro.

15. É o seguinte o texto de DEMOGUE:

"On peut dire aussi que la violence a déterminé, non pas à contracter, mais à contracter de façon désavantageuse. Il a une sorte de violence incidente, comme il y a un dol incident et elle a simplement pour effet de modifier le contrat".

Cf. ainda DEMOLOMBE, *Traité des contrats*, n. 145; GIORGI, *Teoria delle obbligazioni*, 2. ed., Florença, 1886, n. 79; G. STOLFI, *Teoria del negozio giuridico*, Pádua, 1947, p. 152, § 48, nota 1; ESPÍNOLA, *Manual Lacerda*, Rio de Janeiro, 1923, v. 3, n. 93.

Em contrário: PACIFICI-MAZZONI, *Istituzioni di diritto civile italiano*, 5. ed., Turim, 1928, v. 2, p. 393, nota 2. Observa ele que:

"Quanto poi alla opinione che possa darsi una violenza incidentale, que non annullerebbe il contratto, ma produrrebbe un'azione di danni, essa ha ancor meno seguaci".

Capítulo XXI

A coação deve ser causa da anuência

Sumário:

120. A relação de causalidade entre a ameaça e a declaração.
121. O problema da prova. Posições antagônicas, tendo em vista o rigor.
122. Julgados em um e em outro sentido.
123. Conclusão.

120. *A relação de causalidade entre a ameaça e a declaração.* Para possibilitar a anulabilidade do negócio jurídico, a coação deve ser causa da anuência.

Com efeito. Se alguém foi vítima de ameaça, mas deu seu assentimento independente dela, não se configura a coação. É possível que sua concordância tenha coincidido com a violência, sem que esta gerasse aquela. Em tal hipótese, o ato sobrevive imaculado, dada a espontaneidade do querer.

Assim, já se julgou, em aresto do Tribunal de São Paulo. A Corte, examinando a hipótese, admitiu a existência de ameaças contemporâneas ao contrato, mas decidiu pela improcedência da ação anulatória, por não ver relação de causalidade entre a alegada coação e o consentimento. De fato, embora admitindo haver o réu usado de "*linguagem excessiva, ameaçadora, no auge da indignação*", reconheceu, contudo, que tais ameaças não constituíam elemento ponderável, capaz de suprir o discernimento e a liberdade de ação do paciente, *homem robusto e forte*. Entendeu, portanto, faltar relação de causalidade entre ameaça e consentimento, razão por que desacolheu a demanda (RT, 106:509).

PLANIOL, RIPERT e ESMEIN, além de insistirem na necessidade da existência de um liame de causalidade entre a ameaça e a

declaração de vontade, sustentam que o ato só estará viciado se o temor não tiver desaparecido ao tempo do negócio, nem se atenuado sensivelmente. E citam jurisprudência nesse sentido¹.

121. *O problema da prova. Posições antagônicas, tendo em vista o rigor.* Aqui surge relevante o problema da prova. Ele não se circunscreve, apenas, à demonstração da existência da ameaça; cumpre ao prejudicado, igualmente, evidenciar que a declaração malsinada resultou de injusta pressão.

Das numerosas decisões que examinei não ressaltou um critério uniforme, pois, enquanto alguns julgados exigem prova minuciosa da coação, sem permitir qualquer presunção a respeito, outros admitem que uma presunção de violência possa resultar de *indícios*, não reclamando, por conseguinte, maior minúcia em sua evidência.

Isso se deve a que nessa matéria — como também já foi observado em relação ao *erro* e ao *dolo* — considerável é o arbítrio do juiz ao examinar cada hipótese². O julgador não está adstrito a uma regra rígida e decidirá de acordo com o seu íntimo convencimento. Daí encontra-se, não raro, o juiz muito exigente em matéria de prova, o que o leva a indeferir a ação anulatória, por se não haver persuadido da existência do vício aduzido; doutras vezes, porém, mostra-se mais tolerante, admitindo como provada a violência ante o mero exame de indícios, por se haver convencido de ser defeituoso o consentimento.

Dentro da primeira orientação, enfileiram-se muitos acórdãos.

1. PLANIOL, RIPERT e ESMEDIN, *Traité pratique*, v. 6, n. 151:

“Un lien de causalité doit exister entre la crainte et l'engagement. Il faut que le contrat aie été consenti sous l'empire de la crainte et avant que celle-ci fût disparue ou au moins sensiblement atténué (Cf. DÍJON, 24-5-1865, SIREY, 66, 2,64)”.

2. São numerosos os escritores que apontam o fenômeno. Entre outros, cf. DURANTON, *Cours du droit français, suivant le Code Civil*, 4. ed., Bruxelas, 1841, v. 6, n. 151; DEMOCUE, *Obligations*, n. 310. Cf. ainda o julgado do Tribunal do Rio de Janeiro, *RF*, 91:193, cuja ementa dispõe:

“Na apreciação da coação a doutrina confere ao julgador a maior liberdade”.

122. *Julgados em um e em outro sentido.* O Tribunal de São Paulo decidiu ser necessário prova rigorosa de coação, quando se tratar de contrato realizado entre uma pessoa jurídica e um banco, cumprindo, em regra geral, presumir-se sempre a existência de uma vontade livre. A circunstância de se não tratar de pessoa física é enfaticamente ressaltada pelo acórdão, insistente em que:

“Maior deve ser o rigor em se tratando de pessoa jurídica, cujo órgão diretor deve ser pessoa capaz de resistir à ameaça” (*RT*, 122:525).

Noutro aresto (*RF*, 144:513) proclama a turma julgadora, igualmente, que a coação não se presume, exigindo-se prova convincente de sua existência. Num terceiro, também, a questão probatória se propõe veemente e o tribunal repele a ação de anulabilidade, por reconhecer que o autor, que devia promover a prova da coação, remanesceu inerte (*RT*, 210:232).

Verdade que na maioria dos julgados onde se desprezam indícios, para se exigir prova plena da violência, outros indícios, porventura contrários, aparecem, a infirmar a tese do paciente. Entre estes indícios contrários, um elemento que em geral se destaca é o fato da vítima permitir o transcurso de largo lapso de tempo, antes de reclamar contra a coação. Tal circunstância como que desmente a existência de uma pressão injusta.

Um exemplo se encontra no aresto da 6.^a Câmara Cível do Tribunal de São Paulo, já anteriormente citado (*RT*, 210:233). Aí o julgador estranha que “... a vítima da coação deixasse passar tanto tempo para denunciá-la”.

Tal consideração reponta em outros julgados, como na decisão do Tribunal Regional do Trabalho da Primeira Região (*RF*, 144:513), onde se afirma:

“... a circunstância do coagido não a argüir prontamente, mas apenas meses depois, fundamenta a presunção de que não houve coação”.

A tese vem igualmente proclamada, de maneira incisiva, em acórdão do Tribunal de São Paulo (*RT*, 90:292), onde se diz:

“Não se compreende que os coatos deixem que os anos se escoem, sem qualquer protesto ou invocação das autoridades públicas, achando-se, como se acham, em Estado policiado”. (Cf., em sentido semelhante, mesma revista, 106:590).

Em número considerável de decisões, entretanto, sustenta-se a tese de que meros indícios bastam para a prova da coação. Essa idéia, expressa no Código de Processo Civil de 1939 (art. 252), coincide com a velha lição dos praxistas, segundo a qual, como os atos fraudulentos são sempre efetuados às escondidas, seria impossível evidenciá-los, e assim, se for o juiz excessivamente rigoroso em matéria de prova, jamais serão admitidos.

Hipótese peculiar é a versada em julgado do Tribunal de São Paulo (RF, 92:123). Os autores de uma ação de repetição do indébito alegavam ter pago, em virtude de coação do credor hipotecário, um excesso sobre o débito. A coação ter-se-ia caracterizado da seguinte maneira: o credor, ciente de que os devedores haviam recebido arras ao prometer a venda do imóvel hipotecado, recusara-se a fornecer quitação da dívida, a menos que recebesse um excesso sobre o montante do crédito. Os devedores, frente à ameaça, temerosos de serem obrigados a devolver em dobro as arras recebidas, submeteram-se à descabida exigência. A causa da anuência teria sido a ameaça do credor, a qual incutira nos devedores o receio de um prejuízo maior, representado pela perspectiva de terem de devolver o dobro do sinal. Na demanda, o réu negou a existência de qualquer coação que, segundo suas palavras, não poderia ocorrer na presença de oficial público, em importante tabelionato de uma capital; mas os indícios reveladores de sua ocorrência conduziram a Corte a julgar procedente a ação, sem exigir maiores evidências.

Outra decisão, também do Tribunal paulista, acolheu como provada a coação, causa do consentimento, com fundamento em indícios e circunstâncias que rodearam o negócio. Tratava-se de jovem professora que, logo após a morte do pai, aceitou cambial em benefício do patrão do falecido. Pretendendo tornar sem efeito o título de crédito, alegou que o aceite fora obtido através de ameaças, em lugar ermo, de modo a impossibilitar

sua resistência. Nos autos não apareceu qualquer prova positiva da violência, pois apenas a madrasta da vítima e os capangas do criminoso haviam presenciado a cena. Mas, as circunstâncias eram tão gritantes que a Corte acolheu o pedido. Diz a ementa do acórdão:

“Anula-se aceite de letra de câmbio que, sobre representar obrigação sem causa, é fruto de coação exercida por homem contra pessoa de outro sexo, que se achava em condição de isolamento, à noite, e quase só, em lugarejo” (RT, 128:543).

Hipótese semelhante é a do julgado da 4.^a Câmara do mesmo Tribunal. Tratava-se, igualmente, de letra de câmbio aceita sob coação (RT, 107:513). O ato de aceitação ocorreu numa capoeira, “local impróprio para isso e não razoavelmente explicado pelo exequente para servir de ponto de encontro dos interessados”; e mais: logo a seguir, o paciente deu queixa à autoridade policial. Estas circunstâncias, efetivamente provadas, conduziram a Corte a reconhecer a relação de causalidade entre a violência e a aceitação da cambial malfadada, e a anular, por vício de coação, o título de crédito (cf., ainda, RT, 428:175).

Finalmente, um derradeiro exemplo, bem característico. A 3.^a Câmara do Tribunal de São Paulo confirmou sentença de primeira instância em que, fundado em indícios e circunstâncias, o magistrado proclamou a existência de coação e anulou instrumento de reconhecimento de dívida, bem como cheque de vulgosa quantia, que teriam sido extorquidos da vítima. Examinando a prova circunstancial, o julgado afirma:

“... a certeza jurídica não se confunde com a certeza metafísica, matemática, mas se firma quando a induz um elevado grau de probabilidade” (RT, 297:282).

123. *Conclusão.* Em suma, para que a coação vicie o negócio jurídico, mister se faz o estabelecimento de uma relação de causalidade entre a ameaça e a anuência. Reconhecida essa relação de causalidade, pode o paciente alcançar a declaração de ineficácia do ato, através de ação anulatória.

A prova de coação nem sempre é fácil, pois quem recorre à violência toma, em geral, precauções para não ser surpreendido. Por isso a lei dispõe que os atos de má fé poderão ser provados por indícios e circunstâncias (CPC, art. 252). Nesse sentido, encontram-se numerosos julgados, alguns dos quais foram examinados³.

Verdade, entretanto, que decisões em contrário também abundam. Mas elas não infirmam a regra e decorrem do fato de ser ampla a liberdade do juiz no considerar o caso concreto. O julgador certamente não se satisfará com indícios, quando estes não forem bastante veementes para convencê-lo.

Capítulo XXII

A. gravidade da coação

Sumário:

- 124. Critérios diversos para medir a gravidade da ameaça.
- 125. Critério abstrato do direito romano. O art. 1.112 do Código Civil francês.
- 126. O art. 1.112 do Código Civil italiano de 1865 e a interpretação de Giorgi.
- 127. O Código de 1942 e a opinião de alguns escritores que o comentaram.
- 128. A lei brasileira.
- 129. O dano ameaçado há de ser iminente.
- 130. Temor reverencial. Conceito.
- 131. Temor reverencial. Ampliação da idéia romana nos Códigos e na doutrina posterior.
- 132. Temor reverencial. Simples e qualificado.

124. *Critérios diversos para medir a gravidade da ameaça.* Para que a coação vicie a vontade, deve ser grave.

Vimos que esse vício do querer só se caracteriza através de um processo psicológico de escolha. A vítima, ante a violência que procede do outro contratante ou de terceiro, deve escolher entre consentir no ato extorquido, ou sofrer as conseqüências do ato ameaçado. Ocorrerá coação, se a ameaça provocar em sua mente o aparecimento de um temor capaz de vergar-lhe a vontade¹.

1. EMILIO BETTI, *Teoría general del negocio jurídico*, trad. esp. de A. Martin Perez, Madri, s.d., p. 342:

“Ciertamente, la violencia influye sobre el proceso volitivo con la amenaza de un mal e, infundiendo temor, hace surgir un motivo que no debería operar. Ella sitúa a la voluntad ante una *alternativa*; la coloca en la necesidad de escoger entre la conclusión del negocio y el riesgo de sufrir el mal amenazado. Produciéndose en tal situación psicológica, la realización del negocio representa, por consiguiente, el resultado de un *juicio de conveniencia*, por el cual la víctima de la violencia estima preferible someterse a aquélla como un mal menor, con tal de evitar el mal amenazado, considerado por él como de mayor importancia”.

3. A referência do texto é ao Código de Processo Civil de 1939, pois o Código de 1973 não repetiu regra idêntica. Todavia, o princípio, a meu ver, continua vigente, como orientação doutrinária, e deve inspirar o juiz.

Ora, para que tal processo psicológico se desencadeie é mister que a causa geradora, isto é, a ameaça, se revista de gravidade suficiente para o provocar. Uma criança que promete agredir um adulto, se este não lhe entregar importância em dinheiro, sem dúvida o ameaça; apenas, tal ameaça não constitui coação, por carecer de gravidade. De fato, no espírito da vítima não se apresenta a opção entre o mal extorquido e o ameaçado, pois este último parecerá irrelevante.

Assim, a coação, para se configurar, depende da gravidade da ameaça. É um dos seus requisitos elementares.

Duas posições são possíveis para se medir a gravidade da violência. Uma, de caráter objetivo, menos individualista e, por conseguinte, mais abstrata; outra, de caráter subjetivo, mais individualista² e, por conseguinte, mais concreta.

No primeiro caso, *de adoção do critério abstrato*, afigura-se a imagem de um homem médio e normal, a fim de examinar se a ameaça seria suficiente para assustá-lo; se positiva a resposta, houve vício da vontade; caso contrário, não.

Na segunda hipótese, *de acolhimento do critério concreto*, em vez de verificar se o ato malsinado era, em tese, capaz de viciar a anuência de um homem normal, examina-se a vítima da ameaça, tendo em vista seu sexo, sua educação, seu temperamento porventura assustadiço, para apurar se a violência contra ela perpetrada foi ou não suficiente para dobrar seu querer, induzindo-a a consentir, embora sem desejar³.

2. Disse que o critério concreto é mais individualista, porque empresta maior importância ao interesse pessoal do contratante. Com efeito, partindo do pressuposto de que o ato jurídico é ato de vontade, tal critério permite que se promova a anulação do negócio jurídico, cada vez que a vontade surgir transfigurada por um elemento externo, que a prive de sua espontaneidade.

O problema já foi focalizado em matéria de erro. Mostrou-se que, partindo do mesmo ponto de vista, se deveria, em rigor e logicamente, permitir a anulação do negócio sempre que o consentimento se inspirasse no engano. Essa posição, entretanto, mereceu censura, por se apresentar excessivamente individualista. Pelo contrário, a tese sustentada foi a de só se admitir a alegação eficaz do erro quando este, além de substancial e escusável, fosse também conhecido ou possível de ser reconhecido pelo outro contratante.

Na violência, o problema se apresenta diverso, pois o outro contratante, quando autor da ameaça, não ignora o vício.

3. JOSSERAND (*Les mobiles des actes juridiques en droit privé*, Paris, 1928, n. 76) acentua que esta posição tem por escopo proteger os mais fracos e, aqui, o legislador erige a fraqueza em direito.

Na primeira hipótese, portanto, a violência é examinada *in abstracto*; na segunda, tendo em vista o caso concreto. Qual o critério preferível? Qual o adotado pela nossa lei?

125. *Critério abstrato do direito romano.* O art. 1.112 do Código Civil francês. O direito romano adotou o critério abstrato, entendendo ocorrer vício do *metus*, quando a violência fosse capaz de atemorizar homem diligente e bem governado. A regra se encontra no Digesto (Liv. IV, Tit. 2, frag. 6), onde o texto de GAIO ensina que só vicia o consentimento, permitindo a restituição integral, o temor capaz de impressionar um homem valoroso:

“... *metus autem non vani hominis, sed qui in merito et in hominem constantissimu cadat, ad hoc Edictum pertineret dicemus*”.

A idéia foi transplantada para a primeira parte do art. 1.112 do Código Civil francês. Aliás, esse artigo traz em si uma contradição, pelo menos aparente. Ela resulta do fato de adotar, de um lado, o critério abstrato, entendendo só haver violência quando for de molde a impressionar um homem razoável, de outro lado, o critério concreto, ao determinar, em sua segunda alínea, que, nessa matéria, ter-se-á em vista a idade, o sexo, e a condição do paciente. Diz o dispositivo em questão:

“Art. 1.112. Há violência quando ela for de molde a impressionar uma pessoa razoável, que possa inspirar receio de expor sua pessoa e sua fortuna a um mal considerável e presente.

Ter-se-á em consideração, nessa matéria, a idade, o sexo e a condição das pessoas”.

DEMOLOMBE⁴, entre outros⁵, aponta a contradição, pois o Código, após haver determinado, de início, que a violência deve

4. DEMOLOMBE, *Traité des contrats*, v. 24, ns. 134 e 135.

5. PLANIOL, RIPERT e ESMEIN, *Traité pratique*, v. 6, n. 192. Estes escritores, após insistirem na idéia de que o art. 1.112 contém duas indicações dificilmente conciliáveis, uma inspirada na tradição romana, outra no antigo direito fran-

ser apreciada em abstrato, tendo em vista sua repercussão numa pessoa razoável, manda, em seguida, seja ela apreciada de maneira relativa, *in concreto*, levando em consideração a pessoa contra quem foi exercida.

DEMOGUE sustenta provir tal discrepância de uma inadvertência do legislador, aliás explicável, historicamente⁶. Os autores do passado, inclusive POTHIER, após haverem reproduzido os textos romanos, de caráter objetivo, afirmavam a superioridade do ponto de vista subjetivo⁷, acolhido pelo antigo direito francês⁸. Por inadvertência, redatores do Código teriam copiado os dois textos ao mesmo tempo. Aponta, ainda, DEMOGUE; o esforço da doutrina no intuito de conciliar a contradição.

Com efeito, para alcançar dita conciliação, a regra deve ser interpretada no sentido de considerar o *padrão objetivo* como um máximo exigido para caracterizar a violência; isto é, se a ameaça for suficientemente grave para assustar um homem razoável, haverá coação, não se exigindo se revista ela ainda de maior intensidade, pelo fato de ser a vítima pessoa destemida⁹.

cês, informam que a doutrina moderna e a jurisprudência estão acordes em fazer prevalecer a segunda alínea sobre a primeira, devendo-se verificar se a pessoa que pleiteia a nulidade agiu sob a influência do temor.

Cf. ainda, OROZIMBO NONATO, *Da coação como defeito do ato jurídico*, Rio de Janeiro, 1957, n. 64.

6. DEMOGUE, *Obligations*, n. 313; cf., também, *Les Nouvelles, Corpus Juris Belgici, Droit civil*, Bruxelas, 1957, t. 4, n. 817.

7. POTHIER (*Oeuvres complètes*, Ed. Depelafol, Paris, 1835, 1.^a Parte) diz, no início do n. 25 de seu *Tratado das Obrigações*, que a violência para viciar o contrato por defeito de consentimento deve, segundo o direito romano, ser capaz de impressionar uma pessoa corajosa. No último parágrafo desse mesmo número ensina que todos esses princípios do direito romano são justos, exceto o que requer seja a ameaça suficientemente grave para impressionar um homem corajoso, o qual lhe parece excessivamente rígido, e que, portanto, não deve ser seguido literalmente; e prossegue ensinando que se deve levar em consideração a idade, o sexo e a condição da vítima. Conclui ele:

“... et telle crainte, que ne serait pas jugée suffisante pour avoir intimidé l'esprit d'un homme d'un âge mûr et d'un militaire, et pour faire en conséquence rescinder le contrat qu'il aura fait, peut être suffisante à l'égard d'une femme ou d'un vieillard”.

8. PLANIOL, RIPERT e ESMEIN, ob. e loc. cit.

9. DEMOGUE, *Obligations*, n. 313: “... on n'exigera jamais plus, même s'il s'agit de quelqu'un de très courageux. Mais on pourra exiger moins s'il s'agit d'une personne faible, agée”.

O propósito de reduzir a contradição, através de semelhante hermenêutica, já se encontra em DEMOLOMBE, como, também, em modernos escritores. Diz aquele jurista não ser impossível a conciliação entre as duas alíneas do art. 1.112, do Código Napoleônico, o que se consegue:

“... dizendo-se que a primeira estabelece um máximo, além do qual a apreciação discricionária do juiz não é mais permitida;

.....

A violência, que houver sido exercida, foi capaz de impressionar uma pessoa razoável? Isso basta; o máximo legal foi atingido. É a medida absoluta. Não há mister de se considerar o sexo, a idade, nem a condição da pessoa; de onde se segue que não se poderá pretender que, por causa do caráter particularmente enérgico da vítima, essa violência não seja bastante para inspirar-lhe sério temor”¹⁰.

Tal concepção, a despeito de engenhosa, é evidentemente artificial. Ela se justifica na obra dos escritores da Escola da Exegese¹¹, em virtude de seu respeito quase sagrado pelo texto. A contradição parece inegável e a tentativa de redução forçada.

Com efeito, se a ameaça, embora grave, for incapaz de provocar temor no espírito da vítima, por se tratar de pessoa de excepcional energia, não há vício da vontade, pois coação não interveio na anuência.

Na verdade, ou se adota um critério relativo, examinando cada caso de per si, para verificar se as condições psicológicas

10. DEMOLOMBE, *Traité des contrats*, n. 137. Tradução livre do autor.

11. Embora haja dito que tal concepção só se justifica na obra dos escritores da Escola da Exegese, não ignoro que modernos juristas (DEMOGUE, ob. e loc. cit.; COLIN e CAPITANT, *Cours élémentaire de droit civil français*, 4. ed., Paris, 1924, t. 2, p. 285), bem como julgados recentes, ainda hoje a apregoam. As *Nouvelles* belgas defendem essa interpretação (t. 4, cit., n. 806). Entendem que, se a ameaça tem gravidade suficiente para atemorizar *une personne raisonnable*, ela vicia o consentimento, ainda que a vítima seja dotada de uma inteligência e de uma energia tais que a ameaça “*eu dá, en fait, la laisser indifférente*”.

