

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

LAURA CORADINI FRANTZ

**POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA *ECONOMIC DURESS* NO DIREITO
BRASILEIRO**

PORTO ALEGRE
2012

LAURA CORADINI FRANTZ

**POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA *ECONOMIC DURESS* NO DIREITO
BRASILEIRO**

Tese apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito da
Universidade Federal do Rio Grande do Sul para a obtenção do
grau de Doutor em Direito.

Orientadora: Dra. Véra Maria Jacob de Fradera

Porto Alegre
2012

LAURA CORADINI FRANTZ

**POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA *ECONOMIC DURESS* NO DIREITO
BRASILEIRO**

Tese defendida e aprovada como requisito parcial de obtenção do título de Doutor em Direito
pela banca examinadora constituída por:

Orientadora: Dra. Véra Maria Jacob de Fradera

Dr. Fábio Siebeneichler de Andrade

Dr. José Antônio Peres Gediel

Dr. Fabiano Menke

Dr. Eugênio Battesini

PORTO ALEGRE
2012

Para Rafael.

AGRADECIMENTOS

Ao longo da redação desta tese tive a oportunidade de ser orientada por duas professoras que marcaram profundamente a minha formação acadêmica. Agradeço, portanto, à Prof. Dra. Judith Martins-Costa, que tem guiado meus estudos desde o Mestrado, e à Profa. Dra. Véra Maria Jacob de Fradera, por ter aceito trilhar comigo o percurso final de redação deste trabalho, dedicando tempo e atenção e estando sempre disposta a ajudar.

Registro também o meu sincero agradecimento ao Reitor do Centro Universitário Ritter dos Reis — UniRitter —, Prof. Flávio D’Almeida Reis, por todas as oportunidades, pela confiança, pelo exemplo de comprometimento com a qualidade do ensino jurídico, pela amizade e pelo tempo que tive para poder redigir esta tese.

Aos colegas de trabalho do UniRitter, amigos que me acompanharam e dividiram comigo todas as alegrias e angústias que vivi ao longo dos últimos quatro anos em que estive dedicada ao processo de doutoramento: Alessandra Nunes, Augusto Tanger Jardim, Bárbara Costa, Cláudia Libanio, Fernanda Nunes Barbosa, Irajá Luz, Letícia Hesseling e Marc Antoni Deitos. À Fernanda, agradeço, também, pela leitura atenta dos originais e pelas sugestões apresentadas.

Não poderia deixar de agradecer aos meus pais, Beno e Dalva, e à minha irmã Letícia, por serem a minha fortaleza.

Ao Rafael agradeço pelo amor, pelo companheirismo, pela dedicação e pela paciência inesgotáveis, demonstrados em todos os momentos de nossa vida.

Há sempre coerção nos atos que realizamos, nos consentimentos que damos; pois eles nunca se conformam exatamente ao que desejamos. Quem diz contrato diz concessões, sacrifícios concedidos para evitar outros mais graves.

(DURKHEIM, 2002).

RESUMO

Esta tese trata da possibilidade de recepção, no direito brasileiro, de uma figura proveniente da *common law*: a *economic duress*, que se constitui de prática de ameaças de prejuízo econômico no processo de contratação ou de modificação contratual em relações comerciais. Para que este exame fosse realizado, a primeira parte da tese tratou de três das principais espécies de *duress* reconhecidas na *common law*: a *physical duress*, a *duress of goods* e a *economic duress*. Foram analisados os requisitos para a configuração da *economic duress*, bem como o seu campo de aplicação, a saber: a ameaça de descumprimento contratual, de não realização de contratos futuros e de proposição de ação judicial, inclusive aos meios de subsistência da parte que sofre a ameaça. Na segunda parte da tese, analisaram-se as três possíveis vias pelas quais a *economic duress* poderia ser recepcionada no direito brasileiro: a lesão, o abuso do direito e a própria coação.

Palavras-chave: contrato, coação, econômica, recepção.

ABSTRACT

This thesis analyzed the possible reception of economic duress into Brazilian Law. Economic duress, a concept originated in common law, relates to the use of threats that may lead to financial distress during the formation or modification of corporate contracts. The first part of this thesis discussed the three main types of duress in common law: physical duress, duress of goods and economic duress. The elements that define economic duress were then analyzed, as well as the situations to which it applies, namely: threats to breach the contract, not to contract again in the future and to pursue legal remedy, as well as threats against the subsistence of the threatened party. In the second part, three possible paths for the reception of economic duress into Brazilian Law were examined: unconscionability, abuse of right and duress.