Tal opinião, estribada em THIRY e em COLIN e CAPITANT (ob. e loc. cit.), é aplicada em acórdão ali transcrito, nos seguintes termos:

do paciente poderiam fazer com que a ameaça o conduzisse a dar seu consentimento a um negócio não querido; ou então se prefere um critério abstrato, padronizando o tipo de violência considerada eficaz para causar receio a um homem normal (cf. O. NONATO, *Coação*, n. 65). Adotar-se a um tempo os dois critérios parece inadequado e inconveniente.

126. O art. 1.112 do Código Civil italiano de 1865 e a interpretação de GIORGI. O Código Civil italiano de 1865, seguidor renitente da lei napoleônica, consignou igual regra, em preceito de número idêntico ao de seu paradigma. Diz o art. 1.112 daquela codificação:

“O consenso se reputa arrancado com violência, quando esta é de tal natureza a ponto de impressionar pessoa sensata e poder inculcar-lhe razoável temor de expor-se, ou os seus bens, a um mal notável. Ter-se-á em vista, nessa matéria, a idade, o sexo e a condição das pessoas”.

Examinando o dispositivo citado, nota-se que a lei italiana traduziu a expressão *personne raisonnable*, do texto que a inspiro, por *pessoa sensata*, locuções havidas por correspondentes¹². Entretanto, não me lembro de haver jamais encontrado, nos escritores italianos, referência a qualquer contradição existente na lei¹³. GIORGI¹⁴, por exemplo, ao cuidar do tema, não realça a eventual discrepância.

Em seu comentário refere-se, sem dúvida, à célebre sentença de GAIO, que só considera coativa a ameaça capaz de de-

“La violence s'apprecie donc *in concreto*, lorsque la victime est une personne plus faible que l'homme moyen. Elle s'apprecie *in abstracto*, lorsque la victime est une personne plus forte que l'homme moyen...” (Cassation Fr. 19-11-1925, Dalloz, 1. 121).

12. FERREIRA COELHO, *Código Civil*, Rio de Janeiro, 1925, v. 7, p. 436.

13. PACIFICI-MAZZONI (*Istituzione di diritto civile italiano*, 5. ed., Turim, 1928, v. 2, p. 136), depois de mostrar que para decidir se o temor provocou na pessoa do contraente impressão capaz de invalidar o consenso deve se levar em conta sua idade, condição e sexo, anota que assim se abrandam o rigor da lei, no sentido de impor que a violência seja de natureza a forçar uma pessoa sensata.

14. GIORGIO GIORGI, *Teoria delle obbligazioni*, 2. ed., Florença, 1886, v. 4, n. 86.

mover *hominem constantissimum*: lembra, contudo, que poucos foram os doutores que a interpretaram literalmente, pois as leis não se elaboram apenas para os Sócrates e para os Catões.

Assim, mister se faz considerar as condições pessoais da vítima da violência, sendo inútil examinar se a ameaça concreta seria suficiente para alarmar um homem intrépido e de ânimo viril. Mas vale verificar se ela bastou para aterrorizar aquele contra quem foi dirigida. Pois, caso contrário, a lei estaria negando proteção justamente aos mais necessitados, encarando como culpa, o que não passava de escassez de coragem¹⁵.

Tais considerações é que, ao ver do ilustre escritor, conduziram os legisladores francês e italiano a abandonar a fórmula romana, que esposava o critério abstrato. Não é apenas a violência capaz de impressionar homem sensato que gera a invalidade do negócio, mas qualquer ameaça que, no caso concreto, provoque o consenso. Assim, mister se faz considerar sempre as condições pessoais da vítima. Conclui o grande civilista dizendo que, hoje, a gravidade da violência decorre da condição da vítima, cumprindo examinar se, em face de seu estado, a ameaça era capaz de inculcar-lhe fundado temor de dano.

Essa posição difere da dos escritores franceses, pois não se encontra menção a qualquer discrepância, no texto legal, suscetível de demandar conciliação. GIORGI, ao contrário dos civilistas franceses, não se choca com o disposto na primeira parte do artigo, onde o legislador proclama só se caracterizar a coação se de molde a impressionar pessoa sensata.

Isso decorre do fato de interpretar GIORGI, aquela expressão em sentido diverso. Ele parece entender que, quando o legislador declara que a violência deve ser tal que impressione um homem sensato, seu intuito é excluir do âmbito da coação o receio injustificado¹⁶, a excessiva pusilanimidade.

15. Cf., no mesmo sentido, LAROMBIÈRE, *Théorie et pratique des obligations*, Paris, 1857, t. 1, p. 66.

16. Em LAROMBIÈRE, por igual, se encontra idéia parecida. Diz ele (ob. cit., p. 67):

“Mais les craintes paniques et insensées, sans motifs ni pretextes sérieux, qui ne sont que les égarements d'une impardonnable faiblesse, voilà les craintes qu'on ne peut invoquer comme cause de nullité, alors qu'on jouit d'ailleurs de toutes les facultés qui constituent la raison humaine”.

GIORGI, por duas vezes, contesta a existência de coação quando o receio da vítima deriva de sua desmedida covardia. De início, referindo-se à máxima romana, segundo a qual *vani timoris justa excusatio non est*, esclarece que se deve entendê-la como excluindo o temor que não tenha razoável fundamento¹⁷. E conclui:

“Come l'ignoranza crassa non serve di scusa, così nemmeno può scusare la pusillanimità eccessiva”¹⁸.

Mais adiante repete que se não escusa, alegando coação, o excessivamente covarde, porquanto a pusilanimidade, no que é exorbitante, faz-se acompanhar de uma presunção de culpa¹⁹.

Parece-me que se poderia fixar o pensamento de GIORGI nos seguintes termos: a lei escolheu um critério concreto, ordenando que na coação se tivesse em vista a condição pessoal da vítima; entretanto, há um limite além de que não se pode alegar coação. Esse limite é alcançado quando o paciente se deixa assustar por vã ameaça, pois o temor excessivo, incapaz de afetar pessoa sensata, não pode infirmar o negócio jurídico.

Veremos que nesta linha de pensamento se firma a orientação de outros juristas italianos, mais recentes.

127. *O Código de 1942 e a opinião de alguns escritores que o comentaram.* A reforma da legislação civil italiana não alterou, basicamente, o conceito de violência, acolhido pela legislação

17. Procuo sustentar que é fundado na expressão “*violenza di natura a far impressione sopra una persona sensata*” que GIORGI nega a existência do vício, se vão for o temor da vítima. Entretanto, é possível justificar o pronunciamento daquele eminente civilista noutra expressão, igualmente contida no art. 1.112 do Código Civil italiano. De fato, esse artigo, referindo-se à intensidade da violência, usa da locução “*e da poterla incutire ragionevole timor di esporre se o le sua sostanze ad un male notevole*”, a qual, de resto, foi aproveitada pelo legislador brasileiro, que só considera coação a ameaça que incute ao paciente fundado temor de dano (CC brasileiro, art. 98).

Dois considerações provocaram aquela asserção: a) GIORGI dá a entender que a solução alvitrada é igualmente válida dentro da regra francesa, cujo art. 1.112 não utiliza a expressão *temor razoável*, como acontece com a congênere italiana; b) os autores italianos que escrevem no regime do Código de 1942 adotam orientação semelhante a de GIORGI e, como se verá, o art. 1.435 da nova lei civil tampouco contém aquela expressão.

18. GIORGI, ob. e loc. cit.

19. Idem.

anterior. De fato, o art. 1.435 do Código de 1942²⁰ quase repete o de 1865, pois em ambos, para a coação viciar o consenso,

“... deve essere di tal natura da fare impressione sopra una persona sensata...”.

Apenas a lei nova suprimiu uma expressão que, no regime anterior, vinha provocando dificuldades de interpretação. Com efeito, o Código de 1865, ao caracterizar a coação, exigia que a ameaça fosse de molde a produzir na vítima razoável temor (*ragionevole timore*)²¹, enquanto que a lei nova não utiliza o mesmo adjetivo. A elasticidade do termo agravava a dificuldade do texto.

Realmente, para saber se um temor é ou não razoável, tem-se, ainda uma vez, de optar entre o critério abstrato e o concreto, quer escolhendo um tipo ideal de *homem constante*, para só admitir como grave a ameaça capaz de lhe infundir temor de dano, quer preferindo descer ao caso concreto, para verificar se o receio infundido na vítima podia, razoavelmente, vergar-lhe o querer.

No restante, as leis nova e antiga seguem a mesma trilha²².

Os autores que escreveram no regime da lei nova não se afastam da interpretação colhida em GIORGI, para o texto do Código de 1865. Parecem sustentar, igualmente, as duas conclu-

20. Transcrevo, para facilitar a comparação, o art. 1.435 do Código Civil italiano de 1942:

“Art. 1.435. *Caratteri della violenza.*

La violenza deve essere di tal natura da fare impressione sopra una persona sensata e da farle temere di esporre sè o i suoi beni a un male ingiusto e notevole. Si ha riguardo in questa materia all'età, al sesso e alla condizione delle persone”.

21. Expressão semelhante encontra-se em outros Códigos, tais como o brasileiro, quando se refere a *fundado* temor de dano. Cf., ainda, Código espanhol, art. 1.267, al. 2.ª; Código do Peru, art. 1.242; Código do Uruguai, art. 1.272, al. 3.ª; Código da Venezuela, art. 1.187.

22. Note-se, comparando os textos, que o Código de 1942 inseriu o adjetivo *ingiusto*, ao lado do substantivo *mal*, o que não ocorria com a lei anterior. Esta se contentava com o receio de mal notável, enquanto a nova requer se trate de *um male ingiusto e notevole*; a idéia de injustiça, na consequência do ato ameaçado, já se encontra na regra que determina não se considerar coação a ameaça do exercício irregular de um direito (cf. art. 1.438).

sões acima apontadas, isto é: a) o critério adotado pelo legislador para exame da gravidade da violência é o concreto, de modo que, ao examinar cada caso, ter-se-á em vista a idade, o sexo e a condição do paciente; b) não é qualquer a ameaça capaz de viciar o consentimento; deve ela revestir-se de um mínimo de gravidade, suficiente para impressionar um homem sensato, devendo ser desconsiderada a que só apavora o excessivamente poltrão.

Esse entendimento se depara em STOLFI²³:

“La minaccia è notevole se il timore sia ‘di natura da fare impressione sopra una persona *sensata*’, cioè su qui non sia nè un eroe nè un pusilânime”.

EMILIO BETTI (*Negocio Jurídico*, p. 343-4, nota 11) menciona os requisitos da violência, mostrando que se deve considerá-la em face do caso concreto. Mas, em nota, após transcrever um aresto, ensina que o direito não tem motivos para assumir a tutela dos medrosos e covardes, defronte de ameaças a que dêem crédito.

Mais explícitos aparecem RUGGIERO e MAROI²⁴:

“La legge non esige la resistenza di un *constantissimus homo* (come volevano i Romani), ma neppure s'appaga di un *metus vani hominis*; d'altro canto, non è possibile creare un tipo astratto per dare la misura della proporzione; questa proporzione bisognerà trovarla distinguendo caso per caso a seconda del sesso, dell'età, della condizione sociale ecc.”.

Observa-se, portanto, que a despeito da semelhança entre os textos do Código Civil francês e os da lei italiana, um e outro inspiraram rumos diversos aos escritores que os comentaram. Enquanto muitos dos franceses ressaltaram a contradição existente entre a primeira e a segunda alínea do art. 1.112 do Código

23. GIUSEPPE STOLFI, *Teoria del negozio giuridico*, Pádua, 1947, § 48, p. 153.

24. RUGGIERO e MAROI, *Istituzioni di diritto privato*, 8. ed., Milão, 1955, v. 1, § 27.

de 1804, os italianos não viram discrepância, em regra igual de sua legislação. Enquanto aqueles tentaram conciliar o contraditório, entendendo que o critério subjetivo era o máximo de gravidade que se podia exigir para admitir a coação, estes, pelo contrário, entenderam que a lei, ao se referir à *violenza di tal natura a fare impressione sopra una persona sensata*, quis, justamente, impedir que se alegasse a ameaça vã, só capaz de assustar o pusilânime.

Se censurei a interpretação dos escritores franceses, por acreditá-la artificial e forçada (*supra*, n. 125), apresso-me em louvar a solução apresentada pelos citados juristas italianos, a qual, a meu ver, traz um adinículo à teoria da coação; pois, se a doutrina não acolhe o erro inescusável (*v.*, *supra*, n. 42) e se as portas da Justiça se fecham para quem se alega vítima do *dolus bonus* (*v.*, *supra*, n. 90), por igual deve-se negar seguimento ao pedido de anulação do negócio, quando a vítima, que aduz coação, cedeu ante ameaça que, embora injusta, era ridícula, incapaz de assustar quem não fosse desmedidamente covarde.

128. *A lei brasileira.* No Código Civil brasileiro já se não encontra a influência romana, que levou o legislador francês e o italiano a inserirem, no texto de seus Códigos, referência ao critério abstrato. Seguindo Códigos mais modernos²⁵, a reforma de 1916 adotou simplesmente o critério concreto de exame do caso individual, para verificar se o paciente teve sua vontade ferida e adulterada pela coação. O art. 99 determina:

“No apreciar a coação, se terá em conta o sexo, a idade, a condição, a saúde, o temperamento do paciente e todas as demais circunstâncias, que lhe possam influir na gravidade”.

Note-se que a lei, ainda aqui e como aconteceu a propósito do erro e dolo, se situa em uma posição de grande respeito pela vontade individual. Se o ato jurídico tem por válvula a vontade

25. Código Civil espanhol, art. 1.267, al. 2.^a e 3.^a, e, principalmente, o art. 30 do Código Federal das Obrigações.

Cf., ainda, O. NONATO, *Coação*, ns. 68 e 69.

das partes e se esta vontade não foi livre porque a moveu o receio de sofrer conseqüências de certa ameaça, sua ineficácia pode ser decretada. Para um legislador que se coloca em posição liberal e individualista, a solução é rigorosamente lógica. Protege a liberdade individual, em sincronização com a atitude anterior, ao disciplinar o erro e o dolo.

Como os indivíduos reagem diferentemente diante da violência, assim, também, o juiz deverá examinar, em cada caso, a maior ou menor repercussão da ameaça no paciente, desprezando-a se excessivamente fútil, admitindo-a quando de molde a impressionar a vítima da coação. Além de considerar o sexo e a idade da vítima, manda a lei que se tenham em vista sua condição, sua saúde, seu temperamento e as demais circunstâncias que possam ter influência na formação de sua vontade.

Tal orientação hoje se generaliza. PLANIOL, RIPERT e ESMEIN (*Traité pratique*, v. 6, n. 192) mostram que a noite e o isolamento podem favorecer o temor, que dificilmente teria lugar, se o negócio se celebrasse na presença de pessoas desinteressadas e capazes de se oporem à violência (citam, nesse sentido, julgado de BOURGES, de 10 jun. 1942, D. P. 44. 1.175). As *Novelles belgas* (v. cit., n. 806) exemplificam dizendo:

“A ameaça de praguejar contra os animais e de enfeitiçar os filhos do contratante vicia o consentimento se se endereçam a pessoa de condição e inteligência inferiores” (cf. COLIN e CAPITANT, *Cours*, v. 2, p. 285 — tradução livre do monografista).

Entre nós, como vimos, prevalece o mesmo entendimento. Já foi examinado aresto (RT, 128:543) em que se considerou caracterizada a coação, quando exercida sobre mulher que se achava em condições de isolamento, quase só, em lugarejo abandonado. Tais circunstâncias tornavam grave a ameaça. Noutra julgado (RT, 136:241) considerou-se coação o que parecia não passar de mero temor reverencial, tendo em vista, entre outros indícios, o fato de a vítima ser mulher de pouco mais de dezesseis anos de idade. O acórdão repete que, no apreciar a coação, deve o juiz ter em vista o sexo, a idade e a condição do paciente.

Tese semelhante é defendida pelo acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (RT, 117:298), onde, por igual, se ressalta a importância do critério subjetivo no fixar a gravidade da coação²⁶. Ainda, sustentando entendimento semelhante e, por isso, repelindo a demanda de anulação do negócio jurídico, encontra-se o julgado já referido (RT, 106:591), onde se contestou a gravidade da coação, por ser a vítima homem robusto e sadio, a quem a ameaça decerto não assustaria.

De modo que o critério do Código Civil brasileiro é o subjetivo. O juiz deverá ter em vista a pessoa da vítima, para verificar se sua anuência foi extorquida através de ameaça. Um ato, incapaz de infirmar a deliberação de um homem, pode bastar para amedrontar uma senhora. A violência, inócua contra o indivíduo sadio e jovem, pode repercutir profundamente no espírito de pessoa enferma e idosa. A ameaça, feita ao varão independente economicamente, pode conduzir o empregado, dada sua dependência do patrão, a consentir em negócio que não consentiria, se aquele não promettesse piorar-lhe a condição.

Ao analisar tais circunstâncias, como já foi ressaltado, considerável é a liberdade do juiz²⁷. Cumpre-lhe, apenas, em obediência ao preceito geral, sustentar as razões, que construíram seu convencimento, para que haja possibilidade de se reformar sua sentença, em instância superior.

129. *O dano ameaçado há de ser iminente.* O art. 98 do Código Civil prescreve que a coação, para viciar o consenso, deve ser capaz de incutir no paciente temor de um dano iminente. A expressão significa, no ensinamento de BEVILÁQUA²⁸, que o

26. Cf., ainda, RT, 115:153.

27. Cf. RF, 91:193:

“Na sua apreciação (da coação) a doutrina confere ao julgador a maior liberdade”.

Cf., no mesmo sentido, DEMOLOMBE, *Traité des contrats*, n. 141.

28. BEVILÁQUA, *Código Civil*, 3. ed., Rio de Janeiro, 1927, obs. ao art. 98. Cf. MANOEL IGNÁCIO CARVALHO DE MENDONÇA, *Teoria e prática das obrigações*, 2. ed., Rio de Janeiro, s.d., n. 566; SÁ PEREIRA, *Direito de família*, Rio de Janeiro, 1925, p. 182, *in verbis*:

“Ainda exige o legislador que esse dano seja *iminente*, isto é, que ele se possa realizar imediatamente ou a curto prazo, porque, se ele é longínquo e remoto, a sua temibilidade se esmaece e dilui e deixa de exercer sobre a vontade a coação psicológica capaz de desviá-la e torcê-la”.

dano receado “*deve ser atual e inevitável*”, pois, “*a ameaça de um mal impossível, remoto ou evitável, não constitui coação capaz de viciar o ato*”.

A idéia já se encontra em ULPIANO. Dizia ele que por medo devemos entender o *presente* e não a suspeita que dele se possa inferir²⁹.

Todavia, como no direito anterior não se preocupou o legislador em caracterizar a coação³⁰, parece inegável que a fonte direta do preceito brasileiro, principalmente em referência à atualidade do dano ameaçado, se encontra no art. 1.112 do Código Civil francês. Aí se diz que, para surgir a coação, deve a ameaça inspirar na vítima o temor de um *mal considérable et présent*.

Tal expressão, *mal présente*³¹, não representa com felicidade o pensamento do legislador, razão pela qual não foi adotada pelos Códigos que sofreram influência do napoleônico. Assim,

29. Digesto, Liv. 4, Tít. II, frag. 9:

“Metum autem praesentem accipere debemus, non suspicionem inferendi ejus”.

30. Embora a violência tenha figurado sempre como elemento infirmador do ato jurídico, tanto as Ordenações, como a legislação posterior não a caracterizavam. Assim, por exemplo, aquelas (Liv. 4, Tít. 86) permitem se invalide o testamento provocado por medo, mas não fornecem os elementos caracterizadores do vício.

Igualmente, o Regulamento n. 737, de 25 de novembro de 1850: seu art. 685 inclui entre as nulidades dependentes de rescisão os contratos em que intervém a violência, mas não se encontra na lei o sentido dessa expressão.

TEIXEIRA DE FREITAS (*Consolidação das leis civis*, 3. ed., Rio de Janeiro, 1896), em a nota 61 ao art. 1.029, afirma que a coação anula qualquer ato jurídico, mas não precisa o conceito de violência, o qual, de resto, afirma o grande jurista, *se qualifica em direito* (verdade que o insigne mestre, no art. 490 de seu *Esboço*, fala em mal iminente e verossímil, apontando, assim, o requisito ora em análise).

CARLOS DE CARVALHO (*Nova consolidação das leis civis*, Porto, 1915), entretanto, no art. 228, enumera os casos de violência e aí se encontram elementos para conceituá-la. Quanto ao requisito da iminência da ameaça, dispõe:

“Art. 228. Constituem violência:

f) toda a ameaça acompanhada de perigo atual”.

31. O legislador francês colheu referida expressão em POTHIER (*Traité des obligations*, n. 25):

“Il faut que se soit un mal qu'elle (1.ª partie) aie été menacée d'endurer sur le champ, si elle ne faisait ce qu'on lui proposait: *metum praesentem, non suspicionem inferendum ejus*”.

enquanto o italiano de 1865 não se refere a tal requisito³², os Códigos espanhol (art. 1.267), argentino (art. 971) e brasileiro, entre outros, empregam o vocábulo *iminente*, muito mais apropriado.

A substituição de um termo por outro é apregoada por numerosos escritores franceses e o exame de suas opiniões, que a seguir passo a fazer, tem por escopo precisar a compreensão do vocábulo, a fim de apreender o exato conteúdo desse requisito legal.

LAROMBIÈRE (*Obligations*, p. 68) diz que a expressão *presente*, adotada na lei, não deve ser tomada ao pé da letra; significa, apenas, que a ameaça deve impressionar a vítima de maneira precisa e determinada. “Mal presente não significa, portanto, mal atual, mas o mal mais ou menos *iminente*” — e aqui o escritor se refere a DELVINCOURT e a DURANTON — “ou melhor, temor atual de um mal”³³.

AUBRY e RAU³⁴, referindo-se à expressão *mal considérable e presente*, sustentam não ser indispensável, para que as ameaças viciem o consentimento, devam elas se realizar imediatamente. Basta que provoquem, desde logo, na vítima, um temor suficientemente forte para conduzi-la a contratar. Ao redigir o art. 1.112, partiu o legislador da idéia de que as ameaças, que se não devem realizar senão em futuro distante, são incapazes de produzir, no espírito do paciente, impressão bastante intensa para decidi-lo a preferir o sacrifício do ato imposto, a ter de enfrentar o decorrente do ato ameaçado. Tal idéia, concluem, é no geral verda-

32. GIORGI (*Obbligazioni*, v. 4, n. 90) congratula-se com a vantajosa inovação introduzida pelo legislador italiano de 1865, representada pela supressão do vocábulo *presente* no texto do art. 1.112 do Código de seu país. E acrescenta:

“E veramente non fa bisogno di un grande sforzo d'ingegno per capire che il timore di un grave male futuro fuò esser fondato, e restringere la libertà di elezione, non meno che il timore di un male presente”.