Keywords: contract, duress, economic, reception.

LISTA DE ABRAVIATURAS

Ap. Civ.: Apelação Cível

Art.: Artigo

CF/88: Constituição Federal de 1988

BGB: Bürgerliches Gesetzbuch

CC: Código Civil

CDC: Código de Defesa do Consumidor

Coord.: Coordenador

Des.: Desembargador

Ed.: Edição

j.: julgado em

J.: Justice

Min.: Ministro

n.: número

Org.: Organizador

Rel.: Relator

REsp.: Recurso Especial

STJ: Superior Tribunal de Justiça

t.: tomo

TJRS: Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul

UCC: Uniform Commercial Code

v.: volume

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	11
2. COMPREENSÃO DA DURESS LAW	19
2.1. Contextualização da duress law no sistema da common law	19
2.1.1. <i>A duress law como parte integrante do contract law</i>	19
2.1.2. <i>Principais tipos de duress reconhecidos na common law</i>	24
2.1.2.1. <i>Physical duress</i>	24
2.1.2.2. <i>Duress of goods</i>	29
2.1.2.3. <i>Economic duress</i>	34
2.2. Requisitos para a aplicação da economic duress	42
2.2.1. <i>Ameaça</i>	44
2.2.1.1. <i>Caracterização</i>	44
2.2.1.2. <i>Efetividade</i>	51
2.2.1.3. <i>Padrão estabelecido para o exercício de pressão no</i> <i>tráfego negocial</i>	62
2.2.2. <i>Ausência de livre consentimento</i>	74
2.2.3. <i>Inexistência de razoáveis alternativas</i>	82
2.2.4. <i>Desproporcionalidade entre as prestações</i>	91
2.3. Possibilidades de aplicação da economic duress	94
2.3.1. <i>Ameaça de descumprimento contratual</i>	94
2.3.2. <i>Ameaça de não realização de contratos futuros</i>	122
2.3.3. <i>Ameaça de proposição de ação judicial</i>	128
2.3.4. <i>Ameaça aos meios de subsistência da vítima</i>	132
3. A RECEPÇÃO DA ECONOMIC DURESS NO DIREITO BRASILEIRO	134
3.1. A lesão	134
3.1.1. <i>A lesão e os seus elementos conformadores</i>	134
3.1.1.1. <i>Elemento objetivo: a desproporção entre as</i> <i>prestações</i>	144
3.1.1.2. <i>Elementos subjetivos: a inferioridade do</i> <i>contratante lesado e o dolo de aproveitamento do</i> <i>contratante beneficiado</i>	153
3.1.2. <i>Razões que afastam a lesão como via de recepção da</i> <i>economic duress</i>	160
3.2. O abuso de direito	163
3.2.1. <i>As faces subjetiva e objetiva do abuso do direito</i>	169
3.2.1.1. <i>Abuso do direito em sua concepção subjetiva</i>	169
3.2.1.2. <i>O abuso do direito em sua concepção objetiva</i>	177

3.2.2. <i>O abuso do direito nas codificações brasileiras: duas visões distintas</i>	184
3.2.2.1. O Código Civil de 1916 e o exercício irregular de direito: o art. 160, I	184
3.2.2.2. O Código Civil de 2002 e a ilicitude do abuso do direito: o art. 187	189
3.2.3. <i>Razões que afastam o abuso do direito como a via mais adequada de recepção da economic duress</i>	202
3.3. A coação	207
3.3.1. <i>A coação na tradição romano-germânica</i>	207
3.3.1.1. No direito romano: <i>metus</i>	207
3.3.1.2. No direito civil francês: <i>violence</i>	209
3.3.1.3. No direito civil italiano: <i>violenza</i>	220
3.3.1.4. No direito civil alemão: <i>drohung</i>	224
3.3.2. <i>A coação no direito civil brasileiro</i>	227
3.3.2.1. <i>A vis absoluta e a vis compulsiva</i>	227
3.3.2.2. Requisitos para configuração da coação	234
3.3.2.2.1. Ameaça de dano iminente	234
3.3.2.2.2. Nexo de causalidade entre a coação e o negócio jurídico	235
3.3.2.2.3. Temor justificável	237
3.3.2.2.4. Temor de dano à pessoa do coato, à sua família ou ao seu patrimônio	241
3.3.3. <i>O temor reverencial e o exercício regular de direito</i>	243
3.3.4. <i>A recepção da economic duress por meio da ampliação do conceito de coação</i>	249
3.3.4.1. Aplicabilidade da coação às pessoas jurídicas	249
3.3.4.2. Paralelismo funcional entre a <i>economic duress</i> e a coação do direito brasileiro	254
3.3.4.3. Aplicação da <i>economic duress</i> no direito brasileiro ...	256
4. CONCLUSÃO	270
5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	277

1. INTRODUÇÃO

Uma pessoa queixa-se de que um banco, aproveitando a sua prisão preventiva por presumível emissão de cheque sem cobertura, o obrigou a renegociar certas dívidas em termos desfavoráveis. Outra assina uma declaração em que afirma encontrar-se totalmente ressarcida, só para reaver parte do que lhe haviam tirado. Um trabalhador faz cessar o contrato de trabalho por mútuo acordo motivado pelo fato de a entidade patronal ter dito que iria piorar as suas funções. Um município comunica a uma empresa de captação que lhe iria fechar as vias de acesso se ela não pagasse mais 50\$00 por m³ de areia.¹ Esses problemas — e outros, similares — aparentemente não têm solução no sistema jurídico brasileiro. Os problemas citados acima poderiam, porém, encontrar guarida numa figura, originária da *common law*, denominada “*economic duress*” — uma espécie diferenciada de coação, direcionada à ameaça de prejuízos financeiros, principalmente em relações comerciais.

A hipótese de trabalho desta tese é a discussão sobre a possibilidade de se aplicar, no direito brasileiro, uma figura proveniente da *common law*: a *economic duress*, que possibilita a anulação de negócios jurídicos celebrados mediante coação econômica. O problema a ser resolvido aqui é: o sistema brasileiro pode receber a *economic duress*? Em caso afirmativo, por meio de qual figura? A lesão ou a coação, como defeitos dos negócios jurídicos, *ex vi* dos arts. 157 e 151 a 155 do Código Civil? Ou o abuso de direito previsto no art. 187 como forma de ilicitude?

Serão inventariadas e enfrentadas as similitudes e as dificuldades encontradas para recepcionar a *economic duress* por meio de lesão, coação ou abuso de direito. Para tanto, torna-se imprescindível a apropriação do método do direito comparado, por meio de uma de suas figuras: a recepção jurídica. Ressalte-se que não se propugna aqui por um fenômeno de recepção ampla da *common law* num ordenamento tipicamente partidário da *civil law*, mas

¹ MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha. **Tratado de Direito Civil Português**. 2. ed. v. I. t. I. Coimbra: Almedina, 2000, p. 595.

por uma hipótese de micro recepção ou recepção parcial,² uma adoção não coativa, em que apenas o modelo jurídico³ da *duress* da *common law* é que seria recepcionado.

Uma das formas de atualização ou modificação dos modelos jurídicos dá-se por meio de sua circulação ou recepção em outros ordenamentos jurídicos, para além daquele no qual foram concebidos. A circulação e a recepção⁴ de modelos são estudadas pelo direito comparado, atualmente considerado como uma ciência que pode contribuir, em muito, para o desenvolvimento do direito:

Uma primeira possível contribuição da comparação jurídica às ciências sociais se individualiza de modo quase intuitivo. A comparação jurídica vê os modelos na sua incessante circulação, nas suas conexões, e nas suas diversificações. (...) O direito não é estático. Varia incessantemente. De tempos em tempos, cultiva o homem a ilusão de poder encontrar (ou, mesmo, de ter encontrado) uma verdade jurídica, um critério de escolha dos modelos jurídicos, uma razão de decidir definitiva, omnicompreensiva e invariável — e, ao mesmo tempo, válida em todo lugar. Até agora, a realidade tem desmentido estas ilusões, ainda que a nobilíssima aspiração a encontrar regras externas e gerais seja um estímulo para melhorar o direito positivo, purgando-o da irracionalidade e incentivando-o em direção a horizontes progressivamente mais abertos.⁵

Nesse sentido a lição de Ascarelli:

O direito comparado representa o meio para ampliar nossa experiência jurídica no espaço, meio semelhante ao que a história representa quanto ao tempo; permite-nos, através do enriquecimento da nossa experiência, entender e avaliar melhor os diversos sistemas jurídicos, e, pois, reconstruir os dados fundamentais do direito na civilização atual ou em determinada época histórica, e as linhas básicas do seu desenvolvimento; auxilia-nos a compreender as relações entre as normas jurídicas e a subjacente realidade social; dá-nos as razões das diferenças jurídicas; leva-nos à modéstia e à tolerância que decorrem do ampliado da experiência.⁶

² SACCO, Rodolfo. **Introdução ao Direito Comparado**. Trad. Véra Jacob de Fradera. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 188.

³ A expressão “modelo jurídico” é utilizada na acepção que lhe foi dada por REALE, Miguel. **Fontes e Modelos do Direito: Para um novo paradigma hermenêutico**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 66 e segs.

⁴ Para definir a recepção jurídica utiliza-se da seguinte metáfora: “E a recepção jurídica (diferentemente da inovação) faz pensar não tanto numa língua que muda, mas antes numa comunidade que se propõe a usar uma língua até então estrangeira” (SACCO, **Introdução ao Direito Comparado**, op. cit., p. 169).

⁵ *Ibid.*, p. 164 a 166.

⁶ ASCARELLI, Tullio **Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado**. Campinas: Bookseller, 2001, p. 34.

Segue Ascarelli afirmando que:

O estudo do direito comparado acaba, ademais, por mostrar, como talvez nenhum outro, o jogo contínuo das relações entre as premissas econômicas, sociais, históricas, morais, de um lado, e a solução jurídica, de outro. O estudo do direito comparado proporciona a possibilidade de colher, ao vivo, numa experiência concreta, o direito no seu ambiente social e de verificar todas as influências recíprocas entre direito e meio, de vê-las, por assim dizer, em ação; de acompanhar a tradução em termos jurídicos do problema econômico e social, e colher o real alcance econômico e social do problema jurídico.⁷

A comparação permite tornar mais claros os nexos entre o sistema jurídico e as estruturas sociais e econômicas, as escolas de pensamento e o desenvolvimento histórico do outro sistema, oportunizando ao estudioso maior clareza em relação às conexões necessárias em seu próprio sistema jurídico.⁸

As referências de uma pesquisa comparatista, de acordo com Ascarelli, devem ser os problemas de ordem econômica ou social:

O ponto de referência da pesquisa é constituído por determinados problemas econômicos e sociais e o primeiro objetivo é a sua identificação. Isso porque na analogia ou diversidade das soluções dadas ao mesmo conflito de interesses, os variados direitos se distinguem pela diversidade de problemas que a respectiva normativa se propõe a resolver. (...) A tarefa do comparatista é dar-se conta dessa diversidade e de suas razões e assim ser conduzido a evidenciar aspectos de cada direito que escapam no estudo de um sistema isoladamente considerado, e poderá, voltando ao estudo do próprio direito, perceber aspectos que antes ficavam escondidos.⁹

De acordo com Amari, deve-se estudar não apenas a legislação comparada, mas, principalmente, o direito comparado, pois as conclusões retiradas a partir do mero estudo da lei podem ser incompletas ou, ainda pior, equivocadas.¹⁰

⁷ ASCARELLI, **Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado**, op. cit., p. 42.

⁸ Id. **Studi di Diritto Comparato**. Milano: Giuffrè Editore, 1952, p. XII. Todas as traduções de textos de língua estrangeira foram feitas de forma livre pela autora.

⁹ Ibid., p. XI.

¹⁰ Amari, *apud* ASCARELLI, **Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado**, op. cit., p. 35.