33. Nesse sentido, igualmente, encontra-se a lição de MARCADÉ (*Explication théorique et pratique du Code de Napoléon*, 6. ed., Paris, 1868, v. 4, com. ao art. 1.112, p. 364):

“Mais il est clair que *metus praesens* signifie la crainte actuelle du mal, et nullement la crainte d'un mal actuel”.

34. AUBRY e RAU, *Cours de droit civil français*, 4. ed., Paris, 1871, v. 4, § 343, nota 11.

deira, mas foi formulada pela lei de maneira inexata e por demais absoluta. "La substitution de l'adjectif *imminent* à l'adjectif *présent* nous paraît exprimer la véritable pensée du législateur".

A mesma noção, repetida por numerosos outros escritores, é reafirmada por CAPITANT³⁵ e por DEMOGUE³⁶, cerca de meio século mais tarde. Este último, referindo-se ao sentido do vocábulo *présente*, no texto do art. 1.112 do Código de NAPOLEÃO, sustenta que ele não pretende significar que a ameaça deva se realizar de pronto mas ser suscetível de breve eclosão.

Alguns escritores, sem se afastar de tal linha, procuram justificar o uso da expressão citada, na distinção entre a *ameaça* efetuada pelo coator, e o receio por ela infundido no espírito do coato³⁷. O ato ameaçado pode não ser atual, contanto que o temor que suscita se faça desde logo presente no espírito da vítima.

DURANTON³⁸ ensinava que o temor de um perigo efetivo (embora o efeito da ameaça fique em suspenso por certo tempo) constitui causa de anulação do negócio. Não basta a mera suspeita da vítima, de estar sujeita a uma violência, se não assentir no ato imposto; é preciso esteja ela persuadida de que corre pe-

35. CAPITANT, *Introduction*, p. 272:

"... la violence doit être telle qu'elle inspire la crainte d'exposer sa personne ou sa fortune à un mal considérable et présent, ou plutôt, dirons nous, *imminent*, car le mot *présent* qu'emploie la loi n'est pas exact".

E, citando DELMANTE e COLMET DE SANTERRE:

"Celui que veut exercer une pression sur la volonté d'autrui procède nécessairement par voies de menaces, il fait naître la crainte d'un mal futur. Un intervalle sépare nécessairement la menace et le fait".

36. DEMOGUE, *Obligations*, n. 314. Em seu artigo de 1914 ("De la violence comme vice du consentement", *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 13:435, ano de 1914), de onde foi tirado o capítulo sobre a violência do *Tratado das obrigações*, já se encontra a mesma idéia. Ei-la, em transcrição:

"Il faut donc non seulement que le mal soit important, mais qu'il soit présent. Cela veut dire, non pas qu'il doit être en train de se réaliser, mais qu'il doit être susceptible de se réaliser à breve échéance. Le terme *imminent* traduirait donc mieux la pensée de la loi...".

37. Cf. PLANIOL, RIPERT e ESMEIN, *Traité pratique*, v. 6, n. 191, onde asseveram a existência de acordo entre os escritores no sentido de que o temor, e não o mal ameaçado, é que deve ser *présente*.

38. DURANTON, *Cours de droit français*, v. 6, n. 151.

rigo, se não concordar com o negócio extorquido; nesse caso o temor é real, é *présente*, embora a violência física ainda não exista.

Demolombe preleciona no mesmo sentido: "O que deve ser *présente* não é o mal ameaçado, mas o temor desse mal". E, mais adiante: "... a ameaça se distingue do mal; ela o precede necessariamente, seja qual for o intervalo entre ambos". E prossegue acentuando que o intuito do legislador é o de não considerar o mero pretexto, para que se não possa alegar a ameaça vã, cuja execução, diferida no futuro, não se apresentaria como iminente, nem como inevitável (*Traité des contrats*, n. 139).

LAURENT³⁹, por igual, censura a expressão *présente* usada na lei e explica-lhe o sentido. Ensina que o temor de um mal futuro, que talvez jamais se realize, não constitui violência.

Note-se a conexão entre as idéias de *gravidade* da ameaça e de sua iminência. Ela não será iminente quando for remota, impossível, evitável, como ensina BEVILÁQUA, lição que ora se reencontra nos magistérios supratranscritos.

Parece-me, porém, que a idéia de iminência se achega à de atualidade, de brevidade no advento do dano; isso porque a ameaça de um mal a realizar-se em futuro distante surge menos intensa; perde parte de sua força e carece do sentido de inexorabilidade de que se deve revestir; a existência de dilatado intervalo entre a ameaça e o desfecho do ato ameaçado permite à vítima ilidir-lhe os efeitos, por meio de recurso a quem pode protegê-la, que não raro é a autoridade pública.

Encontra-se, também, nos escritores nacionais, entendimento semelhante. ESPÍNOLA (*Manual Lacerda*, Rio de Janeiro, 1923, v. 3, n. 95) pergunta quando se poderá dizer que o prejuízo é iminente e responde que isso ocorre quando o paciente se vê na impossibilidade de remover o dano com que o ameaçam, quer por meios próprios, quer com o auxílio da autoridade pública. E OROZIMBO NONATO (*Coação*, n. 78), com base em vários escritores que cita, segue igual rumo, para concluir que a

39. LAURENT, *Droit civil*, v. 15, n. 512: "Tous les auteurs critiquent cette expression et disent que c'est la crainte que doit être présente, plutôt que le mal".

lei exige não se trate de mal remoto e evitável pela intervenção da autoridade ou outro meio eficaz.

Repetindo, o exame de tais pareceres conduz à verificação de que se aproximam os dois conceitos, isto é, o da gravidade da ameaça e o da iminência do dano.

A violência, como já foi observado, para viciar a vontade deve ser grave, isto é, capaz de incutir na vítima fundado temor de dano. Observamos agora que, se a ameaça não for portadora de um *dano iminente*, não será capaz de viciar o consenso, por lhe faltar força para provocar, no espírito do paciente, fundado temor de prejuízo. Daí a ligação entre os dois conceitos: o de gravidade da ameaça e o da iminência do dano. Quando a ameaça não se referir a um dano iminente não será grave e, por conseguinte, não se configurará o vício do querer. Portanto, a *iminência* do dano é um elemento a compor o conceito mais largo de *gravidade* da coação; assim se justifica o tratamento dos dois assuntos em um só capítulo, subordinado o requisito da *iminência* ao da *gravidade*, ao invés de ser discutido como pressuposto autônomo.

Note-se que neste campo, por isso que se trata de elemento conexo ao conceito de gravidade, deve recorrer-se ao critério subjetivo para verificar se, no espírito da vítima, o temor provocado apareceu ou não como iminente. O juiz examinará o caso concreto, estudando a personalidade do coato, seu sexo, idade, temperamento e condição, para apurar se a ameaça em causa bastou para conduzi-lo à prática do ato extorquido, por haver provocado em sua mente a persuasão de que sua recusa traria, logo mais e inexoravelmente, o advento do mal temido.

Neste caso, como a violência — ato ilícito — provém do outro contratante, este não merece qualquer contemplação. Deve a lei amparar a vítima, evitando os efeitos funestos do ato mal-sinado.

Em conclusão, o requisito da *iminência* do dano se entrelaça com o da gravidade da ameaça. Por isso há conveniência em não tratar separadamente cada um desses pressupostos.

Deve-se mesmo ter em conta que, na redação do art. 98 do Código Civil, o legislador, em dois diferentes passos, insiste em

que a coação só se caracteriza se grave. Fá-lo quando exige que a ameaça provoque um *fundado temor*, e quando impõe que o dano a ser evitado seja *iminente*.

Se o temor não for fundado, ou se o dano receado não se revestir de iminência, a ameaça não é grave e, por conseguinte, não se configura a coação.

130. *Temor reverencial. Conceito.* Não se considera coação o simples *temor reverencial* (CC, art. 100). Por tal expressão entende-se o receio de desgostar o pai, a mãe ou outras pessoas a quem se deve obediência e respeito (BEVILÁQUA, *Código Civil*, obs. ao art. 100).

O temor reverencial pode constituir causa eficiente da declaração de vontade; mas, por se não considerar grave o efeito da desobediência, não representa vício do querer, não deferindo ao contratante, desse modo, ação declaratória de ineficácia do negócio.

Com efeito, a lei só concebe a existência de coação quando o declarante é posto em frente de uma alternativa, de modo que opta pelo ato extorquido, para não sofrer as conseqüências mais funestas do ato ameaçado. Ora, na hipótese de mero temor reverencial, a recusa ao ato extorquido gera um mau menos considerável, isto é, a preocupação de desagradar pessoa a quem se está subordinado ou a quem se deve respeito. De sorte que, faltando gravidade à ameaça (que por isso mesmo é incapaz de provocar no espírito da vítima fundado temor de dano), a lei deixa de equiparar o temor reverencial à coação. Decerto, como diz WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO⁴⁰, “do ponto de vista religioso e moral, constitui falta grave a desobediência aos pais”, mas, “do ponto de vista jurídico, o mero receio de desagradar os genitores, ou a outras pessoas consideradas nas relações sociais e profissionais, sem os requisitos básicos da coação, não é vício do consentimento, porque aquela deferência não tem o condão de obliterar a vontade livre e servir de apoio a uma ação *quod metus causa*”.

40. WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO, *Curso de direito civil*; parte geral, São Paulo, 1958, p. 216-7.

Quem concorda com um ato, movido apenas pelo escrúpulo de desgostar parente ou superior hierárquico, se equipara, de um certo modo, ao que consente ante ameaça infantil e irrisória, cujos efeitos nenhuma pessoa normal recearia, por se não tratar de um justificado temor.

Por isso, também, a lei não considera viciado o consentimento, nem permite que se desfaça o ato jurídico.

131. *Temor reverencial. Ampliação da idéia romana nos Códigos e na doutrina posterior.* A recusa de equiparar à coação o temor reverencial já se encontra no direito romano. Apenas os juristas romanos restringiam a abrangência da expressão *temor reverencial* ao receio de desgostar os pais. Eis a regra de CELSO (D., Liv. XXIII, Tit. II, frag. 22):

“Si parte cogente ducit uxorem quam non duceret si sui arbitrii esset, contraxerit tamem matrimonium: quod inter invitos non contrahitur: maluisse hoc videtur”.

O art. 1.114 do Código Civil francês, caracterizando o temor reverencial como o respeito para com o pai, a mãe e outros ascendentes, mostra influência direta do texto romano⁴¹. Mas a doutrina, desde os primeiros comentadores da regra napoleônica, afastou-se desse entendimento estreito, para admitir a existência de temor reverencial da mulher para com o marido e mesmo em relação a pessoas hierarquicamente superiores ao paciente, embora a ele não ligadas por vínculos de parentesco.

DURANTON⁴² ensina que o temor reverencial da mulher para com o marido não basta para anular os contratos realizados entre os cônjuges, nem os ultimados com terceiros, através de sua autorização; e refere-se a julgado de 1582, em que se negou o pedido de anulação da venda de bens parafernais, a despeito de haver a

41. Cf. O. NONATO, *Coação*, p. 159. Transcrevo, para facilitar o exame da matéria, o art. 1.114 do Código Civil francês:

“La seule crainte révérentielle envers le père, la mère, ou autre ascendant, sans qu'il y ait eu de violence exercée, ne suffit point pour annuler le contrat”.

42. DURANTON, *Droit français*, v. 6, n. 155.

esposa alegado que seu consentimento proviera da influência do consorte. Sustenta, igualmente, não constituir coação o receio inspirado pelo superior ao subordinado, pelo patrão ao empregado.

AUBRY e RAU⁴³ são do mesmo aviso, do qual, de resto, participam muitos escritores⁴⁴.

Os Códigos posteriores ao francês, mesmo os que habitualmente lhe seguem a trilha, como o espanhol⁴⁵ e o italiano de 1865, não trouxeram semelhante limitação ao conceito de temor reverencial.

Aliás, tampouco o Código Civil brasileiro. A repulsa à idéia de se restringir o temor reverencial apenas ao receio de desgostar os ascendentes foi deliberada e consciente, pois o Projeto BEVILÁQUA, talvez por influência da legislação francesa, adotava a orientação ali constante e repelida, como vimos, pelos próprios comentadores daquele texto. Dizia o projeto:

“Art. 117. Não se considera coação a ameaça de exercício normal de um direito nem o simples temor reverencial *do descendente para com o ascendente*”.

Na Comissão de Jurisconsultos eliminou-se a locução grifada e, de fato, o projeto da Câmara já apresenta o preceito, de acordo com a redação do atual art. 100 do Código Civil.

132. *Temor reverencial. Simples e qualificado.* O vocábulo *simples*, empregado pelo art. 100 do Código Civil, quer significar que o temor reverencial não vicia o consentimento, se desacompanhado de outros expedientes coatores. Se a ele se ajuntam

43. AUBRY e RAU, *Cours*, v. 4, § 343 bis:

“La seule crainte révérentielle envers le père, la mère, un ascendant, ou envers quelque autre personne à qui on doit de la déférence, ne suffit pas pour invalider le consentement donné sous l'empire de ce sentiment”.

44. DEMOLOMBE, *Traité des contrats*, n. 155; LAROMBIÈRE, *Obligations*, v. 1, n. 16, com. ao art. 1.114; DEMOGUE, *Obligations*, n. 312; *Les Nouvelles*, v. 4, n. 824.

45. Diz o art. 1.267, al. 4.^a, do Código Civil espanhol:

“El temor de desagradar a las personas a quienes se debe submisión y respecto no anulará el contrato”.

ameaças, violências ou pressão descabida, o temor reverencial deixa de ser simples e passa a integrar a figura do vício da vontade.

DURANTON vai mais longe e ensina que, se ao temor reverencial se acrescenta alguma violência, o contrato é anulável ainda que esta não ofereça a gravidade requerida em outros casos. Eis sua lição:

“Mas se a ele (temor reverencial) se adiciona alguma violência, mesmo que não tenha o caráter de gravidade que a lei exige em outros casos para produzir a nulidade da avença, o contrato é suscetível de ser anulado; este é o sentido de o art. 1.114 quando diz: o *simples* temor reverencial. . . *sem que haja violência exercida* etc., expressões que seriam de fato bem inúteis, se fosse preciso, para que houvesse nulidade, que ao temor reverencial se acrescentasse um temor nascido de uma violência que bastaria, por si mesma, para operar a nulidade”⁴⁶.

Tal opinião parece justificar-se no fato de que o temor ao pai, à mãe ou ao superior já é um elemento a agravar a ameaça provinda dessas pessoas, tornando-a capaz de viciar o consenso, ainda que, se oriunda de outras fontes, não parecesse tão grave⁴⁷.

46. DURANTON, ob. e loc. cit., n. 154. Cf., no mesmo sentido, DEMOLOMBE, *Traité des contrats*, n. 153:

“C'est que, en effet, s'il y avait eu violence, la crainte révérentielle en deviendrait elle-même une circonstance aggravante”.

Cf., ainda, MOURLON, *Répétitions écrites*, n. 1.053. PONTES DE MIRANDA, *Traçado dos testamentos*, p. 197:

“O temor reverencial é faca bigúmea: pode tomar-se agravante da ameaça. Sozinho não constitui coação. É o simples temor a que se refere o art. 100. Acompanhado, serve à apreciação *in concreto* da violência, segundo o princípio salutar do art. 99”.

47. Tal idéia é repetida pelos modernos. Mais de um século depois a encontramos em RUGGIERO e MAROI (*Istituzioni*, v. 1, p. 116):

“E così non può escludersi *a priori* che il rispetto intenso di talune persone sottoposte all'autorità altrui (*metus reverentialis*) (pur se da solo non sia idonea ad invalidare il negozio: art. 1.437) possa, in concorso con altri elementi (che siano anch'essi di per sé inidonei a inficiare la libertà del consenso) integrare gli estremi del vizio di violenza”.

O Código francês, bem como o italiano, de 1865, são mais explícitos, ambos dizendo que o mero temor reverencial, “*sem que haja ocorrido violência*”, não basta para anular o contrato.

O Código Civil brasileiro não usou esta frase, decerto por já crê-la abrangida pelo adjetivo *simples*, que no texto restringe a extensão da expressão *temor reverencial*. Mas a doutrina e a jurisprudência entendem que, se ao temor reverencial se adicionam ameaças, surge o defeito do ato jurídico. Di-lo BEVILÁQUA (*Código Civil*, obs. ao art. 100), repetindo entendimento que já se encontrava em autores lusos, tais como COELHO DA ROCHA⁴⁸ e CORREA TELLES⁴⁹, que escritores seus contemporâneos⁵⁰ e modernos reiteraram⁵¹.

Na jurisprudência estrangeira multiplicam-se os casos característicos. DEMOLOMBE (ob. cit., n. 153) refere-se a aresto do Tribunal de Bruxelas (22 ag. 1808, Sirey, 1810, II, 559) em que se julgou viciada a anuência de certa jovem que se encontrava grávida, a qual teria consentido em ruinoso negócio, em virtude de coação exercida por sua mãe que, após encerrá-la em aposento, ameaçara de abandoná-la desassistida, na hora do parto que se aproximava. DEMOGUE (*Obligations*, n. 312) cita julgado de TOULOUSE, de 1889, onde se entendeu haver coação nas ameaças dirigidas a um sacerdote, por seus superiores hierárquicos.

Também na jurisprudência nacional encontram-se numerosos acórdãos em que a tese vem acolhida, por se entender que:

“... o temor reverencial acompanhado de ameaças e violências é capaz de viciar o ato” (*RF*, 60:339).

O problema é relevante em assunto de casamento, porque estes casos são os mais propícios à pressão dos parentes. A dúvi-

48. COELHO DA ROCHA, *Instituições de direito civil português*, Rio de Janeiro, 1907, v. 1, § 102:

“*Temor reverencial* diz-se o receio de desgostar o pai, a mãe ou outros superiores, a quem se deve respeito: entretanto se o temor foi acompanhado efetivamente de violências da parte desse superior, pode anular-se o ato”.

49. CORREA TELES, *Digesto português*, v. 1, art. 24.

50. Cf. MANOEL IGNÁCIO CARVALHO DE MENDONÇA, *Doutrina e prática*, loc. cit.

51. OROZIMBO NONATO, *Coação*, n. 85.

da que se propõe, nas ações anulatórias, é a de saber se foi lícita a pressão, consistindo em mero temor reverencial e portanto não dando margem à anulação, ou se excedeu o limite da liceidade, passando ao campo da coação.

Um aresto, de 3 de setembro de 1938, do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro anulou matrimônio de jovem que se casara aos 17 anos, sob pressão de sua mãe e de um colateral que lhe fazia as vezes de pai. A prova demonstrou que se não tratava de simples temor reverencial, pois a paciente fora vítima de violências, inclusive de ameaça de internação, a fim de quebrar sua relutância em contrair o malfadado matrimônio. O que surpreende é que a ação foi afinal julgada onze anos após o enlace, depois de dilatado período de coabitação, no qual o casal teve filhos (*RT*, 117:298).

Hipótese parecida encontra-se em acórdãos do Tribunal do antigo Distrito Federal (*RT*, 182:950), cuja ementa proclama:

“Anulável é o casamento em que o consentimento de qualquer dos nubentes foi obtido por coação, mesmo que esta consista em simples, mas forte temor reverencial”.

Ainda, na mesma trilha, o julgado da 6.^a Câmara Cível do Tribunal de São Paulo, em que se entendeu não existir simples temor reverencial, mas coação, quando o pai faz graves ameaças de castigo à filha, para obrigá-la a casar (*RT*, 274:333).

Também no campo das relações trabalhistas o problema tem suscitado controvérsia; mas os julgados, em regra, acolhem tese idêntica, no sentido de se transformar em coação o temor reverencial, quando a ele se adicionam ameaças por parte do superior. Assim, entendeu-se existir coação, capaz de anular o pedido de demissão formulado pelo empregado, em “... o fato de ter sido ele assinado pelo empregado sob pressão moral em visível estado de exaltação nervosa” (*RF*, 92:776. Cf., ainda, mesma revista, 68:795 e 97:213).

Em suma, o mero temor reverencial não se equipara à coação. Mas, se acompanhado de ameaças ou violências, trans-

forma-se em vício da vontade; tais ameaças, no caso de provirem de pessoas que por sua situação inspirem respeito e obediência, como, por exemplo, os ascendentes, o marido e os superiores hierárquicos, não necessitam de se revestir da mesma gravidade que se tivessem outra fonte, porque o temor reverencial é, por si mesmo, agravante da ameaça.

Capítulo XXIII

A ameaça deve ser injusta

Sumário:

- 133. A iliceidade do constrangimento. Ameaça ilegal. Ameaça *adversus bonos mores*.
- 134. A iliceidade no meio empregado ou no fim almejado.
- 135. Abuso de direito.
- 136. A hipótese de culpa da vítima não altera o problema.
- 137. A transação entre a vítima e o agente do dano, nos casos de responsabilidade civil.
- 138. O abuso de direito, ainda quando não se pleiteia excesso sobre o que é devido.

133. *A iliceidade do constrangimento. Ameaça ilegal. Ameaça "adversus bonos mores"*. Para que se caracterize a coação, surgindo, desse modo, o vício da vontade capaz de tornar anulável o negócio jurídico, mister se faz seja injusto o constrangimento. A lei o diz ao proclamar, no art. 100 do Código Civil, que não se considera coação a ameaça do exercício normal de um direito.

Quem interfere na esfera jurídica de outrem, ou o faz de acordo com a lei e seu ato é lícito, ou atua em desavença com a norma e ilícito se revela o seu procedimento. Na primeira hipótese, tal atitude, em regra ¹, não constitui coação. Assim, se para alcançar o fim a que tinha direito uma das partes ameaça a outra de praticar ato perfeitamente legal, logrando, através desse expediente, colher-lhe a anuência, não se configura a coação pois faltou, para caracterizar o vício, a iliceidade no comportamento do agente.

1. A ressalva tem por escopo deixar porta aberta à hipótese de abuso de direito. É possível que a interferência na órbita jurídica de outrem, embora autorizada pela lei, se revista de alguma exorbitância, configurando-se o uso abusivo do direito.

O melhor exemplo da hipótese é o do credor que, para obter pagamento da dívida vencida, ameaça de execução judicial o devedor. Como o ordenamento jurídico lhe confere esta prerrogativa, o ato é perfeitamente lícito; por se mostrar incensurável, não há causa para resolução do contrato. Trata-se de entendimento generalizado:

“Não se considera que vicie o consentimento a ameaça de exercício normal de um direito, como o de acionar dívida vencida” (RF, 35:39; 37:163. Cf., ainda, RT, 121:192).

Em rigor, o mecanismo volitivo foi forçado e o consentimento não se manifestou livremente. Mas, como a ameaça representa recurso a uma via lícita, o ato sobrevive inatacável.

Em suma, regra geral o negócio jurídico só terá eficácia se o consentimento das partes for consciente e livre; na hipótese figurada ele não se externou livremente porque foi gerado por ameaça provinda do outro contratante; mas, como tal ameaça se conforma com a norma legal, o ato não se anula, negando-se, assim, proteção ao declarante, cujo consentimento sucumbiu ante a ameaça do exercício normal de um direito.

Dois arestos caracterizam bem a hipótese. O primeiro (RF, 105:509) julgou improcedente ação intentada pelo marido para anular casamento contraído sob coação, consistente em pressão exercida pelos irmãos da mulher, que o teriam ameaçado de processo penal, por crime de defloramento, donde resultou gravidez. Entendeu o Tribunal não ocorrer o vício da vontade pois, se falsa fosse a imputação, poderia o réu demonstrá-lo na instância criminal; e, se verdadeira, a ameaça que provocara sua anuência representava apenas o exercício normal de um direito, o que afastava a figura da violência.

No segundo julgado, mais recente (RT, 296:310), a tese se apresenta com igual nitidez. Certo indivíduo preferiu adquirir à vista mercadoria por Cr\$ 225.000,00, em vez de fazê-lo pelo dobro, a prazo. O preço foi pago, por ocasião da transferência de posse, através de cheque sem fundo. Ameaçado de queixa à Polícia, concordou em inovar a avença, submetendo-se a pagar

a prazo o preço de Cr\$ 450.000,00, em dezoito prestações mensais. Paga a metade destas, correspondente ao preço à vista, recusou-se o devedor a resgatar as restantes, pleiteando fossem considerados sem efeito os títulos remanescentes, por terem sido extorquidos através de coação. O Tribunal de São Paulo repeliu o pedido, proclamando o acórdão:

“A simples ameaça de denúncia à Polícia, contra emitente de cheque sem fundo, não constitui coação capaz de viciar o consentimento e tornar ineficaz o contrato subsequente assinado por aquele emissor”.

Talvez se pudesse entender que faltava à ameaça a gravidade necessária. Entretanto, parece mais razoável pensar que a coação não se caracterizou porque o ato do contratante, intimidando o emissor do cheque com ameaça de queixa à Polícia, não era injusto, por representar o exercício normal de um direito.

O argumento inspirador do inciso em comentário é velho nos quadros do direito e, não raro, tem sido interpretado com amplitude maior. OROZIMBO NONATO (*Coação*, n. 87) refere-se à tradição romana, seguida por escritores mais modernos como TOULLIER, DURANTON, LAURENT e MARCADÉ, segundo a qual a ameaça, para violar o consentimento, deve colidir com os bons costumes, isto é, ser *adversus bonus mores*. O acolhimento de tal noção coloca o problema dentro do âmbito da moral, que é bem mais amplo do que o do direito². Pois, para se caracterizar a coação, a ameaça deve envolver um comportamento contrário aos bons costumes.

Com efeito, como aponta aquele eminente magistrado brasileiro, tal entendimento vem sustentado por inúmeros autores. A começar por POTHIER³, que acusa a fonte romana onde se inspirou. É ele peremptório:

2. O texto básico se encontra no Digesto, Liv. 4, Tit. II, frag. 3, § 1.º:

“Sed vim accipimus atrocem et eam, quae adversus bonos mores fiat, non eam, quam magistratus (recte) intulit, scilicet jure licito et jure honoris, quem sustinet”.

3. POTHIER, *Traité des obligations*, § 2, n. 26.

“La violence, qui peut donner lieu à la rescision du contrat, doit être une violence injuste, *adversus bonos mores*”.

Juristas posteriores repetem a lição e, entre eles, cumpre destacar DURANTON⁴ (que se reporta a MERLIN), MARCADÉ⁵, LAURENT⁶ e DEMOLOMBE⁷.

Entre os modernos, mister se faz acentuar a posição de RIPERT, ao insistir na influência da regra moral sobre as obrigações civis⁸. Este grande mestre, analisando a incidência do vício sobre a vontade, reconhece que a doutrina quer justificar a anulabilidade do contrato, na imperfeição do ato volitivo; procura, contudo, demonstrar que a jurisprudência dos tribunais leva principalmente em conta o caráter injusto da violência⁹.

4. DURANTON, *Cours de droit français*, n. 153:

“Nous disons par une *violence injuste*, parce qu'en effet celle-là seulement qui est exercée *adversus bonos mores* vicie les engagements”.

5. MARCADÉ, *Explication du Code de Napoléon*, v. 4, p. 365.

6. LAURENT, *Principes de droit civil*, v. 15, n. 515:

“Pour que la violence vicie le consentement il faut qu'elle soit injuste, ou, comme disent les lois romaines, qu'elle soit contre les bonnes moeurs. Pothier le dit, et si les auteurs du Code n'ont pas reproduit cette condition, c'est qu'elle allait sans dire”.

7. DEMOLOMBE (*Traité des contrats*, v. 24, p. 145) ensina que a violência implica a idéia de manobra ilícita e acrescenta ser isso o que os romanos queriam exprimir quando diziam dever ser ela *adversus bonos mores*.

8. RIPERT, *A regra moral nas obrigações civis*, trad. port. de Osório de Oliveira, São Paulo, 1937. JOSSEERAND (*Les mobiles dans les actes juridiques*, n. 77) censura a posição de Ripert, que põe ênfase no aspecto moral do problema, em detrimento do psicológico e jurídico; e afirma que o mestre se afasta da tradição dos textos, que atribuem com insistência a nulidade do ato à opressão da vontade, resultante da violência.

9. As *Novelles* belgas, v. 4, n. 815, sustentam que o art. 1.114 do Código Civil francês nada mais é, no fundo, do que uma aplicação da idéia dos juristas romanos, que entendiam viciar o consentimento a violência, se fosse contrária aos bons costumes.

Cf. ainda PLANIOL, RIPERT e ESMEIN, *Traité pratique*, v. 6, n. 196:

“... dans la violence comme dans le dol, la nullité n'est pas fondée sur la seule altération du consentement. Elle est, en même temps, la sanction d'une acte illicite, dont elle suppose l'existence”.

DEMOGUE¹⁰ ressalta, igualmente, a importância desse elemento moral na caracterização da violência, afirmando que na coação o que se combate é menos o ato violento do que o resultante injusto e anti-social almejado pelo seu autor.

Os Códigos modernos que consignam regra sobre o assunto se referem apenas ao aspecto jurídico do problema, negando a configuração do vício, quando o ato ameaçado consistir no exercício de um direito do indigitado coator. Assim, parecem desprezar o elemento moral, isto é, o fato de a ameaça representar afronta aos bons costumes.

Esse o critério adotado pelo art. 100 do Código Civil brasileiro. Proclama não constituir coação a ameaça do exercício regular de um direito. Aliás, PONTES DE MIRANDA¹¹ anota que o direito brasileiro não aludiu à imoralidade, à ofensa aos bons costumes etc., para não desviar o problema.

De fato, a imprecisão do conceito de *moral*, ou a amplitude da idéia de *bons costumes*, torna inconveniente a inclusão de tais expressões na lei. Daí, decerto, dispor a norma que, para caracterizar a coação, basta que a ameaça contrarie direito.

Entretanto, como já ficou dito, considerável é o arbítrio do juiz ao examinar o caso concreto. Por isso, a meu ver, embora a lei exija que a ameaça consista num ato contra direito, poderá o juiz conhecer da existência da coação quando o coator, embora sem violar regra expressa, lança mão de procedimento contrário à moral ou colidente com os bons costumes¹².

134. *A iliceidade no meio empregado ou no fim almejado.* Para que a coação se caracterize, mister se faz seja injusta a ameaça. E ela o será, como vimos, se contrária a direito. Isso

10. DEMOGUE, art. cit., *Revue Trimestrielle*, v. 13, ano de 1914.

11. PONTES DE MIRANDA, *Tratado de direito privado*, 2. ed., Rio de Janeiro, t. 4, p. 366.

12. DEMOGUE, art. cit., p. 448, oferece sugestivo exemplo:

“Ainsi révéler à une fiancée le passé fâcheux de son fiancé pour l'amener à retirer sa promesse est en soi licite.

Mais si celui qui veut faire la révélation en menace le fiancé, la promesse d'argent qu'on lui fait pour payer son silence est nulle”.

ocorre quando o coator, para extorquir a anuência da vítima, lança mão de elemento compulsivo que a lei repudia, como, por exemplo, assustando o paciente com arma de fogo.

Mas, ocorre igualmente coação quando, embora se ameace praticar ato lícito, o resultado almejado é injusto. Por exemplo: o credor ameaça proceder à execução de hipoteca contra a devedora para constrangê-la a aceitar sua proposta de casamento; um contratante ameaça apresentar queixa-crime contra o outro (por delito efetivamente praticado), para, sem lhe haver pago a dívida, obter quitação. Nos dois casos o ato ameaçado é lícito, pois o credor tem direito de executar sua hipoteca e qualquer pessoa pode denunciar à Justiça um criminoso. Mas, em ambas as hipóteses, o fim colimado pelo coator é contra direito, pois a lei, querendo preservar a liberdade dos contratantes, permite se invalide o casamento se a concordância de um dos nubentes proceder de violência contra ele praticada e confere ao coagido ação para anular a quitação extorquida através de ameaça.

Portanto, a injustiça pode se encontrar tanto na iliceidade da ameaça (quando consiste em procedimento contrário a direito), como na iliceidade do fim visado.

135. *Abuso de direito.* A asserção acima formulada encontra justificativa na própria lei, pois o art. 100 do Código Civil emprega o adjetivo *normal*, que restringe a extensão do substantivo *exercício* (do direito). De sorte que a coação aparece não só quando o ato do coator se divorcia do direito, como também quando sua atitude, ainda que jurídica, corresponde ao exercício anormal, irregular ou abusivo de um direito.

Aliás, o art. 100 apenas trouxe, para a esfera específica da coação, uma aplicação da regra do art. 160, I, 2.^a parte, do mesmo Código, que, no plano geral, condena o abuso de direito.

Com efeito, dispõe tal preceito não constituir ato ilícito o que for praticado no exercício regular de um direito reconhecido; vale dizer que a lei exclui, do âmbito da liceidade, o ato praticado no exercício irregular ou abusivo de um direito.

Assim, a idéia de repulsa ao abuso de direito é reiterada pelo legislador, no caso específico da coação, quando afirma que esta

não se configura, se a violência consistir no exercício normal de um direito (CC, art. 100). E certamente não utiliza *normalmente* sua prerrogativa quem, lançando mão dela, visa a obter benefício excessivo ou infundado.

É unânime a doutrina no admitir como injustas estas duas espécies de atos. São repelidas não só as ameaças praticadas contra direito, como também as praticadas com abuso de direito. Quer tenha o agente recorrido a um meio ilegal, quer tenha recorrido a um meio legal, para alcançar um resultado ilegal, em ambas as hipóteses se caracteriza a coação.

a) Assim, haverá coação quando o agente usa de violência ou de qualquer comportamento contrário a direito. O pai que, para forçar a filha a casar-se com pretendente por ele escolhido, ameaça de castigá-la severamente, decerto a coage (RT, 274:333). O comprador que, para compelir o proprietário a lhe vender terras, obtém sua prisão como usurpador, lança mão de uma violência que destrói a espontaneidade do querer e que, em consequência, torna anulável o negócio jurídico (RT, 153:601). O credor que, ameaçando de agressão física o devedor, alcança a substituição de títulos prescritos por outros novos, recorre a um meio que o direito desaprova e que, por isso, vai deferir ao coato ação anulatória dos documentos (RT, 107:513). Quando a vítima, já recolhida à prisão, é constrangida a renunciar serventia de justiça, sob ameaça de ser enviada a tribunal revolucionário, “*entidade ainda não definida*”, ocorre violência injustificada, capaz de tornar sem efeito o ato jurídico de renúncia (RF, 62:361).

Aqui a iliceidade se revela no meio de que o coator lançou mão.

b) Por outro lado, é igualmente injusto o procedimento de quem, recorrendo a uma via que o direito lhe abre, almeja alcançar vantagem indevida. Um contratante pode ameaçar o outro, com o fim de forçá-lo a cumprir o contrato; mas, vedado lhe é lançar mão de uma via normal de direito, para obter um proveito não devido¹³.

13. Cf., FRANCISCO CAMPOS, Parecer, RF, 71:459:

“O que vicia é a coação injusta: obter vantagem a que se não tem direito, ou vantagens maiores do que se tem direito”.

A maioria dos autores entende que é justamente a circunstância de tentar obter, através de um remédio legal, um proveito excessivo, que caracteriza o abuso de direito¹⁴. JOSSELAND, em seu livro sobre os móveis dos atos jurídicos (ob. cit., n. 79), o sustenta. Pretende o agente obter aquilo que lhe é devido? Então a pressão sobre o seu devedor é lícita. Mas, se utiliza da situação para obter vantagens não devidas, pratica uma espécie de chantagem que vicia o consentimento da vítima. Assim se estabelece a distinção entre o exercício regular e o abusivo das vias legais¹⁵.

DEMOGUE (art. cit., p. 452, n. 1) transcreve um julgado da Corte de Cassação francesa, onde se fixa tal posição. Diz o acórdão:

“As vias de direito empregadas por uma das partes contra a outra não constituem, em si mesmas, violência, no sentido legal, e não podem, em tese, motivar a anulação da convenção delas resultante. Mas tal regra não apresenta um caráter absoluto. Mister se faz examinar se o credor, de fato, usou regularmente de seu direito, ou se dele abusou. Segundo os casos, os juízes podem descobrir, nos procedimentos empregados para extorquir promessas excessivas do devedor, uma violência ilegítima, capaz de viciar o consentimento”.

Cf., ainda, *Les nouvelles*, v. 4, n. 819:

“Mais cette emploi (das vias de direito) cesse d'être légitime lorsque le créancier en a abusé pour extorquer à son débiteur des promesses excessives”.

Um exemplo característico citado nesse livro (n. 822) e objeto de julgado de uma corte de Bruxelas é o do credor que, ameaçando executar seu devedor, obtém dele a inserção, em o novo contrato, de uma cláusula penal.

14. AUBRY e RAU, *Cours*, t. 4, § 343 bis. LAROMBIÈRE, *Obligations*, v. 1, p. 71.

15. Cf. VENZI, nota r a PACIFICI-MAZZONI, *Istituzioni di diritto civile italiano*, p. 433, *verbis*:

“... la minaccia di adire le vie giudiziali non sarà ingiusta, se con essa si mira semplicemente ad ottenere il pagamento di ciò che è dovuto, ma lo sarà se si mira ad ottenere la stipulazione d'interessi esagerati o altri vantaggi non dovuti. E così la minaccia di denunciare un reato o di darne querela sarà ingiusta quando alcuno se ne serve a scopo di ricatto; non lo sarà quando con essa si mira ad ottenere bonariamente, senza dover ricorrere alle vie giudiziali, il risarcimento del danno cagionato dal reato”.

O escritor ilustra seu ponto de vista com a transcrição de vários outros julgados de tribunais franceses. Assim, por exemplo: reconheceu-se haver coação no fato de o marido obter quitação da mulher, contra promessa de retirada de queixa-crime por adultério; da mesma forma, julgou-se injusta a ameaça de apresentação de queixa por crime de falsidade, a fim de obter do devedor declaração de dívida, em muito superior ao montante devido; ou ainda, a ameaça de embargar a saída de um navio, para conseguir do comandante indenização injustificável.

136. *A hipótese de culpa da vítima não altera o problema.* Os termos do problema, em rigor, não se alteram, ainda que haja culpa da vítima¹⁶. DURANTON¹⁷ repete a hipótese, já figurada no Digesto (Liv. 4, Tit. II, frag. 7, § 1.º), da pessoa que, apanhada em adultério ou a praticar furto, é compelida a se obrigar para com quem a surpreendeu no crime, a fim de evitar denúncia. E renova, nessa instância, a lição de ULPIANO, no sentido de não ser válido o ato jurídico, por advir de uma violência injusta. Será vão argumentar com a culpa da vítima, que se colocou na desagradável posição em que foi surpreendida; ela responderá que o fato de ser culpada não impede que seu consentimento ao negócio tenha sido extorquido pelo temor das conseqüências funestas da denúncia ameaçada¹⁸.

A questão fundamental continua a mesma, isto é, a de saber se o consentimento proveio ou não da ameaça; e ainda, se a ameaça era justa ou não. Se provado ficar que a ameaça foi grave e injusta e que gerou consentimento, houve vício da vontade e anulável se apresenta o negócio jurídico¹⁹.

16. Em sentido contrário DEMOGUE (art. cit., p. 443) que oferece como princípio a seguinte proposição:

“La violence et les événements naturels produisent des conséquences qui ne sont effacées par le droit que si elles se sont produites sans faute antérieure de la personne violente”.

17. DURANTON, *Cours de droit français*, v. 6, n. 144.

18. Cf., igualmente, DEMOLOMBE, *Contrats*, t. 1, n. 149.

19. LAROMBIÈRE (*Obligations*, v. 1, p. 71 e s.) figura hipótese interessante do devedor que, preso por dívida, anui em dar em pagamento determinado imóvel, com o fim de obter a liberdade. O problema é o de se apurar se houve ou não pressão injusta e, para tanto, o escritor faz a seguinte distinção. Se a proposta partiu espontaneamente do devedor, o contrato é válido, ainda que tenha

137. *A transação entre a vítima e o agente do dano, nos casos de responsabilidade civil.* DEMOLOMBE (ob. e loc. cit.), reconhecendo que se pode transigir sobre o interesse civil que resulta de um delito, censura a lição de DURANTON, segundo a qual não é lícito transacionar no próprio momento em que o delito ocorreu. Não se deve pressupor, diz DEMOLOMBE, que o acordo ultimado nesse instante resulte necessariamente de coação exercida sobre o agente do ato ilícito e que o teria forçado a concordar com indenização exorbitante. Apenas se requer, conclui aquele escritor, a presença de um pressuposto: é que o consentimento não haja sido extorquido através de violência, matéria que constitui mera questão de fato²⁰.

Mas, ainda aqui, é de indagar se a vítima abusou de sua situação, para alcançar reparação excessiva, e se, mesmo sem ter proferido ameaças, usou deslealmente dos meios coativos, que a ela se apresentavam (DEMOLOMBE, ob. e loc. cit.).

Em suma, será injusta a violência quando o meio de que lançou mão o coator é desaprovado pela lei; é ela igualmente injusta quando, embora lícitos os meios, os resultados pretendidos são, no todo ou em parte, indevidos. Então, se configura o abuso de direito. E o julgamento dessa circunstância compete ao juiz²¹.

havidu lesão, pois a decisão do prejudicado não teve por causa um comportamento do credor; aquele agiu por exclusivo receio da incidência da lei. Ao contrário, se a proposta partiu do credor, se ela se fez acompanhar de ameaças, haverá abuso de direito, haverá violência capaz de anular o negócio, desde que contenha a necessária intensidade.

20. LAROMBIÈRE (ob. cit., p. 73) acha que o abuso se caracteriza nesta hipótese. Se a vítima recorre à ameaça de ação cível, para obter a reparação do prejuízo sofrido, o ato é válido. Mas, se para alcançar maiores vantagens exagera as conseqüências desagradáveis de uma denúncia e de uma demanda dirigidas contra o agente; se explora as hesitações e os terrores de sua consciência; se recorre à intimidação, valendo-se da peculiar posição em que sua culpa o colocou, e que faz do medo do delinqüente um excelente instrumento de ação sobre sua vontade cambaleante, então, pode bem ocorrer que o temor espontâneo, excitado pelas circunstâncias exteriores, se transforme num constrangimento de gravidade suficiente para viciar o consentimento.

21. DEMOGUE, art. cit., p. 453:

“Le point de savoir si l'usage de voies de droit a dans l'espèce constitué une violence, parce qu'il avait réclamation abusive, est souverainement tranché par les juges du fait”.

Esse autor, além de citar julgados em favor de tal ponto de vista, anota serem de opinião contrária à sua Aubry e Rau, Raudry e Barde e Crépon.

138. *O abuso de direito, ainda quando não se pleiteia excesso sobre o que é devido.* Creio, aliás, que o abuso de direito poderá ocorrer mesmo que a ameaça consista no exercício de uma prerrogativa, ainda que para obter fim legítimo, se aquela se revestir de elementos agravantes.

O credor tem direito de acionar o devedor para cobrar seu crédito; mas, se para o compelir a uma liquidação o ameaça de acompanhar a demanda com uma campanha de imprensa que o desmoralizará, recorrendo a protesto contra alienação de bens etc., estará forçando injustamente seu consentimento e coação haverá.

Um exemplo, encontrado nos livros franceses mais antigos, pode caracterizar o abuso de direito, ainda quando o credor exige apenas o que lhe cabe. Tempo houve em que o credor podia fazer prender o devedor impontual²². Mas, se este remédio judicial é desviado de sua finalidade e o credor a ele recorre para assustar o devedor, exagerando as conseqüências escandalosas que a prisão terá sobre o seu nome, sua honra e a de seus filhos, poder-se-á configurar a coação²³.

É verdade que nos casos acima figurados, como em outras hipóteses semelhantes, a despeito da exorbitância no procedimento do credor e do reconhecimento da existência da coação, o ato de pagamento sobrevive intocado²⁴. Isto porque a vítima não pode, alegando pressão injusta, pleitear repetição de um pagamento que, de todo modo, devia efetuar.

22. A *contrainte par corps*, segundo a qual, em alguns casos de inadimplemento de obrigação civil, podia o credor conduzir o devedor à prisão, até o pagamento da dívida, constituiu objeto dos arts. 2.059/2.070 do Código de Napoleão, que foram revogados pela lei de 22 de julho de 1867.

23. LAURENT, *Principes*, v. 15, n. 516. Este, bem como a quase generalidade dos demais autores só admitem o uso abusivo do direito, se o agente pleiteia obter mais do que lhe é devido. O exemplo acima figurado, colhido em DEMOLOMBE, refere-se ao indivíduo que, devendo três mil francos, anui em dar em pagamento uma propriedade no valor de seis mil, para evitar a prisão. O que o texto procura sustentar é que o abuso pode se configurar ainda quando o que o coator reclama lhe é efetivamente devido. Pois, caso contrário, dever-se-ia admitir a tese de que qualquer meio injurídico é válido para alcançar o adimplemento de uma obrigação de que se é credor. Ora, isso equivaleria à admissão da tese de que se pode fazer justiça pelas próprias mãos.

24. Nas hipóteses figuradas, embora o pagamento não se possa repetir, o ato ilícito pode dar lugar a uma ação de perdas e danos, se a coação causou prejuízo.