É necessário, para tanto, considerar-se a unidade do sistema jurídico pesquisado, levando-se em conta a existência dos princípios gerais de direito daquele sistema, da jurisprudência ou, como afirma Ascarelli, do “direito vivo”.¹¹

Nesse sentido, também Pasquale Stanzione, quando afirma que:

A preocupação do comparatista deve ser a de costurar o sistema em sua realidade funcional e operacional, afastando de sua pesquisa qualquer objetivo puramente estatístico que não se justifica senão em seus efeitos limitados de preparação de um inventário dos instrumentos à disposição do pesquisador. O sistema não é um corpo sem vida, cristalizado em fórmulas solenes, que, por sua evolução em circuito fechado, bloqueia qualquer progresso: está, ao contrário, em constante movimento. É dever do jurista costurar o incessante movimento de adaptação das estruturas jurídicas à realidade, de descrever, com uma vigilante sensibilidade, os mecanismos e de indicar as diferentes vias possíveis de desenvolvimento.¹²

A inter-relação entre a dogmática e a sociologia é essencial numa pesquisa comparatista. Nesse sentido, a lição de Cornal:

É preciso, ademais, para que os ordenamentos jurídicos nacionais, cotejados pelo comparatista, sejam considerados em sua totalidade, que os elementos sociológicos do direito estejam junto aos elementos dogmáticos; é necessário, em outros termos, que o fator dogmático de desenvolvimento do direito em fórmulas verbais e argumentos abstratos seja ajudado e censurado pelo fator sociológico, que observa o direito diretamente dos costumes.¹³

Pasquale Stanzione adverte para a ideia de que o sucesso de uma pesquisa comparativa depende, principalmente, de uma clara definição do ponto de partida, isto é, a hipótese de trabalho deve ser um problema concreto.¹⁴

Para os objetivos desta tese, a *common law*¹⁵ pode servir de inspiração, sim, e dentre outros motivos pela sua capacidade de adaptação, pelo seu dinamismo, pela sua

¹¹ ASCARELLI, **Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado**, op. cit., p. 36.

¹² STANZIONE, Pasquale. *Considérations sur les méthodes du droit compare*. **Revue Internationale de Droit Comparé**. Paris, v. 25, n. 4, 1973, p. 881.

¹³ Cornal, *apud* ASCARELLI, **Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado**, op. cit., p. 39-40.

¹⁴ STANZIONE, *Considérations sur les méthodes du droit compare*, op. cit., p. 888.

flexibilidade, aliando-se a tudo isso um fator de ordem cultural: “... é um sistema jurídico em que a ordem estabelecida das coisas é constantemente questionada por tendências contestadoras”. Além disso, o sistema jurídico da tradição da *common law* “se recusa a reduzir o direito a um saber *livresque* ou textual, para o contextualizar em um ambiente cultural, ideológico, linguístico, social e institucional”.¹⁶

Normalmente, os modelos jurídicos circulam dentro da mesma tradição. Essa, porém, é uma circunstância que se altera paulatinamente:

Os modelos inglês e americano prestam-se à imitação não menos que os outros. Se, no passado longínquo, apenas o modelo constitucional inglês ofereceu esquemas gerais à revolução continental, fora do direito constitucional a imitação da *Common law* é mais recente. Mas, desde os anos cinquenta, a Europa tira abundante proveito de modelos metodológicos americanos (análise econômica do direito e realismo jurídico) e de regras positivas oriundas da área da *Common law*.¹⁷

¹⁵ “(...) Já se disse, a *common law* não deve praticamente nada ao direito romano. Após a conquista normanda (1066), as leis anglo-saxônicas existentes ficaram teoricamente em vigor, conforme Guilherme, o Conquistador, proclamara. Elas continuaram, portanto, a ser aplicadas pelas jurisdições locais. Mas, desde que a paz do rei era ameaçada, podia-se recorrer a *Curia Regis*, isto é, na prática, aos juízes e aos grandes vassalos designados para fazer justiça nas províncias. Estes juízes constituíram bem cedo as cortes reais competentes no que diz respeito ao direito público, à propriedade territorial (matéria que, em um regime feudal, é ainda de direito público) e aos crimes mais graves. Os particulares somente podiam se dirigir a estes juízes, em regra, se pedissem ao rei, isto é, de fato ao chanceler, a concessão de uma autorização (*writ*), permitindo-lhes suscitar, excepcionalmente, as Cortes Reais. A extensão progressiva destes *writs*, por uma evolução histórica aqui impossível de ser detalhada, permitiu aos juízes reais que constituíssem um novo direito, que eles apresentaram como o ‘costume geral e imemorial do reino’. Ao contrário dos juízes do continente, estes juízes ingleses, emissários da *Curia Regis*, não eram juristas conhecedores do direito romano e canônico chamados a solucionar litígios de direito privado (não se deve esquecer que o direito romano é, essencialmente, um direito privado). Eles se defrontavam com problemas de direito público que levavam à coroa e à paz pública e procuravam resolvê-los, ou ao menos abordá-los, através do processo. Assim é que se formou o *sistema da common law*, essencialmente publicista, procedimental e judiciário. Para dar uma estabilidade a esse sistema que se criava sem leis, os juízes criaram um hábito de se conformar à *regra obrigatória do precedente*. Toda decisão judiciária se impõe, assim, ao juiz que a formulou e a todos os juízes no futuro. O modo de formação do direito inglês é, portanto, absolutamente estranho ao modo de formação do sistema romanista. Com a finalidade de suavizar o rigor desse sistema, preso aos precedentes, era sempre permitido dirigir-se ao rei, isto é — lembre-se —, ao chanceler, originalmente um eclesiástico, seu confessor, e *guardião de sua consciência*. O Chanceler dava, assim, uma solução não jurídica, mas de acordo com a equidade. O direito inglês teria, desde então, uma estrutura tripartida compreendendo: a *common law*, fonte essencial, a *equity*, que a corrige, e a *statute law*, a lei escrita resultante de atos do parlamento, que a completa ou modifica. Tal é, esquematizada ao extremo, a estrutura deste sistema que veio a tornar-se um grupo importante quando foi adotado, em diversas partes do mundo, por força da expansão e da colonização inglesa” (MARC, Ancel. **Utilidades e Métodos do Direito Comparado**. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1980, p. 61-62).