Mas, noutros exemplos, o vício do consentimento, provindo do uso excessivo do direito, pode infirmar o negócio jurídico. Em DEMOGUE (*Obligations*, ns. 307 e 315) encontram-se dois exemplos tirados da jurisprudência, nos quais o abuso no exercício de um direito faz com que se configure a coação, capaz de viciar o consentimento.

O primeiro cuida do caso de um artista que se recusa a continuar representação em meio, se não se lhe prometer uma vantagem²⁵. É evidente que o artista tem o direito de não representar, como ainda o tem de pleitear aumento de seus salários. Mas, o fato de reclamar tal aumento, sob ameaça de abandonar o espetáculo em curso, constitui *abuso do direito de não representar*, ato ilícito, suscetível de fazer com que sua ameaça se revele injusta, configurando-se coação capaz de tornar sem efeito a convenção resultante.

O segundo, bastante semelhante, refere-se à nulidade de um contrato, imposto por músicos a um diretor de teatro, sob a ameaça de greve imediata, no momento em que a representação ia começar²⁶. Os músicos têm direito de não trabalhar; têm-no de pleitear aumento de salários e têm-no, igualmente, de fazer greve para conseguir melhoria. Mas, o fato de recorrerem à greve, na hora do espetáculo, constitui exercício abusivo do direito, capaz de configurar a violência injusta e, assim, infirmar o ato jurídico.

Um julgado de corte trabalhista decidiu, entre nós, hipótese que pode ilustrar a tese em estudo. Ameaçando de prisão um empregado acusado de desfalque, bem como de promover contra ele processo administrativo, donde resultaria sua despedida do emprego, certa empresa conseguiu arrancar-lhe o pedido de demissão, a renúncia aos direitos adquiridos e, ainda, declaração reconhecendo a dívida no montante do alcance. Apresentada a demanda de nulidade, entendeu o tribunal que a *"ameaça coibiu visivelmente a vontade do recorrido, levando-o a assinar o documento em questão"*, não havendo, portanto, por parte do recorrente, apenas o exercício normal de um direito. Concluiu, des-

25. *Jurisprudence de Tribs. de 1^e Instance Belges*, p. 595.

26. Tribunal de Marselha, 9 de março de 1912, *Rec. Marseille*, 1912, 2, 145.

tarte, não ser válido o "... documento em que o empregado renuncia a direitos adquiridos, desde que fique provada a existência de coação moral pelo emprego de ameaças de prisão imediata e conseqüente processo criminal, feitas em presença da autoridade policial" (RF, 91:523).

Em rigor, o empregado que dá desfalque pode ser perseguido criminalmente e o seu patrão dispõe de justa causa para afastá-lo do emprego, através de processo legal adequado. Mas, no caso em apreço, o aparato do procedimento e as ameaças efetuadas representavam um abuso de direito, capaz de configurar a coação e tornar sem efeito o ato jurídico da renúncia.

Parece-me que, embora o empregador tenha procurado alcançar, nesta hipótese, apenas aquilo a que tinha direito — o afastamento do empregado infiel e a reparação do prejuízo sofrido — o abuso se caracterizou em virtude da exorbitância da ameaça, suscetível de provocar, no espírito da vítima, invencível receio de escândalo, repercutindo sobre seu nome e o de seus familiares²⁷.

O que se pretende sugerir, neste parágrafo, é que a coação pode ocorrer mesmo quando o agente, procurando obter o que tem direito, através de ameaça a um recurso legal, exorbita no exercício de seu direito, criando, assim, no espírito da vítima, fundado temor de conseqüências mais funestas que as normais.

O problema é delicado e sugere as tradicionais distinções entre o ato praticado contra direito e o ato abusivo de direito. Se o comportamento do coator colide com a lei, a ilicitude de sua conduta é manifesta e fácil se torna caracterizar o defeito do consentimento. Mas, na hipótese do ato abusivo, a caracterização é penosa e somente o exame do caso concreto pode conduzir o juiz a decidir de sua existência. A dificuldade consiste em fixar o limite em que o ato deixa as lindes da liceidade, para ingressar nas fronteiras da ilicitude.

27. Cf. Julgado, RF, 96:674:

"A ameaça de fazer efetivo um direito só vicia o ato se o agente abusa da situação do ameaçado, compelindo-o a praticá-lo com o inculir-lhe temor quanto às conseqüências da negativa".

DEMOGUE (*Obligations*, n. 318) realça o problema. Figura ele a hipótese da mãe solteira que, para obter pensão do amante que a abandonou, o ameaça de morte. A promessa, assim obtida, é anulável, dada a evidente coação. Mas, pergunta o autor: poderia a jovem, para conseguir importância moderada, ameaçar o amásio de revelar a situação a sua noiva ou empregar qualquer outro meio, não vedado pela lei, capaz de tornar insustentável a vida do D. Juan, que se tornou ermitão? A dificuldade, repito, está na medida além da qual o ato regular se torna abusivo.

Em conclusão, para que a ameaça vicie o consentimento é mister que seja injusta. Não se considera injusta a ameaça do exercício normal de um direito. Tal exercício, entretanto, será abusivo não só quando vise a obter uma vantagem que competia ao coator, como também excepcionalmente, quando se exorbita na utilização da ameaça de ato a que se tinha o direito de recorrer.

Capítulo XXIV

O conteúdo da ameaça

Sumário:

- 139. A regra de direito sobre a matéria.
- 140. Pessoa em quem repercutirá o prejuízo. Plano de tratamento.
- 141. A questão no direito romano e a maneira como evoluiu no direito francês.
- 142. A solução italiana.
- 143. O problema no direito pátrio.
- 144. A ameaça de prejuízo material à pessoa da família do contratante.
- 145. Dano igual, pelo menos, ao receável do ato extorquido.
- 146. Opiniões sobre o preceito e conclusão sobre o assunto.

139. A regra de direito sobre a matéria. A coação só vicia o ato jurídico quando provoca, no espírito do paciente: a) temor de dano à sua pessoa, à pessoa de sua família ou aos seus bens; b) dano esse igual, pelo menos, ao receável do ato extorquido (CC, art. 98).

Aqui, cogita a norma do conteúdo da ameaça. Tem em vista, de um lado, aqueles em quem repercutirá o dano¹; de

1. PONTES DE MIRANDA (*Tratado de direito privado*, v. 4, p. 356) ensina que o problema em questão é o da direção da ameaça. Mostra que, em boa técnica legislativa, é irrelevante tal direção, pois a ameaça dirigida a um amigo pode ter maior força coativa do que a feita à pessoa da família do paciente. Mas, observa, o art. 98 limita e só considera coativa a ameaça se ela se dirigir à própria pessoa, a seus parentes e aos bens, quer do ameaçado, quer de pessoa de sua família. Veremos que este é um dos pontos cruciais do problema.

Data venia, não parece adequada a denominação — direção da ameaça — sugerida pelo sapientíssimo escritor. A ameaça se dirige sempre ao outro contratante. É possível que a vítima do prejuízo seja um parente ou terceiro, que não a pessoa ameaçada. Mas a ameaça se dirige inelutavelmente ao coato que talvez

outro, o tamanho do prejuízo ameaçado que, requer a lei, não deve ser inferior à perda que a vítima se conformou em sofrer, ao concordar com o ato extorquido.

Dois problemas diversos, que serão analisados separadamente.

140. *Pessoa em quem repercutirá o prejuízo. Plano de tratamento.* Como se vê da lei, a ameaça pode visar a pessoa da vítima, ou os seus bens, assim como a pessoa de sua família ou os bens desta².

Ocorre violência à pessoa do outro contratante quando ela se manifesta através da ameaça de sofrimentos físicos, tais como sevícias, prisão etc. Assim no exemplo já referido, da mãe que, para extorquir a concordância da filha, a abandona encerrada em seu quarto, sem assistência, no momento do parto. Ou na hipótese julgada pela 3.^a Câmara Cível do Tribunal de São Paulo onde, para forçar a vítima a reconhecer determinada dívida e assinar as promissórias correspondentes, os coatores obtiveram sua detenção legal. O acórdão, firme na lição de WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO, proclama que "... a coação se caracteriza não somente quando aquele que dela é vítima se acha num cárcere, mas quando haja qualquer prisão (*Curso*, cit., parte geral, p. 214), isto é, qualquer ato restritivo da liberdade" (*RT*, 297: 280).

Igualmente, ocorre coação se a ameaça provoca adequado receio de dano patrimonial. Assim, a ameaça de incêndio, de

concorde com o negócio não querido, para evitar as conseqüências funestas que pesam sobre pessoa de sua família ou outra de suas relações.

Cf. PLANIOL, RIPERT e ESMEIN, *Traité pratique*, v. 6, n. 193:

"D'ailleurs si c'est bien, comme nous l'avons montré, l'influence de la crainte sur le consentement qui justifie la nullité, c'est la crainte du contractant qu'il faut envisager, et non celle du tiers, si ce n'est pas son influence sur l'esprit du contractant".

2. Esta é a interpretação que, com algumas restrições e como mostrarei a seguir, parece justa. Há quem interprete a lei em sentido mais estrito, entendendo só haver coação se o dano ameaçado recair: a) sobre a pessoa do ameaçado; b) sobre os seus bens; c) sobre pessoa de sua família, excluindo, assim, do campo da violência, a ameaça que recai sobre os bens de pessoa da família do paciente. Embora aparentemente tal interpretação mais se amolde à letra da lei, não a tenho por verdadeira.

deprecação etc. Há pouco referi-me a julgado aludido por DEMOGUE (*Obligations*, n. 315), que anulou contrato imposto a um diretor de teatro por seus músicos, que lhe extorquiram promessa de aumento, sob a ameaça grave imediata, no momento em que a representação ia começar. Aqui o prejuízo contido na ameaça é nitidamente patrimonial.

Mas, não é só a ameaça de dano, visando ao contratante, que vicia o negócio. A lei considera igualmente a hipótese de alguém consentir ante a ameaça de dano a um seu parente, ou a bens desse parente. Além disso, a doutrina tem ampliado o sentido da lei, para admitir como caracterizado o vício da violência, ainda quando o mal ameaçado se endereça ao próprio coator, como na hipótese do filho que, para obter a anuência do pai, ameaça suicidar-se ou adotar uma profissão perigosa, como a de piloto de provas ou a de escafandrista³.

O princípio que inspira o legislador e que conduz o intérprete é sempre o mesmo: admite-se a coação e, portanto, o vício da vontade, sempre que a ameaça, revestindo-se de severidade adequada, provoca, no espírito da vítima, um temor de suficiente intensidade, capaz de dobrar-lhe a vontade, fazendo-a concordar com um negócio não querido, a fim de evitar as conseqüências mais funestas de um negócio ameaçado.

3. DEMOLOMBE (*Contrats*, v. 1, p. 163) relata fato verídico, que, por acaso, não atingiu a barra dos tribunais. Um pai se recusava a concordar com uma doação que fora exigida como condição de um casamento ardentemente desejado pelo filho. As famílias dos nubentes, reunidas perante o notário, estavam na iminência de se separar, quando o rapaz declarou ao pai que daria um tiro no ouvido, caso aquele persistisse em sua recusa. O pai, aterrorizado, consentiu na doação; mas, ao depois, pleiteou com êxito a nulidade do contrato, alegando coação.

Entende DEMOLOMBE que se trata de uma questão de fato, cabendo ao juiz resolver, ou seja: a violência, que o filho ameaçou exercer sobre sua própria pessoa, teria força para inspirar ao pai um tal terror, a ponto de ser considerada como violência exercida contra o próprio pai? No caso da resposta afirmativa, inegável é a existência da coação e portanto do vício de consentimento.

Cf. DEMOGUE, art. cit., p. 470, n. 31.

Entre os escritores brasileiros que admitem a existência da coação nessas hipóteses encontram-se PONTES DE MIRANDA (ob. e loc. cit.) e OROZIMBO NONATO (*Coação*, n. 101).

Tal regra deve ser admitida com restrições, que serão examinadas. Todavia, na hipótese em análise, verifica-se que, embora a ameaça se dirija àquele cujo consentimento se procura extorquir, o dano será sofrido por terceira pessoa.

A análise do princípio romano, da lei francesa e do pensamento dos escritores desse país, bem como dos Códigos italianos de 1865 e 1942, servirá como introdução ao exame do problema no Brasil.

Neste último passo, examinada a solução relativamente tímida do Código Civil, ver-se-á a tendência mais liberal acolhida pelos escritores brasileiros, aliás apregoada pelo Anteprojeto de Código de Obrigações de 1941 e nos projetos subseqüentes de reforma de legislação civil.

141. *A questão no direito romano e a maneira como evoluiu no direito francês.* O Liv. IV, Tít. II, do Digesto, que cuida do edito pretoriano na parte onde invalida os atos provocados pelo medo, traz a opinião de Paulo, onde vem afirmado que o edito contempla não só o temor de um mal à própria pessoa da vítima, como também o medo de ameaça a seus filhos; e conclui considerando que o amor dos pais pelos filhos faz com que os primeiros mais se arreciem quando ameaçados os segundos do que quando o perigo contra eles se dirige⁴.

POTHIER (*Obligations*, n. 25), embora estribado nesse texto, o interpreta mais amplamente:

“É preciso que a pessoa que pretende ter sido forçada a contratar, haja sido intimidada pelo receio de um grande mal, seja em relação a sua pessoa, seja em relação às pessoas de seus filhos, ou de quaisquer outras pessoas próximas: (e transcreve o texto de Paulo) *nam nihil interest in se quis veritus sit, an in liberis suis*, L. 8, ff. 3 dict. tít.” (tradução livre do francês pelo monografista).

Como se vê, POTHIER não circunscreve a existência da coação apenas à hipótese de a ameaça se dirigir ao contratante e a

4. Digesto, Liv. IV, Tít. II, frag. 8, § 3.º:

“Haec, quae diximus ad edictum pertineret, nihil interest, in se quis veritus sit, an in liberis suis cum pro affectu parentes magis in liberis terreantur”.

seus filhos, admitindo-a, igualmente, quando o mal contido na proposta recaí sobre outros parentes próximos do paciente.

Essa é a fonte direta do artigo correspondente do Código Napoleônico, que traduzo:

“Art. 1.113. A violência é causa de nulidade do contrato, não somente quando for exercida sobre a parte contratante, mas também quando o for sobre seu esposo, ou esposa, seus descendentes e ascendentes”.

Portanto, aqui, como já ocorrera na lição de POTHIER, nota-se ampliação do conceito romano, para admitir a existência de coação não só quando o dano se refere à vítima ou a seus filhos, mas também quando ameaça seu consorte, seus ascendentes e descendentes.

Mas, dever-se-á interpretar a regra, limitando seu alcance tão-somente a essas pessoas, isto é, cônjuges, descendentes e ascendentes?

Enquanto alguns escritores vêm no texto enumeração taxativa⁵, outros procuram ampliar seu abrangimento. E talvez mesmo se pudesse afirmar que é no sentido de admitir a interpretação liberal, em detrimento da exegese restritiva, que se encontra a corrente mais numerosa, embora tendo de levar de ven-

5. Entre estes lembro DURANTON, AUBRY e RAU e LAURENT:

DURANTON (*Cours*, v. 4, n. 152) reconhece que deveria o legislador ter incluído o irmão entre as pessoas mencionadas no art. 1.113, pois a afeição que liga esses parentes é pelo menos igual a que une o avô ao neto. Todavia, conclui:

“Mais la loi ne s'étant pas expliquée au sujet de la violence exercée sur les frères et soeurs de la partie contractante, quand elle l'a fait à l'égard de celle exercée sur ses ascendants ou ses descendants, on ne pourrait alléguer cette violence pour en faire une cause de nullité du contrat”.

LAURENT (*Principes*, v. 15, n. 520), referindo-se à opinião contrária, ampliadora do artigo, diz oporem-se a ela o texto e o espírito da lei. Argumenta: A violência, em regra supõe que alguém se obrigou por medo de expor sua pessoa ou sua fortuna a um mal considerável e presente. Quando se trata de um mal que ameaça outra pessoa, o art. 1.113 abre uma exceção, para incluir o cônjuge, os ascendentes e os descendentes. Fora dessa exceção prevalece a regra geral.

AUBRY e RAU (*Cours*, v. cit., n. 343 bis, nota 14) são do mesmo aviso e entendem que o art. 1.113 deve ser considerado limitativo e não simplesmente demonstrativo.

cida a reação de grandes vultos como AUBRY e RAU e LAURENT. Com efeito, abandonando o entendimento originalmente sustentado de que a enumeração do art. 1.113 é taxativa, a doutrina e a jurisprudência francesas se inclinam para a tese de ser ela, com certas restrições, meramente exemplificativa.

LAROMBIÈRE (*Théorie et pratique des obligations*, v. 1, p. 76) sustenta idéia, já difundida por Marcadé⁶, de que a violência exercida sobre um irmão, um tio, um amigo, ou qualquer outra pessoa não incluída no art. 1.113, pode constituir legalmente uma extorsão da vontade, capaz de viciar o consenso. Mas, uma distinção se impõe: no caso de violência dirigida ao cônjuge, ao ascendente ou ao descendente, basta que se prove a ameaça, para que se anule o ato jurídico, pois a lei presume, de maneira irrefragável, a identificação entre aquelas pessoas e o contratante. Estão elas com ele de tal modo ligadas que a ameaça de um mal sobre as mesmas recaindo dobrará sua vontade, do mesmo modo que se a violência contra ele próprio se voltasse.

Contudo, se a violência se dirige contra outra pessoa que não o cônjuge o ascendente ou o descendente do contratante, não basta a prova da ameaça, para caracterizar o vício da vontade. Mister se faz demonstrar que a vítima está tão intimamente ligada ao contratante que os laços de afeição ou parentesco fazem de ambos uma só criatura, de modo que a violência a um prometida vem ressoar com igual intensidade no outro. Nesse caso, feita a prova dessa intimidade e da violência exercida sobre a outra pessoa, poder-se-á obter a anulação do negócio jurídico.

6. MARCADÉ (*Explication théorique et pratique du Code de Napoléon*, v. 4, p. 364, n. 413) afirma ser evidente que a disposição do art. 1.113 não é limitativa; e prossegue:

“... si mon refus de signer un acte doit faire exécuter la menace de ruiner ma soeur, ou d'infliger des traitements barbares à une personne qui m'est chère, ou d'assassiner une personne qui m'est, si l'on veut, complètement étrangère, il est clair que la violence exercée contra la tierce personne produit sur moi-même une violence morale, une crainte qui m'est toute personnelle, et qui suffit pour vicier mon consentement et faire annuler le contrat. Le seul sens possible de notre article est donc que, dans le cas de conjoints ou de parents en ligne directe, la violence exercée contre l'une de ces personnes produira forcément et de plein droit le même effet que si elle était dirigée contre la partie contractante elle-même; tandis que, pour toutes autres personnes, les juges seront libres de se déterminer par les circonstances”.

Esta parece a opinião prevalecente não só entre os escritores da época, como também entre posteriores⁷. Em síntese, acolhem o ponto de vista seguinte: na hipótese de violência dirigida a alguma das pessoas mencionadas no art. 1.113 do Código Napoleônico, a lei presume, *juris et de jure*, a íntima vinculação das partes, bastando portanto ao contratante provar a ameaça e o parentesco, para obter a anulação do negócio malsinado; na hipótese de pessoas não referidas naquele artigo, o autor da ação anulatória deve não apenas provar a violência exercida contra terceiro, mas a repercussão que teve em sua sensibilidade, conduzindo-o a concordar com um ato não desejado.

142. *A solução italiana.* O legislador italiano decerto quis fugir à controvérsia surgida entre os intérpretes do Código de 1804. Assim, embora copiando em seu art. 1.113 a regra do preceito de igual número de seu paradigma, a ele acrescentou um novo parágrafo, onde aquela interpretação, acima exposta, vem acolhida em forma de lei. Com efeito, dispõe a regra do Código Civil italiano de 1805, que traduzo:

“Art. 1.113. A violência é causa de nulidade do contrato, ainda quando o mal ameaçado seja dirigido à pessoa ou bens do cônjuge, ou de um descendente ou ascendente do contratante. *Tratando-se de outra pessoa, compete ao juiz de pronunciar-se sobre a nulidade, segundo as circunstâncias*” (grifo meu)⁸.

7. Cf. no mesmo sentido, entre outros, DEMOLOMBE, ob. cit., n. 162; MOURLON, *Répétitions écrites sur le deuxième examen de Code de Napoléon*, 8. ed., ed. rev. por Démangeat, Paris, 1869, v. 2, n. 1.052; CAPITANT, *Introduction*, p. 272, nota 3.

DEMOGUE (art. cit., p. 469), como os outros, participa exatamente da opinião de Larombière, acima referida, no sentido de que nos casos mencionados no art. 1.113 há violência decisiva e, nos outros casos, necessário se faz prova mais completa das relações entre o ameaçado e a vítima da ameaça. Mas conta que um julgado da Corte de Paris (31 mar. 1906, D. 1907. 2.366) desprezou a alegação de violência exercida sobre um amigo. E adverte que se recebeu escorregar por uma rampa perigosa.

Cf., ainda, PLANIOL, RIPERT e ESMEIN, *Traité pratique*, v. cit., n. 193; *Les nouvelles*, v. cit., n. 803; JOSSEAND, *Les mobiles*, n. 89.

8. O Código italiano de 1942 foi ainda mais feliz na redação da última parte do artigo correspondente. Enquanto o art. 1.436, do Código de 1942, 1.ª parte,

143. *O problema no direito pátrio.* O Código Civil brasileiro, embora mais amplo do que o francês, não ousou abraçar o caminho indicado pelos doutores citados e acolhido pelo legislador italiano, nem a solução mais extremada do art. 666, parágrafo único, do Código Civil português de 1867⁹.

Com efeito, o art. 98 de nossa lei civil considerou haver vício da vontade, quando a ameaça gerasse no espírito da vítima temor de dano não só à sua pessoa, como à pessoa de sua *família*.

A palavra *família* tem maior amplitude do que a enumeração feita pelo legislador francês, que se referiu somente ao cônjuge, aos descendentes e ascendentes. Porque nela se incluem outros parentes, como os irmãos e, sem dúvida, os descendentes ilegítimos e os adotivos.

Verdade que não é pacífico o conceito de família. ESPÍNOLA (ob. cit., p. 425, n. 97) e OROZIMBO NONATO (*Coação*, n. 90) apontam dois diferentes sentidos atribuídos pelo próprio legislador ao vocábulo. Numa acepção mais ampla, ensina o primeiro, compreende a família os cônjuges, os ascendentes, os descendentes e os colaterais até o grau fixado por lei. Em sentido

reproduz aproximadamente o art. 1.113 da codificação anterior, a alínea daquele texto dispõe:

"Se il male minacciato riguarda altre persone, l'annullamento del contratto è rimesso alla prudente valutazione delle circostanze da parte del giudice".

9. O parágrafo único do art. 666 do Código português de 1867 era ainda mais liberal, nessa matéria. Prescrevia que "a coação consiste no emprego de força física ou de quaisquer meios que produzam danos ou fortes receios deles, relativamente à pessoa, à honra ou à fazenda do contratante ou de terceiros". Note-se que não há qualquer das restrições constantes de outros códigos. DIAS FERREIRA (*Código Civil português*, 2. ed., Coimbra, 1895, v. 2, p. 14), comentando esse inciso, adverte:

"... não poucas vezes fazem menos impressão as desgraças próprias do que as ameaças ou violências feitas a pessoas da família ou de estreitas relações".

E acrescenta:

"invalidará o contrato a coação contra terceiro, sempre que as relações do terceiro com o pactuante forem tais que o mal feito àquele se reputa feito a este, isto é, quando forem tais as relações entre um e outro que a coação empregada contra o terceiro influa decisivamente no pactuante".

O Código Civil português de 1966 consigna idéia semelhante no art. 255, n. 2.

estrito, abrange simplesmente os cônjuges e os respectivos filhos. E anota que o Código, por vezes, emprega o vocábulo numa acepção ainda mais estreita, para abranger os cônjuges e os filhos menores, como acontece nos arts. 233, I, III, V, e 70.

Entendo que, na hipótese, o legislador utilizou intencionalmente um vocábulo mais flexível, com o propósito de deixar campo maior para o analista e para o juiz.

Família surge no espírito do intérprete como o conjunto de pessoas unidas não só por um liame de parentesco consanguíneo, afim ou civil, como também por um sentimento altruísta, por uma afeição que as aproxima uma das outras, fazendo das alegrias e preocupações de cada qual a alegria e preocupação de todas.

No geral, este estado de espírito liga reciprocamente pais e filhos; liga irmãos entre si, avós e netos. Será, no entanto, da mesma intensidade a afeição que une estes a aqueles, ou mesmo um descendente ao seu ascendente, em terceiro ou quarto grau?

Parece que a utilização do vocábulo *família*, no art. 98, pelo legislador de 1916, teve o escopo de afastar a rígida solução francesa, na qual, em tese, a ameaça a um irmão repercute menos intensamente no espírito do contratante do que a ameaça a seu tetravô. Por isso, acredito que, na maioria dos casos, deve considerar-se mais a questão da proximidade de grau do que a da natureza de linhas.

Penso que se deve presumir, *juris tantum*, haver sempre coação quando o dano ameaçado se dirige aos pais, aos filhos (legítimos, ilegítimos, adotivos), aos netos e aos irmãos do contratante; no caso de outros parentes, bem como de terceiros ligados ao coato por maior amizade, deve-se permitir ao prejudicado a prova da coação, cumprindo-lhe evidenciar a ocorrência de ameaça de dano a esse terceiro e o fato de que tal ameaça teve força para dobrar seu consenso. Assim sendo, na hipótese de ameaça de dano aos parentes acima enumerados, haverá presunção legal de violência; na outra, não.

Tal interpretação se coaduna com a orientação do Código e reflete a tendência ampliadora da maioria dos pensadores pátrios, no sentido de admitir a existência da coação, não só quan-

do o dano ameaçado se dirige a um parente do contratante, como ainda quando se volta contra terceiros, a ele intimamente vinculados.

De fato, essa a tese que o maior número de escritores brasileiros acolhe.

Já antes do Código Civil, CARVALHO DE MENDONÇA, amparado em DOMAT, sustentou que a violência produz efeitos rescisórios mesmo quando os efeitos visam a determinados terceiros, como membros da família, amigos íntimos, o pupilo e a noiva. Recomendava se deixasse ao juiz competência para apreciar o fato, a fim de aquilatar da existência e da intensidade da ameaça¹⁰.

No Congresso, ao ensejo da discussão do Código Civil, surgiu emenda, de resto repelida, tentando inserir no corpo do art. 98 a idéia de que a ameaça de dano a amigo íntimo poderia gerar coação¹¹. A repulsa a essa emenda pode ser interpretada como revelando uma vocação em sentido contrário. De qualquer modo, entretanto, parece certo que, após a promulgação da lei civil, o acolhimento de uma interpretação mais ampla se difundiu.

ESPÍNOLA (ob. cit., p. 426) repele a idéia de que o art. 98 se aplique exclusivamente aos membros da família (em sentido estrito) do paciente. E apregoa exegese mais larga, capaz de apanhar outros parentes, tais como irmãos, tios, sobrinhos e mesmo colaterais até sexto grau. Todavia, mesmo essa solução não o satisfaz e sugere sejam adotados os rumos seguidos pela doutrina francesa e pela lei italiana, no sentido de se deferir ao juiz poderes para, examinando o caso concreto, em que a vítima da ameaça foi um terceiro, reconhecer ou não a existência da coação, se a violência tiver por efeito provocar o consentimento do contratante. São suas palavras:

10. M. I. CARVALHO DE MENDONÇA, *Doutrina e prática das obrigações*, v. 2, n. 570.

11. Emenda JULIO DOS SANTOS, in FERREIRA COELHO, *Código Civil*, v. 7, p. 420 e s.

“A ameaça dirigida contra qualquer outra pessoa poderá viciar o consentimento do declarante, segundo as circunstâncias, ficando à apreciação do juiz não somente a gravidade dos atos, que constituíram a coação, como ainda a influência que no espírito do coato tiveram as ameaças de dano ao terceiro”.

Esse, igualmente, o sentir de PONTES DE MIRANDA¹², que CARVALHO SANTOS esposa¹³, e é também ponto de vista de OROZIMBO NONATO, (*Coação*, n. 100), o festejado monografista da matéria. Acolhe ele a tese elaborada pelos pensadores franceses e recomenda, a uma jurisprudência esclarecida, a interpretação ampliadora; apenas ressalva que, a seu ver, a presunção de se admitir sempre coação, quando a ameaça se dirige ao cônjuge ou parente em linha reta, é *juris tantum*. Eis suas conclusões:

“A nosso ver, a boa doutrina presume, de resto vencivelmente, a ocorrência de coação ainda quando a ameaça se dirige contra o cônjuge, o descendente e o ascendente. E admite a possibilidade de sua configuração se a ameaça pesa em terceiro, dadas certas circunstâncias e mediante prova supeditada pelo agente”¹⁴.

Essa tendência, nítida na obra de tantos escritores brasileiros, encontrou repercussão nos vários projetos de reforma de nossa legislação civil, desde o Anteprojeto de 1941, até o Projeto de 1975. Aquele primeiro texto, de lavra de HAHNEMAN GUIMARÃES, OROZIMBO NONATO e PHILADELPHO AZEVEDO, consig-

12. PONTES DE MIRANDA, *Tratado dos testamentos*, Rio de Janeiro, 1930, v. 1, p. 189:

“A violência vicia quando dirigida a terceiro que valha, para o coagido, quase ou o mesmo que a sua pessoa — o grande amigo, a noiva, o afilhado querido, o protetor por quem se fariam sacrifícios. Em suma, o critério *pro affectu*”.

13. CARVALHO SANTOS, *Código Civil interpretado*, 5 ed., Rio de Janeiro, 1952, v. 2, com. ao art. 98.

14. Em sentido contrário, entendendo que a presunção é *juris et de jure*, HERMENEGILDO DE BARROS, *Manual Lacerda*, p. 264, n. 163.

nava a solução nova em seu art. 27; o Projeto de Código de Obrigações de 1965, o fazia em seu art. 55, parágrafo único; o Anteprojeto de 1972, em seu art. 151, parágrafo único; e finalmente o Projeto de 1975 traz o preceito em seu art. 149 e parágrafo único, que transcrevo:

“Art. 149. A coação, para viciar a declaração da vontade, há de ser tal que incuta ao paciente fundado temor de dano iminente e considerável à sua pessoa, à sua família, ou aos seus bens.

Parágrafo único. Se disser respeito a pessoa não pertencente à família do paciente, o juiz, com base nas circunstâncias, decidirá se houve coação”.

É inescandível o fato de que tal orientação constante do texto projetado e acima transcrito, é a mais sábia. Aliás, embora o Código Civil, ao utilizar o vocábulo *família*, dê a impressão de repelir uma exegese que abranja terceiros, não parentes do contratante, a própria amplitude daquele termo revela, como já foi observado, o propósito do legislador de largar porta aberta para uma interpretação mais liberal. Não repugna, portanto, deferir ao juiz competência para, examinando o caso concreto, anular o negócio por reconhecer coagida a vontade que o gerou, ainda quando a coação seja representada por ameaça dirigida não ao contratante ou a seus parentes, mas a um amigo, à noiva ou outra pessoa a ele tão ligada que o temor de vê-la sofrer tenha bastado para extorquir-lhe a anuência. Merece, por isso, aplauso o conselho do Min. OROZIMBO NONATO quando, embora reconhecendo não ter o Código fórmula adequada para abranger as soluções referidas, proclama poder a jurisprudência, não obstante, adotá-las (ob. cit., n. 197).

144. *A ameaça de prejuízo material à pessoa da família do contratante.* Dado o impreciso de sua redação, ao declarar que a coação deve provocar no paciente fundado temor de dano à sua pessoa, à sua família ou aos seus bens, o art. 98 do Código Civil deixou margem à dúvida, quanto ao seu verdadeiro alcance. Consiste ela em saber se haverá coação, quando a ameaça for

de um prejuízo material que tenha por vítima pessoa da família do contraente. Poderá alguém alegar que contratou coagido, por ameaça de grave prejuízo patrimonial a um seu irmão, ascendente, descendente etc?

A análise literal do texto tanto pode conduzir à resposta negativa, quanto à positiva. Pode o intérprete entender que só haverá coação se a ameaça for dirigida à pessoa do contratante, à pessoa de sua família ou aos bens do contratante. Por outro lado, a mesma análise pode levar o exegeta à resposta contrária, para admitir que se configura a coação, ainda quando a ameaça seja de prejuízo material à pessoa da família do contratante.

Embora a doutrina não haja focalizado com freqüência a questão, ela me parece relevante. Porque, funda é a diferença de intensidade entre a ameaça dirigida a alguém de lhe agredir um parente, e a ameaça de causar apenas um dano patrimonial ao mesmo consangüíneo. Um homem de bem decerto se submeterá ao sacrifício representado por contrato prejudicial, para evitar que um irmão seja torturado, ou que um filho fique desassistido em grave enfermidade; mas, sem dúvida, sua angústia apresentará menos viva se o dano ameaçado for de ordem patrimonial, sendo provável que não concorde em subscrever o contrato extorsivo, embora com este ato possa evitar prejuízo bem maior para o irmão ou para o filho.

A distinção entre prejuízo patrimonial e sofrimento físico autoriza a dúvida, sobre o exato sentido da lei. É possível que esta exclua a existência da coação quando a ameaça recai sobre bens de pessoas da família do contratante, para só admiti-la quando a violência envolve perigo de dano pessoal para aquela mesma pessoa.

O defeito de redação, apontado no art. 98 da lei brasileira, deriva do art. 1.113 do Código Civil francês, que lhe serviu de modelo. Referido dispositivo foi corrigido pelo Código italiano de 1865, bem como pelo de 1942, um e outro acolhendo expressamente a idéia de que a ameaça de dano patrimonial a parentes do contratante pode caracterizar a coação, como se fosse dirigida ao próprio contratante. Diz a atual lei italiana, nesse passo semelhante à de 1865:

“Art. 1.436. La violenza è causa di annullamento del contratto anche quando il male minacciato riguarda la persona o i beni del coniuge del contraente o di un discendente o ascendente di lui”.

Mas o texto francês e o brasileiro, como disse, foram menos claros. Afora PONTES DE MIRANDA (*Testamentos*, v. cit., p. 354), não me lembro de haver encontrado o problema proposto por outro escritor deste país. Da mesma maneira, raramente aparece ele na obra de juristas franceses, onde a questão, igualmente, se mantém aberta¹⁵.

Quem a dilucida é DURANTON. Argumenta: se o Código assimila a violência exercida contra pessoa da família do contratante à violência contra este exercida; e, se a ameaça dirigida contra a fazenda deste último basta para possibilitar a anulação do contrato, é lógico que a ameaça dirigida à fazenda de pessoa de sua família deve, por sua vez, conduzir à invalidação da avença. Isso, a despeito do art. 1.113 do Código Civil francês não falar nominalmente, senão da violência exercida contra o cônjuge, os ascendentes e os descendentes do obrigado. Eis o texto de DURANTON (*Cours*, v. 6, n. 153), que traduzo:

“...pela mesma razão, a violência que inspiraria a uma das partes o receio que seu cônjuge, seu descen-

15. Talvez se possa atribuir tal silêncio à persuasão de muitos juristas de que a solução já se encontra na lei, dispensando-se, assim, maiores desenvolvimentos. Esta, ao ver deles, contém implícito o conceito que o Código italiano mais explicitamente agasalhou, isto é, a ameaça aos bens de um parente pode configurar a coação, da mesma forma que a ameaça à pessoa desse parente. Daí, quem sabe, a razão por que um escritor minucioso como Demolombe passa por cima do assunto e, sem justificar sua afirmativa, sustenta que, se a violência põe em perigo a vida ou a fortuna de um parente ou de um amigo, e o contratante só consente no ato extorquido para salvá-lo, houve coação (*Traité des contrats*, v. 1, p. 148, n. 162). Ou a razão pela qual o nosso Espínola, no geral tão amigo do pormenor, cuidando da matéria sem lhe realçar a presente dificuldade, diz que a ameaça feita a um membro da família do autor da declaração de vontade produz o mesmo efeito que a coação contra ele dirigida (*Manual Lacerda*, v. e loc. cit.). Entretanto, mister se faria um dispositivo preciso, como o italiano, onde o legislador se incumbisse de dizer que a ameaça de prejuízo à pessoa e aos bens, quer do contratante, quer de pessoa de sua família, é adequado para caracterizar a coação.

dente ou seu ascendente experimentasse um mal considerável e presente em sua fortuna é igualmente uma causa de nulidade, embora o art. 1.113 não se refira, nominativamente, senão da violência exercida sobre o esposo, a esposa, ou sobre os ascendentes e descendentes do obrigado, e que o motivo de afeição aja menos poderosamente quando apenas a fortuna destas pessoas está ameaçada, e não as próprias pessoas”.

Não me parece evidente que qualquer ameaça de dano e bens de um parente, de um filho, por exemplo, conduza sempre o pai a aceitar um contrato, apenas para evitar o prejuízo ameaçado, maior, por definição, do que o extorquido.

Como se vê da lição de DURANTON, acima referida, a ameaça de ordem patrimonial é, em regra, menos severa que a de ordem pessoal e física; e sua intensidade decai quando é terceiro, ainda que parente próximo do contratante, quem a deva sofrer.

De sorte que, no meu entender, deverá o juiz examinar o caso concreto para verificar se, naquela hipótese, a ameaça de um sério dano patrimonial à pessoa do parente do autor da declaração se revestiu da gravidade suficiente para lhe extorquir o consentimento. Não se pode, creio, nesta matéria, estabelecer regra genérica¹⁶.

Em suma, no que se refere ao problema focalizado, são as seguintes as conclusões alcançadas:

- a) verifica-se coação quando a ameaça se dirige à pessoa ou aos bens do próprio contratante;
- b) ela pode igualmente ocorrer se a ameaça visa a família do contratante, nela se compreendendo o cônjuge, os pais, os

16. Na *Revue Trimestrelle de Droit Civil*, ano de 1936, p. 861, encontra-se exemplo característico. Irmãos de um comerciante assinaram reconhecimento de dívida, para que credor deste último votasse concordata amigável, submetida pelo negociante a seus credores. Ao depois pleitearam a anulação do instrumento, alegando que a confissão de dívida foi extorquida mediante violência. A 3.ª Câmara de Douai julgou não haver coação, pois a ameaça de prejuízo, que afetaria o comerciante e talvez o levasse à falência, não era de natureza a extorquir o consentimento de seus irmãos, pois o dano moral ou material que o comerciante poderia sofrer não repercutiria naqueles parentes.

avós, descendentes em geral e os irmãos; há presunção *juris tantum* de que a ameaça de prejuízo a uma dessas pessoas vicia o consentimento;

c) poderá se configurar a coação se a violência visa a outras pessoas ligadas ao contratante, tais como colaterais mais distantes, sua noiva, seus amigos íntimos etc.; cabe-lhe, nesta hipótese, provar a intensidade do liame que o vincula a tais pessoas, de modo que o receio de um mal a lhes ser infligido haja bastado para lhes arrancar um consentimento não desejado.

d) poderá, igualmente, constituir coação a ameaça dirigida ao contratante, de dano patrimonial à pessoa de sua família ou a terceiros a ele profundamente vinculados, quando demonstrar que foi tal temor que o levou a anuir num negócio com o qual não concordaria sem referida violência. Nestes dois últimos casos deve-se conferir ao julgador considerável liberdade para examinar o caso concreto e para decidir se houve, ou não, elemento capaz de viciar o consenso.

145. *Dano igual, pelo menos, ao receável do ato extorquido.* O art. 98 do Código Civil, entre os requisitos necessários para caracterizar a coação, impõe, também, seja a violência capaz de incutir ao paciente temor de dano igual, pelo menos, ao receável do ato extorquido.

ESPÍNOLA, condenando a fórmula, adverte que nenhuma legislação moderna empregou os termos que o nosso Código, inconvenientemente, utilizou (ob. cit., p. 415, n. 96).

Com efeito, na lei dos outros países, a medida da intensidade do dano é imprecisa, não descendo o legislador à minúcia de pormenorizar que só haverá coação quando o sacrifício consentido for menor do que o mal evitado.

De fato, o Código Napoleônico fala em mal *considérable* (art. 1.112), o italiano em *male notevole* (art. 1.436), o espanhol (art. 1.267) e o Suíço das Obrigações (art. 30) em *mal grave*; assim, essas leis deixam ao arbítrio do juiz, após o exame do caso concreto, a prerrogativa de reconhecer o vício da vontade, conforme se convença ou não da existência de um elemento externo

violento, capaz de dobrar a resistência da vítima, compelindo-a a consentir num ato não querido.

Esta elasticidade, concedida ao magistrado por aquelas codificações, foi negada ao intérprete nacional pelo legislador de 1916, que preferiu a rigidez de uma fórmula objetiva; de maneira que (admitindo-se a interpretação literal do texto), para se reconhecer no Brasil a existência da coação, a vítima terá de provar que o mal ilidido, através do contrato malsinado, era igual, pelo menos, ao que resultaria do cumprimento da ameaça.

Em face do exposto, será na obra dos escritores nacionais e dentro do panorama brasileiro que se procurará, sucintamente, colocar o problema¹⁷.

146. *Opiniões sobre o preceito e conclusão sobre o assunto.* A solução do Código Civil brasileiro talvez se inspire na lição de LABEÃO, citada por ULPiano e na qual se diz não se configurar

17. Embora nossa lei seja talvez a única a trazer o preceito em exame, escritores de outros países têm, igualmente, sustentado que a maneira de se verificar se houve ou não ameaça de dano considerável ou de dano notável se encontra na comparação entre o perigo evitado e o prejuízo resultante do ato extorquido.

PACIFICI-MAZZONI (que, de resto, é, nesse passo, citado por DEMOGUE), ensina que:

“La notabilità del male dev'essere considerata in modo relativo e non assoluto: in generale può considerarsi come notevole, se sia maggiore del danno che il contratto cagiona, o del sacrificio che costa” (*Istituzioni di diritto civile italiano*, 5. ed., Turim, 1928, p. 391).

RUGGIERO e MAROI (*Istituzioni di diritto privato*, 8. ed., Milão, 1955, p. 116), esposam igual tese. Dizem que para invalidar o negócio jurídico deve a ameaça ser grave objetivamente, isto é, grave e notável (*timor maioris malitatis*) no sentido de que, “... comparato alla dichiarazione che si vuole estorcere, importi un maggior danno che non la dichiarazione stessa (in modo che la vittima tra i due sacrifici sceglia il minore)”.

Cf., ainda, DEMOLOMBE, *Contrats*, v. 1, n. 138. PLANIOL, RIPERT e ESMEIN (*Traité pratique*, v. 6, n. 191) negam se trate de requisito essencial. Ainda no caso de dano patrimonial, se normalmente o valor da perda que se teme é superior ao sacrifício que se concordou em sofrer, tal condição não é indispensável para a anulação do ato.

“Il suffit que le mal soit de nature à inspirer une crainte vive à la personne qui en est menacée”.

o *metum*, quando é ele gerado por um temor qualquer, mas apenas quando é provocado pelo receio de um mal maior¹⁸.

A crer-se em ESPÍNOLA (ob. e loc. cit.), o dispositivo em análise se encontra, pela primeira vez formulado, no *Esboço de TEIXEIRA DE FREITAS*, cujo art. 4.º dispunha não constituir intimidação, "... a que consistir na ameaça de um mal menor em relação ao mal ou prejuízo resultante do ato".

COELHO RODRIGUES manteve a restrição em seu projeto¹⁹ que CLÓVIS BEVILÁQUA reproduziu. Poucos são os escritores pátrios que aplaudem tal fórmula, pois a maioria a tem por má.

Entre aqueles, OROZIMBO NONATO (ob. cit., n. 80) cita SÁ PEREIRA e HERMENEGILDO DE BARROS, de quem diverge e cujas opiniões conferi.

É menos veemente o parecer de SÁ PEREIRA (*Direito de família*, p. 182-3). Trata ele da coação incidentemente, a respeito dos vícios que podem anular o casamento e, de um modo geral, elogia o legislador pela sua precisão de linguagem e clarividência psicológica, ao redigir os arts. 98 a 100 do Código Civil. Sobre a questão de ser o dano ameaçado maior do que o extorquido, explica elegantemente:

"... o legislador arma aqui uma balança psicológica, para que se pesem o dano, impediendo da violência, e o dano, resultante do ato. Se as conchas se equilibram, não é necessário que a daquela exceda a deste, há coação, há vício, há nulidade".

Mais categórico, entretanto, se apresenta HERMENEGILDO DE BARROS²⁰. Afirmar a superioridade, ainda neste particular, da

18. Digesto, Liv. IV, Tít. II, frag. 5:

"Metum accipiendum Labeo dicit, non quemlibet timorem, sed majoris malitatis".

19. Dispunha o art. 349 do Projeto de COELHO RODRIGUES:

"Considera-se grave o medo incutido por coação física ou moral que faça o paciente recear, por si ou por pessoa de sua família ou por seus bens, dano, pelo menos igual ao resultante do ato a que é coagido".

20. HERMENEGILDO DE BARROS, *Manual Lacerda*; da sucessão em geral, Rio de Janeiro, 1929, v. 18, n. 159.

nossa lei civil sobre as estrangeiras. Entende que a expressão *grave* ou *considerável* usada pelos Códigos alienígenas, confere, pela sua imprecisão, excessivo arbítrio ao juiz, defeito remediado pelo legislador de 1916, ao dispor que o mal causado pela violência deve ser igual, pelo menos, ao receável do ato extorquido²¹.

Tal opinião, entretanto, não aliciou muitos adeptos. Pelo contrário, a maioria²² dos juristas a repele para entender, com ESPÍNOLA (ob. cit., n. 96), que se não deve interpretar literalmente a lei, sob pena de se correr o risco de chegar a soluções revoltantemente injustas²³.

Aliás, a aplicação específica deste dispositivo é, em muitos casos, impraticável. Porque, como unanimemente se admite que a ameaça de um dano moral para extorquir um valor material pode constituir coação, torna-se impossível estabelecer comparação entre valores heterogêneos. Como saber se a ameaça de um castigo físico, ou a de difundir uma calúnia, ou a de maltratar filho da vítima, é um mal maior ou menor do que o dano extorquido, representado, por exemplo, por uma confissão de dívida?

21. WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO (*Curso*; parte geral, cit., p. 215) restringe a incidência dessa regra à ameaça de dano patrimonial, pois, se o dano é moral, ocorre sempre o *majum malus*, imprescindível para se caracterizar o vício. Todavia, se o dano é patrimonial, "preciso será, em face do art. 99, que, pelo menos, haja equivalência entre os valores confrontados; se o dano receável do ato extorquido é menor que o resultante da ameaça não se configura coação". E acrescenta aquele ilustre professor:

"Pode não ser a solução ideal, mas é a que se extrai da literalidade do texto, aliás, geralmente censurado".

22. Cf. CARVALHO SANTOS, *Código Civil interpretado*, p. 359, com. ao art. 98; FERREIRA COELHO, *Código Civil*, v. cit., p. 440; OROZIMBO NONATO, *Coação*, n. 80.

23. É evidente que, em muitos casos, o consentimento da vítima é extorquido sob ameaça de um mal maior, de fácil comprovação. Assim, na hipótese julgada pelo Tribunal de Minas Gerais (*RT*, 130:186), na qual se reconheceu ter agido sob coação o construtor que, para evitar os funestos efeitos da falência a que seria conduzido por não receber seus créditos do Estado, se submeteu a recebê-los em títulos da dívida pública e por seu valor nominal. Diz a ementa do acórdão, expressiva em si mesma:

"Anula-se a quitação dada pelo credor que se viu colocado, pelo devedor poderoso, como é o Estado, entre uma liquidação ruínosa e a falência, optando pela primeira".

Entretanto, o que pretendo sustentar neste parágrafo, e será a conclusão a que chegarei, é que tal circunstância não é imprescindível para caracterizar a coação.

O próprio BEVILÁQUA, cujo Projeto de Código Civil continha o requisito de ser o dano ameaçado maior do que o extorquido (art. 115), reconhece que:

“Se da coação não resulta prejuízo patrimonial, ou este é, apenas, indireto, não se tem que atender ao requisito da igualdade” (*Código Civil*, obs. 2 ao art. 98, *in fine*).

Portanto, a seu ver, dispensa-se tal requisito, quando o dano ameaçado não for patrimonial.

WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO (ob. cit., p. 215) vai mais longe e sustenta que em qualquer caso de ameaça dirigida à vida, à incolumidade física, à liberdade, à honra, ao decoro e ao bom nome do paciente (dano moral), ocorre curialmente o *majum malus*, configurando-se o requisito legal: o dano temido é maior do que o receável do dano extorquido (cf. nota 21 deste capítulo).

Divirjo, *data venia*, do eminente professor da Escola de São Paulo. É verdade que sua tese oferece a única vereda capaz de conciliar um texto legal inadequado com a realidade dos fatos. Com efeito, ou se presume sempre que a ameaça de dano moral é mais intensa do que qualquer prejuízo material extorquido, ou então não se pode aplicar o texto, por se tornar impossível a comparação entre o dano moral ameaçado e o dano patrimonial extorquido, visto serem grandezas heterogêneas. Mas, prefiro a orientação apregoada por BEVILÁQUA, no sentido de não se exigir prova de superioridade do prejuízo ameaçado, quando a violência tiver por objeto um dano moral.

Nessa hipótese, o juiz deverá examinar o caso concreto, tendo em vista a personalidade da vítima, seu temperamento, sexo e condição, para verificar se a ameaça teve ou não força para vergar-lhe a vontade. A ameaça de difamar jovem donzela pode bastar para extorquir-lhe, ou a seu pai, contrato donde redunde enorme prejuízo material; enquanto a mesma ameaça, dirigida à mulher menos tímida e mais experimentada, talvez seja incapaz de levá-la a enfrentar prejuízo sensivelmente menor. A ameaça de agressão física pode provocar no homem covarde e rico a

concordância em sofrer enorme prejuízo em dinheiro e ser inócua ante o indivíduo intrépido e apenas remediado. O exame da espécie concreta fornecerá ao juiz elementos para reconhecer, ou não, a existência da coação, sem que se possa estabelecer, *a priori*, regra objetiva.

Isso não se propõe apenas para o caso da ameaça de dano moral, mas igualmente para a hipótese de dano patrimonial. Embora o Código Civil entenda só haver coação, se a ameaça envolver prejuízo maior que o dano decorrente do contrato imposto, não se deve interpretar tal mandamento ao pé da letra, em face da injustiça das soluções a que pode conduzir.

ESPÍNOLA (ob. cit., n. 96, nota 11) dá exemplo que ilustra bem a afirmativa de não ser relevante a circunstância de ultrapassar o prejuízo ameaçado o dano extorquido. Figure-se indivíduo encarregado da guarda de um testamento cerrado, que ameace o herdeiro instituído de destruir o documento, se não obtiver vantagem indevida, maior que a deixa testamentária. Poder-se-á negar a existência da coação? No exemplo referido, o portador do testamento é locador de um legatário, contemplado, no instrumento, com a importância de cem mil cruzeiros. Pleiteia redução no preço do aluguel que importará um prejuízo de Cr\$ 120.000,00. Poder-se-á negar a existência de coação, pelo fato do prejuízo extorquido ser maior do que o dano ameaçado. ESPÍNOLA responde que não.

Aliás, isso parece evidente, pois a vítima da coação sabe ser viciado o negócio e espera, naturalmente, que uma justiça idônea anule o ato extorquido. O legatário, que, para evitar a destruição do testamento em que é beneficiado com 100, anui em sofrer um prejuízo de 120, sabe que foi vítima de uma extorsão ilícita e que poderá tornar sem efeito o consentimento desse modo arrancado. Portanto, tem a esperança de alcançar a vantagem testamentária, sem se submeter, definitivamente, ao sacrifício extorquido.

Por outro lado, a despeito da ameaça não trazer em si o risco de um dano maior do que o aceito no contrato, tal circunstância nem por isso torna o consentimento livre. E, por se não apresentar espontânea a vontade, é anulável o negócio jurídico.

Neste campo, é amplo o arbítrio do juiz.

Em conclusão, quer o dano ameaçado seja, ou não, patrimonial, dispensa-se a prova de se avantajar ao prejuízo que o paciente se resignou a sofrer, através do negócio consentido. Ao julgador caberá examinar se houve pressão injusta sobre a vontade da vítima e se essa pressão foi causa da anuência, quer por sua gravidade, quer pela iminência do dano ameaçado. Se se convencer de tal circunstância, deve anular o negócio.

Capítulo XXV

A coação provinda de terceiros

Sumário:

- 147. Crítica ao art. 101 do Código Civil e a solução alvitrada.
- 148. Conflito entre os interesses do declarante e da pessoa a quem se dirige a declaração.
- 149. Escassos os julgados sobre a matéria.
- 150. A solução do Código Suíço das Obrigações.
- 151. Atos praticados em estado de necessidade.
- 152. Atos praticados em estado de necessidade (continuação). Fundamento da indenização devida pela vítima, no caso de promessa efetuada em estado de necessidade.
- 153. Conclusão sobre a matéria.
- 154. Reparação do prejuízo sofrido pela vítima da coação exercida por terceiro.

147. *Crítica ao art. 101 do Código Civil e a solução alvitrada.* O art. 101 do Código Civil brasileiro, seguindo a esteira da legislação de outros países, determina que a coação vicia o ato jurídico, ainda que exercida por terceiro.

A matéria já foi objeto de algumas considerações quando foi proposta a questão do dolo emanado de terceiro (*v., supra*, ns. 83 a 87). Naquele ensejo ressaltai a disparidade entre as atitudes do legislador ao disciplinar o dolo e a coação provindos de outras pessoas, que não as figurantes na convença. Com efeito, enquanto relativamente ao dolo de terceiro a lei só permite o desfazimento do negócio se uma das partes teve ciência do artifício, em face da violência não se depara tal restrição e o ajuste decorrente da coação de terceiro é anulável, quer o outro contratante haja, quer não haja, tido conhecimento da ameaça.

As razões desta discrepância de atitudes foram, também, naquele local estudadas (ns. 83 e 84), não havendo porque retor-

nar a elas. Apenas alguns aspectos da questão, ali apontados, devem aqui ser repetidos, para justificar a conclusão que, sugerida naquele momento, será mais longamente sustentada agora.

Ao lado de autores que procuram justificar a duplicidade de tratamento conferida pelo legislador ao dolo e à coação provinda de terceiros (LAURENT, GAUDEMET, GIORGI, DAVID AGATSTEIN)¹, outros, entre os quais LAROMBIÈRE², ficam perplexos ante tal procedimento, que censuram, por lhes parecer que a lei deveria proteger a vítima do dolo emanado de terceiro da mesma maneira que protege a pessoa que concordou constrangida por violência proveniente de estranho.

Esta última atitude apresenta-se lógica e se coaduna com a posição individualista dos escritores do século passado, bem como com os corolários da teoria da vontade, por eles, em sua maioria, defendida.

Se no ato jurídico a lei intenta prestigiar a vontade humana, atribuindo-lhe os efeitos imediatos almejados pelo agente, desde que lícito seu propósito, é lógico que tais efeitos não podem ser deferidos se a vontade se manifestou defeituosamente, quer por tê-la dobrado a violência, quer por havê-la falseado o erro ou o dolo.

No caso de erro, em rigor, o problema nem sequer se devia propor. Se a vontade se inspirou na ignorância ou no engano, espontâneo ou provocado, pode o autor da declaração promover-lhe a anulação. Da mesma forma, deveria ocorrer com a violência. Se a vítima foi forçada a contratar, não houve manifestação livre de sua vontade, devendo, por conseguinte, ser anulável o negócio resultante.

Essa é a propositura lógica do problema e aqueles escritores que, com LAROMBIÈRE, se voltam contra a distinção feita pelo legislador, em relação ao dolo e à violência vindos de terceiros, pretendem apenas que se defira ação anulatória em ambos os casos, eliminando-se, destarte, a restrição da lei, que só permite

1. LAURENT, *Principes*, v. 5, n. 529; GAUDEMET, *Théorie générale des obligations*, p. 73-4; GIORGI, *Obbligazioni*, v. 4, n. 101; DAVID AGATSTEIN, *Le dol des incapables à l'occasion d'un contrat*, Paris, 1927, n. 28.

2. LAROMBIÈRE, *Obligation*, v. 1, n. 8, com. ao art. 1.116.

a invalidação do ato provindo de embuste de estranho, se dele tiver ciência o outro contratante.

As duas soluções me parecem, *data venia*, inadequadas.

A legal por deficiente, pois, se sabiamente só permite a anulação do negócio doloso, quando a outra parte tiver ciência do vício (CC, art. 95), despreza a solução do Código alemão, que equipara a tal hipótese a circunstância de o outro contratante ter podido obter conhecimento do artifício do agente (cf. *v. supra*, n. 85). E também porque permite a anulação do negócio coagido, ainda que o outro contratante ignore a existência do constrangimento.

A segunda solução, ou seja, a alvitada por LAROMBIÈRE e que, como foi apontado, aparenta ser mais lógica, por igual não seduz, pois seu caráter acentuadamente individualista despreza a posição e o interesse do outro contratante.

Por conseguinte — e essa é a tese que procurarei sustentar — a regra, para ser justa e atender ao interesse social, devia se formular da seguinte maneira: *o dolo e a violência, vindos de terceiros, poderão tornar anulável o negócio jurídico, se o contratante que deles se beneficiou tinha conhecimento do vício ou podia descobri-lo, se agisse com diligência normal*. Caso contrário, não³.

148. *Conflito entre os interesses do declarante e da pessoa a quem se dirige a declaração*. É compreensível que ao encarar o fenômeno *ato jurídico*, dentro de um sistema de inspiração individualista, o aspecto psicológico da vontade dispute a principal preocupação do legislador. Partindo da premissa de que o contrato tem por mola a vontade do homem, impõe-se reconhecer que o ato não pode ter eficácia a não ser quando a manifestação volitiva se externa livre e conscientemente. Se isso

3. Cf. SALELLES, *Déclaration de volonté*, p. 63:

“Mais alors, pourquoi celui qui a reçu de bonne foi, et sans avoir de faute à se reprocher, une déclaration qui fût le résultat de la violence, celle-ci émanant d'un tiers, ne serait-il pas protégé de la même façon que celui qui aurait reçu de bonne foi une promesse donnée, à son insu, sous l'influence du dol, alors que ces manoeuvres proviennent d'un tiers?”

inocorre, a vítima do erro, do dolo ou da coação pode promover a anulação do negócio, do qual, assim, não defluem os habituais efeitos.

Entretanto, um outro aspecto do problema, que se poderia chamar seu aspecto social, surge relevante. É o do respeito ao interesse do outro contratante, isto é, da pessoa que, de boa fé, ultimou negócio com a vítima daqueles vícios.

É óbvio que o problema só se focaliza se provier de erro, ou de coação ou dolo emanados de terceiros. No caso de dolo ou de coação derivados do outro contratante, este jamais estará de boa fé, pois, pela própria definição, foi ele quem recorreu ao artifício astucioso ou à ameaça injusta, para obter ou extorquir um consentimento viciado. E por essa razão não merece o amparo do ordenamento jurídico.

Mas, quando alguém de boa fé contratou com a vítima do erro, ignorando o engano que lhe obscureceu a vontade, sofrerá sem dúvida um prejuízo imerecido, com a anulação do negócio. Da mesma maneira, se quem contratou com a vítima do dolo de terceiro ou da coação provinda de um estranho ignorava que a anuência se externou maculada por tais vícios, experimentará dano indevido, caso se desfaça o ato jurídico.

Ora, por que deve a lei preferir o interesse de um contratante, ao interesse do outro? (cf. DEMOGUE, *Obligations*, v. cit., n. 301).

Vejamos, em primeiro lugar, a hipótese do erro. Ela já foi analisada no início deste trabalho, mas o reexame é aconselhável, para dar seqüência ao raciocínio.

O indivíduo que de boa fé contrata com a vítima do erro deve merecer da sociedade proteção no mínimo igual a que esta confere àquele contratante. Em rigor, deve merecer proteção maior, pois se o legislador tiver qualquer motivo para preferir o interesse de um ao interesse de outro, é o da pessoa a quem se dirige a declaração que deve ser preservado. Porque, como a declaração se endereça a toda a sociedade, que poderá nela acreditar e aceitá-la, é mais relevante garantir a eficácia da proposta, fazendo-a válida, a despeito do vício da vontade. Pois tal orientação empresta segurança às relações sociais.

Por outro lado, a admissão de uma causa de nulidade de caráter subjetivo e portanto de todos ignorada, passível de ser alegada por um contratante contra o outro, dela inciente, representa séria ameaça à segurança das relações contratuais, que cumpre ao legislador evitar.

Daí a sábia solução trazida pelo art. 1.428 do Código Civil italiano de 1942, em matéria de erro. Tal inciso só permite a anulação do negócio inspirado no erro de uma das partes, se a outra dele tinha conhecimento ou poderia, agindo com diligência normal, apurar sua existência. Porque, na hipótese contrária, de ignorar o contratante o erro que moveu a parte adversa, o interesse daquele (que é também o da sociedade, ansiosa por estabelecer a segurança das relações jurídicas) sobreleva, não se possibilitando a ação anulatória.

Em matéria de dolo emanado de terceiro, o problema pode ser fixado em termos semelhantes. Se o embuste parte de estranho, sem que o outro contratante tenha dele conhecimento ou possa, com diligência ordinária, descobri-lo, o negócio jurídico deve prevalecer, porque sua anulação trará prejuízo a um contratante de boa fé, cujo único pecado foi o de fiar-se na eficácia de uma declaração revestida de todos os característicos de autenticidade e validade. Se alguém deve sofrer o prejuízo, esse alguém é o autor da declaração, vítima do dolo de terceiro. Tal é a solução parcialmente adotada pelo art. 95 do Código Civil brasileiro e abraçada integralmente pelo art. 123 do Código Civil alemão (cf., *supra*, n. 85).

Em matéria de coação não há motivos para se não propor o problema em termos idênticos.

Se a violência parte do outro contratante, o negócio é sempre passível de ser anulado, porque o autor da ameaça injusta não pode pretender proteção para um interesse que emergiu de um ato ilícito.

Mas, se a violência veio de terceiros, é mister distinguir se o outro contratante tinha dela conhecimento, ou se podia tê-la descoberto, agindo com ordinária diligência. No caso afirmativo, por se aproveitar o contratante da coação oriunda de fonte externa (circunstância que o torna cúmplice do coator), o negócio

pode ser anulado. Porém, se a outra parte ignorou a pressão injusta que pesou sobre a vontade do anuente e, de boa fé, aceitou o negócio que se lhe propunha, deve o ato prevalecer, negando-se ação anulatória à vítima do medo. Isso porque, entre o interesse do coato e o do outro contratante de boa fé, o legislador deve preferir o deste último, que representa o da sociedade, desejosa de preservar a segurança das relações jurídicas. O prejuízo sofrido pelo primeiro pode ser comparado ao que decorre do fortuito ou da força maior, que o direito não pode remediar⁴.

As *Novelles* belgas figuram exemplo que foi objeto de pelo menos dois julgados da Corte de Cassação francesa (ob. cit., ns. 826 *bis* e 826 *ter.*). As decisões se conformam com a regra do art. 1.111 do Código Napoleão, afastando-se, por conseguinte, do caminho ora apregoadado. Mas sua análise servirá para melhor focalizar o tema.

O primeiro desses casos é menos característico e talvez melhor configure hipótese de coação provinda do co-contratante. Um dentista israelita vendeu seu consultório, no ano de 1941, ao ser aconselhado pelo comissário de polícia local a cessar sua atividade e deixar a cidade, pois terceira pessoa, com o fito de compeli-lo a vender o consultório por preço vantajoso, propunha-se a denunciá-lo junto às autoridades alemãs de ocupação. O acórdão, que julgou a ação anulatória, não diz se a venda se efetuou ao indivíduo que exerceu a ameaça de denúncia, pois em tal caso a violência não teria provindo de terceiro, mas do outro contratante, não se configurando, portanto, a hipótese em discussão. Porém, se outro foi o comprador que não o indigitado delator, então a solução, acolhendo o pedido de anulação, obedeceu à regra do art. 1.111 do Código Civil francês, pois ocorreu coação provinda de terceiro.

Nesta última hipótese é nítida a injustiça da solução, pois o comprador, embora ignorante das manobras do terceiro e por-

4. Na hipótese, o prejuízo, ao menos teoricamente, não fica irremediado pois, como no caso de dolo de terceiro, a lei pode deferir, à vítima da violência, ação de reparação do dano sofrido. Aliás, ela já o faz. Porque, como a coação se enfileira entre os atos ilícitos, o coator é responsável pelo dano resultante, nos termos do art. 159 do Código Civil.

Como já foi anteriormente apontado, a solução alvitrada no texto foi acolhida pelo art. 152 do Projeto de Código Civil de 1975.

tanto de boa fé, sofre um prejuízo resultante da anulação do negócio, no qual se envolveu persuadido de que a proposta de venda era livre e espontânea. Além de injusta, a decisão contém ameaça à segurança das relações sociais, ameaça cuja extensão pode ser melhor aquilatada se porventura se imaginar a multiplicação de casos idênticos.

De acordo com seus termos, todos os negócios realizados por israelitas, nos países ocupados, poderiam ser desfeitos mediante a alegação de violência, fato que, por ser notório, possivelmente dispensasse prova.

No outro julgado, análoga é a decisão⁵.

Um dentista, também de ascendência israelita, havendo cedido seu gabinete dentário, procurou mais tarde desfazer o negócio, alegando que o movera constrangimento, representado por uma legislação que lhe não permitia exercer seu mister, "*et des risques personnels que pouvait lui faire redouter l'occupation*". Num primeiro julgamento seu pedido foi denegado, pois, no entender do tribunal *a quo*, os fatos que conduziram a vítima a contratar eram estranhos à convenção, não constituindo ato humano, indispensável para caracterizar a violência e, por conseguinte, configurar o vício de vontade. Mas a Corte Suprema cassou a sentença e anulou o negócio, reconhecendo a existência de coação emanada de terceiro que, por ser capaz de provocar grave temor na vítima, havia viciado sua vontade.

Tais soluções, como disse, se conformam com a regra do art. 1.111 do Código Civil francês, da mesma forma que se acomodam ao princípio do art. 101 do Código Civil brasileiro. Não obstante, oferecem o defeito de desprezar o interesse da pessoa que contratou com a vítima da coação, e que, tendo todas as razões para crer na seriedade e eficácia da proposta, a aceitou inciente do vício que a inquinava. O desfazimento do ato jurídico acarreta-lhe um prejuízo injusto. E a generalização, ou a simples difusão de decisões semelhantes, pode semear grande

5. Os dois arestos são da mesma data, 26 de julho de 1949. A situação de fato, como se vê, é bastante semelhante, mas parece que se trata de decisões diferentes. Quanto ao primeiro acórdão a remissão é *Bull. Civ.*, n. 268, p. 748; quanto ao segundo, *Dalloz*, 1950, Tables, 86.

desconfiança no meio dos negócios, funesta à segurança das relações sociais.

Daí ser mais conveniente a adoção de um critério que atenda a esses reclamos de segurança social, sem desprezar, dentro do possível, o interesse individual. E o melhor critério parece ser o alvitado.

A coação emanada de terceiros vicia o consentimento quando o outro contratante a conhecia ou poderia conhecê-la, agindo com ordinária diligência. Se ignorava o constrangimento, nem contava com elementos para descobri-lo, o negócio prevalece, ficando deferida à vítima, contra o autor da ameaça, ação de ressarcimento do prejuízo.

Nos exemplos figurados, a regra alvitada assim operaria:

a) o comprador do consultório teve ciência da coação, soube que o vendedor era movido por justificado receio e aproveitou-se da circunstância para efetuar o negócio? Então o ato pode ser anulado;

b) embora inciente da coação, poderia o comprador, em virtude das circunstâncias, apurar a existência da ameaça contra o vendedor e do compreensivo temor que o levou a contratar? Poderia o comprador, dado o preço irrisório da oferta, sensivelmente inferior ao corrente no local e no momento, verificar que tal oportunidade só lhe era apresentada por ser o vendedor israelita e estar sujeito a perseguições racistas? Nesse caso, ainda, o negócio pode ser anulado, pois o comprador deve culpar sua negligência ou sua malícia, pelo fato de não ter descoberto a coação;

c) mas, se as circunstâncias não se revestiam de tal veemência, a ponto de lhe revelar o vício da vontade; se o preço, embora conveniente, não estava a gritar que se tratava de um negócio anormal; se, enfim, não contava o comprador com elementos para descobrir a existência da coação a dobrar a vontade do vendedor, sua boa fé deve ser respeitada e o negócio jurídico deve prevalecer, em homenagem a essa boa fé e à necessidade de segurança que deve rodear as relações jurídicas.

149. *Escassos os julgados sobre a matéria.* São escassíssimos, em nossos repertórios de jurisprudência, arestos em que a matéria é versada.

Num deles, o Tribunal do Ceará, por decisão unânime de 10 de março de 1944, parece ter abraçado a tese que, desamparada da lei, esposa a solução que me parece a mais justa. Diz o julgado:

“O art. 101 do Código especifica a coação como causa de nulidade do ato jurídico, quando da parte contratante e de terceiro. Se deste, só responde o contratante, se tinha ciência da pressão moral exercida por outrem. Nesse caso, pelo prejuízo causado ao coato, respondem simultaneamente o contratante e a parte coatora. Se o contratante ignora a coação de terceiro, a responsabilidade recai exclusivamente sobre ele” (*Rev. dos Julg. e Dec.*, 1:137, 1944).

Entretanto, embora a ementa do aresto pareça adotar a solução mais audaz e mais justa, a Corte apenas decidiu, de acordo com o § 1.º do art. 101, quanto à responsabilidade pela indenização do coato, sem anular o negócio. Ora, aquele inciso, a meu ver, só opera quando, desfeito o negócio pelo reconhecimento da coação provinda de terceiros, a vítima da violência não fica indene, de forma que reclama composição do dano. Como na hipótese não se anulou o negócio, não havia porque invocar referido dispositivo legal. Daí a impressão de haver o Tribunal acolhido a tese apregoada no texto.

O acórdão foi confirmado pelo Supremo Tribunal o que não significa endosso, por aquela alta Corte, da solução sugerida, uma vez que a turma julgadora apenas entendeu não caber o apelo extraordinário, por se tratar de matéria de fato, assunto no qual o Tribunal *a quo* era soberano (*RF*, 122:107).

Num outro acórdão (*RF*, 62:361) proclamou o Tribunal de Minas Gerais ocorrer coação exercida por terceiro, na seguinte hipótese: um tabelião e outros oficiais públicos, presos logo após a vitória da revolução de 1930 pela Junta Revolucionária de Itapicirica, daquele Estado, e acusados por ela de participação nas

fraudes eleitorais ocorridas no pleito de 1.º de março daquele mesmo ano, demitiram-se de seus cargos. Logo depois promoveram, contra o Governo Estadual, ação anulatória do pedido de demissão, alegando terem sido coagidos pelos membros da Junta Revolucionária. O pedido foi julgado procedente, condenado o Estado a reintegrá-los e a lhes pagar o que deixaram de perceber no período que estiveram afastados de seus cargos. Na hipótese, entenderam os julgadores que o Governo teve ciência da coação ilegal, aproveitando-se do afastamento dos oficiais públicos coagidos, para nomear correligionários políticos.

150. *A solução do Código Suíço das Obrigações.* A solução do Código Napoleônico, adotada pelo nosso e pela maioria dos códigos modernos, sofreu, entretanto, sensível aperfeiçoamento com a regra do art. 29 do Código Suíço das Obrigações, após sua reforma de 1911.

O texto de 1881 (art. 26) era semelhante ao francês, mas a reforma de 1911 acrescentou a seguinte alínea ao atual art. 29:

“quando as ameaças provêm de fato de terceiro e que a outra parte não as conheceu, nem devia conhecê-las, o contratante que delas foi vítima e que desejar rescindir o contrato, é obrigado a indenizar a outra, se a equidade o exigir”.

Por conseguinte, a lei diferencia, na coação vinda de terceiro, três hipóteses distintas:

a) o outro contratante conhecia a violência: nesse caso equipara-se a cúmplice do autor do ato ilícito, e o negócio defeituoso pode ser anulado, não havendo mister de se respeitar seu interesse;

b) o outro contratante, embora inciente da ameaça, a ignora em virtude de sua própria desídia, pois bastaria atuar como pessoa normal e diligente para descobrir sua existência; por isso, nesta hipótese também, desamparado da lei seu interesse, o negócio jurídico é anulável;

c) finalmente, a vontade da vítima foi extorquida por violência emanada de terceiro, mas o outro contratante não conhecia

tal circunstância, nem poderia apurá-la, ainda que houvesse agido com cuidado; nesse caso, a lei suíça, em vez de adotar a solução tradicional que possibilita apenas o desfazimento do negócio (transportadas as partes ao estado em que antes dele se encontravam, CC brasileiro, art. 158), defere ação anulatória ao prejudicado, mas condiciona seu exercício ao dever, a este imposto, de indenizar a outra parte.

Note-se que há uma evolução sensível. Em vez de se proteger apenas a vítima da violência exercida por terceiro, cuja vontade teria sido violada, protege-se principalmente o contratante de boa fé, que com aquele negociou; pois a vítima só conseguirá desmanchar o negócio, se indenizar o outro contratante, ressarcindo-lhe o prejuízo integral advindo da anulação pleiteada.

Desse modo, garantindo-se ao outro contratante a reparação do dano, no caso de desate do nó contratual, se restabelece a segurança das relações sociais, pelo infundir da certeza de que não pendem sobre os negócios, em geral, os riscos de serem tornados sem efeito, com o ludíbrio da boa fé de uma das partes.

A solução do Código suíço e a alvitrada de um certo modo se equivalem. Prefiro, não obstante, a última, segundo a qual o negócio, oriundo da coação de terceiros, é mantido, se a ignorar o outro contratante.

Porque, neste último caso, a violência donde derivou a anuência corresponde ao ato externo de força maior, ao *act of God* dos ingleses, cujos efeitos mãos humanas não poderiam evitar ou impedir.

151. *Atos praticados em estado de necessidade.* Por encarar como tal a violência exercida por terceiros é que preferi cuidar, neste capítulo, do negócio concluído em estado de necessidade, ou melhor, em estado de perigo.

A hipótese é clássica, a maioria dos juristas entende que se trata de figura enquadrável dentro da coação⁶, e a versaram todos os escritores que cuidaram da matéria, se bem que oferecendo soluções diversas.

6. VENZI, in PACIFICI-MAZZONI, *Istituzioni*; parte geral, nota 9 à p. 429.

O Projeto de Código Civil de 1975 abriu seção autônoma para disciplinar o assunto. Fê-lo na Seção IV do capítulo sobre os defeitos dos atos jurídicos, art. 154.

Configura-se quando alguém, ameaçado por perigo iminente, anui em pagar preço desproporcionado para obter socorro.

Assim aquele que, assaltado por bandidos, em lugar ermo, se dispõe a pagar alta cifra a quem venha livrá-lo da violência; ou o naufrago que oferece ao salvador recompensa excessiva; ou o comandante de embarcação, às portas do naufrágio, que propõe pagar qualquer preço a quem venha socorrê-lo; ou o doente que, no agudo da moléstia, concorda com os altos honorários exigidos pelo cirurgião; ou a mãe que promete toda a sua fortuna para quem lhe venha salvar o filho, ameaçado pelas ondas ou de ser devorado pelo fogo.

A solução romana, para a relação que assim se estabelece entre as partes contratantes, surge extremamente lógica e se encontra em ULPIANO (Digesto, Liv. IV, Tít. 2, frag. 9, § 1.º). Ensina ele, repetindo lição de POMPÔNIO, que não está abrangida pelo edito *quod metus causa* a obrigação assumida por quem, para melhor se defender contra a força de inimigos ou de ladrões, promete alta recompensa a terceiro; a menos que o beneficiado haja enviado, secretamente, essa força para assaltar a vítima; pois se isso não ocorreu, o promissário apenas recebe a paga do seu trabalho⁷.

POTHIER (*Obligations*, n. 24), com base nesse texto e estribado na opinião de PUFFENDORF, entende que é válida a obrigação desse modo assumida, ainda que convolada sob o temor de ameaça de morte⁸. Mas abranda o rigor da regra ao opinar

7. Eis o texto em questão:

“Sed licet vim factam a quocunque praetor complectatur, eleganter tamen Pomponius ait, si, quo magis te de vi hostium; vel latronum, vel populi tuerer vel liberarem, aliquid a te accepero, vel te obligavero; non debere me hoc edicto teneri, nisi ipsi hanc tibi vim summi; caeterum si alienus sum a vi, teneri me non debere: ego enim operae potius meae mercedem accepisse videor”.

8. DEMOLOMBE (*Contracts*, v. 1, n. 150) explica que, como o Código francês considera viciado o consentimento apenas quando há violência, e não quando há medo, na hipótese em estudo o vício não se configura, pois por violência deve-se entender a via de fato praticada intencionalmente por uma pessoa contra outra, com o fim de extorquir o consentimento. Ora, no caso da pessoa salva de incêndio, do navio salvo do naufrágio, do doente salvo da moléstia, não ocorre a pressão intencional de uma pessoa sobre outra.

que, se a vítima prometeu recompensa excessiva, esta pode ser reduzida ao justo valor, correspondente ao serviço prestado.

Esse abrandamento merece a censura de LAURENT (*Principes*, v. 15, n. 519), que sustenta fundar-se tal opinião na equidade e não no direito⁹. Se o consentimento não se apresenta viciado, a obrigação é válida, pois o liame obrigacional faz lei entre as partes, não podendo o juiz removê-lo. Censura, por igual, outro ponto de vista que alcançou alguma difusão na época, segundo o qual a vítima daquelas circunstâncias sofreria, por ocasião da promessa excessiva, uma perturbação mental; e conclui que se isso fosse verdade, mister seria anular a obrigação ou mesmo declará-la inexistente, porém jamais reduzir seu montante.

O problema, no campo teórico, poderia ser proposto nos termos seguintes:

Será válida a anuência do promitente, se o negócio foi concluído ante a ameaça de sério e iminente perigo, advindo de forças externas, que o contratante beneficiado não colaborou para provocar?

No caso de resposta negativa, a promessa é obviamente ineficaz e o salvador, que prestou efetivamente um serviço, ficará sem remuneração pelo seu trabalho e quiçá desfalcado dos gastos que efetuou.

No caso de resposta afirmativa, o devedor terá que cumprir o prometido, sofrendo, destarte, um empobrecimento correspondente à desproporção entre o preço pago e o valor do serviço recebido (cf. DEMOLOMBE, *ob. e loc. cit.*).

9. Esse parecer de POTHIER já fora repellido por MOURLON (*Répétitions écrites*, v. 2, p. 549, n. 1.054). Depois de proclamar a eficácia da promessa feita em estado de perigo, ensina não ser ela tampouco reduzível. E diz:

“Je ne vois, en effet, dans notre Code, aucun principe sur lequel on puisse se fonder pour justifier cette réduction. On ne peut s'appuyer ni sur la violence, car, dans l'espèce, le débiteur a contracté non comme *violenté*, mais, au contraire, pour se défendre contre la violence; ni sur la lésion, car, dans notre droit civil, la lésion, en principe, n'est pas une cause de rescision des conventions (art. 1.114)”.

MOURLON, entretanto, encontra remédio para evitar a iniquidade a que tal solução poderia conduzir, como se mostra em a nota abaixo (v. nota 13 deste capítulo).

Salta aos olhos que nenhuma dessas soluções extremadas pode ser acolhida, pois qualquer delas conduz à iniquidade. Justa, portanto, é a que confere ao juiz possibilidade de reduzir a prestação exorbitante ao seu real valor, como alvittrara POTHIER. Assim, nenhuma das partes sofrerá desmedido prejuízo. Mas, como fundamentar, juridicamente, tal posição?

A matéria suscitou controvérsia, que juristas maiores descreveram¹⁰.

152. *Atos praticados em estado de necessidade (continuação). Fundamento da indenização devida pela vítima, no caso de promessa efetuada em estado de necessidade.* Entre as várias concepções que buscaram fundamentar a possibilidade de se conceder um pagamento ao salvador, mas limitado ao justo valor do serviço prestado, umas há que merecem maior destaque. De resto, não podendo expô-las todas, me contento de mencionar as principais, para depois apresentar a que me parece melhor.

Dentre as mais antigas e também das mais lógicas, encontra-se a justificativa apresentada por DURANTON¹¹. Sustenta que, se o beneficiário não foi cúmplice em sua criação, deve prevalecer o negócio consentido em estado de perigo; mas, a prestação exorbitante pode ser reduzida, por *falta de causa* (n. 149). No capítulo consagrado à causa das obrigações volta a focalizar o problema (n. 344) e, mostrando que as soluções extremas conduzem à injustiça, reconhece competência ao juiz para reduzir a prestação ajustada, no seu excesso, em virtude da *inexistência de causa*.

Outra concepção que desfrutou bastante fastígio foi a que buscou explicação na teoria da *gestão de negócios*. É ela exposta, pela primeira vez, ao que parece, por MARCADÉ¹². Mas

10. Cf., sobre referida controvérsia, a obra de OROZIMBO NONATO, que bem a situa (*Coação*, n. 72 e s.). Cf. também DEMOGUE, *Obligations* v. 1, ns. 320 e 321; ainda, ROBERTO DE RUGGIERO, *Instituições de direito civil*, trad. port. de Ary dos Santos. São Paulo, 1934, p. 362, § 27, nota 2 e autores que cita.

11. DURANTON, *Cours de droit français*, v. 6, ns. 149 e 344.

12. MARCADÉ, *Théorie et pratique des obligations*, com. ao art. 1.114 do Código Civil francês, p. 365, n. 415.

outros escritores, seus contemporâneos e posteriores, a prestigiam¹³.

Proclama aquele jurista ser arbitrário conceder ao juiz poder para reduzir o montante de uma obrigação validamente assumida, mas reconhece a possibilidade de se alcançar idêntico resultado por via diferente. De fato, eis seu raciocínio:

O magistrado vai se convencer de que o próprio fato de ser a obrigação excessiva prova que o promitente consentiu privado de razão, em virtude do medo; ora, se isso é verdade, o negócio é nulo, em virtude de um vício do consentimento. Então, e só então, após o reconhecimento da nulidade da obrigação contratual, é que o julgador deve fixar soma para pagamento do serviço prestado *et par l'effet du quasi-contrat de gestion d'affaires*.

Conta DEMOLOMBE (ob. cit., n. 151) que tal opinião recebeu a crítica frontal de COLMET DE SANTERRE, fundada em que o gestor, só tendo direito ao reembolso das despesas efetuadas, não poderia reclamar salário pelo serviço prestado¹⁴. Mas, embora divergente da fundamentação de MARCADÉ, aplaude a solução por ele alvittrada. Sustenta que o juiz, mesmo decretando a nulidade da convenção, deve preservar as conseqüências que deveriam resultar *equitativamente* do negócio declarado nulo no campo do direito, mas que existiu de fato. E sugere que a obrigação da vítima da violência externa, de pagar o serviço que lhe prestou o salvador, se funda no art. 1.382 do Código

13. MOURLON (ob. e loc. cit.), em continuação ao texto recém-transcrito (nota 167), onde negou a possibilidade de se reduzir a prestação excessiva, prometida em estado de perigo, admite, não obstante, que o juiz possa encontrar uma escapatória que o conduza à decisão justa. Eis seu magistério:

"Les juges peuvent, en effet, décider en fait que le promettant a été sur l'empire d'une folie accidentelle et momentanée, que sa volonté a été obscurcie et troublée par l'effet de la peur, et, après avoir annulé la convention pour cette cause, évaluer, d'après les principes généraux de la gestion d'affaires, l'indemnité que le créancier peut légitimement réclamer".

14. O argumento ora apontado tem sido repetido por outros escritores. Cf. O. NONATO, ob. cit., n. 74, p. 148; DEMOGUE, ob. cit., n. 321. Este escritor, entretanto, reportando-se a Baudry e Barde, conta que modernamente se tem tentado ampliar o conceito de gestão de negócios, para se permitir a paga do serviço do gestor, quando ele atua na qualidade de profissional como, por exemplo, na hipótese de um empreiteiro que procede a uma reparação.

Napoleônico, isto é, na obrigação de reparar o dano causado culposamente a outrem. Seria um caso de culpa *in contrahendo*.

DEMOGUE (ob. cit., n. 321) alvitra uma justificação que se ampara na idéia de violência incidente; traduzo seu texto:

“Pode-se também dizer que a violência determinou não o fato de contratar, mas sim o de contratar de maneira desvantajosa. Há uma espécie de violência incidente, como há um dolo incidente e tem ela simplesmente por efeito modificar o contrato”.

Mas, embora a tenha sugerido, tal solução não parece agradar ao genial civilista. De fato, logo a seguir, afirma que “*a solução profunda é a fundada na gestão de negócios, que toma o problema por um ângulo mais social*”. Reconhece, entretanto, que pelo menos quanto ao principal aspecto do problema, isto é, quanto ao caso de assistência aos salvamentos marítimos, o problema, na França, não mais se propõe, em virtude da regra do art. 7.º da Convenção de Bruxelas, de 23 de setembro de 1910, de resto reproduzida pela Lei francesa de 29 de abril de 1916¹⁵.

153. *Conclusão sobre a matéria.* No negócio concluído em estado de necessidade, o perigo que o gerou não foi, por definição mesmo, provocado por qualquer dos contratantes. Por isso, a solução que me parece justa funda-se na seguinte reflexão:

Em regra, se nenhuma das partes teve culpa na produção do evento (naufrágio, incêndio etc.) que provocou o contrato, nem extorquiu a exorbitante promessa de recompensa, o negócio deve prevalecer, embora o consentimento se apresente viciado. Com efeito, não se pode negar que a anuência não surgiu espontânea; mas a possibilidade de anular o ajuste representa um prejuízo para o outro contratante, que não agiu com culpa na forma-

15. Diz o artigo referido no texto:

“Toute convention d'assistance ou de sauvetage, passée au moment et sous l'influence du danger peut à la requête d'une des parties être annulée ou modifiée par le juge s'il estime que les conditions convenues ne sont pas équitables. Dans tous les cas où... la rémunération est excessive, la convention peut-être annulée ou modifiée par le juge à la requête de la partie intéressée”.

ção da avença e que, por conseguinte, contava com a justa expectativa de cumprimento da promessa de recompensa pelo serviço prestado.

Diante de tal contraposição de interesses, a lei não deve ter qualquer razão para preferir o de um ao de outro contratante, se ambos mostraram boa fé. E, no caso, a vítima da pressão externa deve sofrer os prejuízos resultantes do contrato, da mesma forma que a vítima do fortuito ou da força maior absorve um dano irressarcível.

Contudo, se o indivíduo que contratou com a vítima da pressão externa se valeu do terror que lhe inundou o espírito, para impor o negócio ou fixar-lhe cláusulas excessivamente onerosas, não pode mais ser considerado contratante de boa fé. E, nesse caso, como seu interesse não merece proteção da ordem jurídica, o vício que incide sobre a vontade do declarante opera e o negócio pode ser anulado. O elemento que impedia a atuação do mecanismo da anulabilidade — respeito à boa fé do outro contratante — cessou de existir; e, assim, entra ele a funcionar, invalidando o ato jurídico.

Isso ocorre sempre que a prestação prometida for sensivelmente desproporcionada ao serviço prestado. Porque, na hipótese, dificilmente poderá o promissário alegar ignorância do fato que viciava o consentimento do declarante. De sorte que se defere a este a prerrogativa de pleitear a anulação do negócio, no qual consentiu constrangidamente.

Mas, a mera anulação do negócio, alforriando o declarante de qualquer obrigação, conduz a resultado por igual injusto. Pois este obtém um enriquecimento indevido e sem causa, que corresponde a um empobrecimento por parte do outro contratante.

Com efeito, o autor da promessa anulada enriqueceu indevidamente, pois deixou de pagar um serviço que lhe foi efetivamente prestado; e o outro contratante sofreu empobrecimento correspondente ao valor do serviço prestado e que lhe não foi pago. De forma que o juiz, invalidando o negócio jurídico inquinado de vício, deverá, não obstante, fixar uma prestação, a ser paga pelo autor da declaração anulada a seu co-contratante, que equivalha ao serviço efetivamente recebido. Se o não fizer,

pode a parte prejudicada com a sentença anulatória pleitear, através da ação de *in rem verso*, referido pagamento.

154. *Reparação do prejuízo sofrido pela vítima da coação exercida por terceiro.* Dentro do sistema acolhido pelo Código Civil, provada a existência de coação, ainda que exercida por terceiros, o negócio pode ser anulado. Já combatemos tal solução, mas é a da lei.

O Código despreza inteiramente o interesse da pessoa que contratou com o coagido, não chegando sequer a imaginar que o desfazimento do negócio lhe possa trazer prejuízo. De sorte que lhe não ocorreu o problema de sua reparação.

Cuida tão-só dos danos eventuais sofridos pelo coato, irresarcidos pela anulação do ajuste malfadado. Quanto a tais danos, figura duas hipóteses:

a) na primeira, o contratante conhecia a coação exercida por terceiro e dela se valeu para ultimar o negócio.

Nesse caso, desfeito o ajuste pela demonstração da existência de um vício da vontade, as partes são conduzidas ao estado em que antes se encontravam (CC, art. 158). Porém, se a anulação em si mesma não bastou para deixar o coato indene, poderá reclamar reparação do dano sofrido, não só do autor da violência, como de seu cúmplice, isto é, do outro contratante que, por saber da presença da ameaça, como tal é considerado;

b) na segunda, o contratante ignorava a incidência da ameaça provinda de estranho a afetar a vontade do coato. Em tal circunstância, dada sua não participação na violência injusta, fica exonerado da responsabilidade de indenizar. Se, após a dissolução do negócio defeituoso, o coato demonstrar a existência de um dano irreparado, só pode reclamar o ressarcimento do autor da violência e não do outro contratante a ela alheio.

Esta a solução oferecida pelos dois parágrafos do art. 101 do Código Civil.

Devem eles, entretanto, ser interpretados com maior amplitude, para efeito de se equiparar à parte sabedora da violência exercida por estranho o contratante que facilmente poderia des-

coibir tal violência, se atuasse com ordinária diligência. Com efeito. Se os fatos externos envolventes do negócio são de molde a provocar suspeitas sérias na pessoa a quem se dirige a declaração, de serem ditadas pela coação de outrem, mas se, a despeito da veemência de tais indícios, ela os despreza, para se beneficiar do contrato, sua cumplicidade, então, se caracteriza. Sua má fé torna-se marcada e deve ela, assim, arcar com o ônus de reparar o prejuízo que, se não causou diretamente, ajudou a provocar e produzir.