¹⁶ MUIR-WATT, Horatia. La fonction subversive de droit comparé. **Revue Internationale de Droit Compare**. Paris, v. 52, n. 3, 2000, p. 507.

¹⁷ SACCO, **Introdução ao Direito Comparado**, op. cit., p. 190-191.

A circulação de modelos “extra-romanistas” no cenário “romanista” não costumava ocorrer, e pelos seguintes motivos:

Os sistemas contrapostos eram muito diversos e isso tornava difícil a inserção de institutos ou soluções inglesas no corpo romanista. Os continentais não conheciam os modelos ingleses; o fenômeno era perpetuado pelo fato de que a literatura inglesa não produzia aqueles tratados sintéticos e ricos de definições bem pensadas, a que estavam habituados os continentais. Os juristas continentais estavam convencidos da superioridade do seu direito, romano e racionalista, sobre o direito inglês, do qual os próprios *common lawyers* destacavam o empirismo.¹⁸

Essa possibilidade de comparação, que ultrapassava a concepção até então conhecida, dita dualista, a vigorar no início do século XX e a relacionar, sobremaneira, o Código de Napoleão e o BGB (direitos latinos e direitos germânicos), foi superada em 1920, quando os comparatistas da Europa perceberam a relevância e a extensão da *common law*.¹⁹

Diante de sua técnica sem surpresas, senão sem dificuldades, eles descobrem um mundo novo, onde os métodos, os conceitos, a análise dos problemas concretos são radicalmente diferentes dos seus, ou até mesmo inexistem, no sentido continental da palavra, onde a divisão do direito público e do direito privado, as noções de direito comercial ou de direito administrativo não são admitidas tradicionalmente, onde eles devem se adaptar, ao contrário, à divisão entre a *common law* e a *equity*, onde a *real property* constitui um mundo hermético, onde lhes é preciso assimilar o sentido de termos intraduzíveis de forma direta para a linguagem continental, como a *consideration*, o *trust*, a *specific performance*, o *estoppel*, o *trespass*.²⁰

Gino Gorla já reconhecia o “diálogo entre a *civil law* e a *common law*”,²¹ considerando-o como o “centro de atração dos estudos comparatistas”.²² Em texto publicado em 1963, o autor já previa que a *common law* seria uma fonte muito rica de inspiração para os juristas das futuras gerações, que nela buscariam soluções para problemas novos ou, simplesmente, esquecidos. Afirmava isso em razão da sua técnica, da sua casuística muito

¹⁸ SACCO, **Introdução ao Direito Comparado**, op. cit., p. 295.

¹⁹ MARC, **Utilidades e Métodos do Direito Comparado**, op. cit., p. 35.

²⁰ Ibid.

²¹ A expressão destacada foi cunhada por Túllio ASCARELLI e citada por GORLA, Gino. *Intérêts et problèmes de la comparaison*. **Revue Internationale de Droit Comparé**. Paris, v. 15, n. 1, 1963, p. 8.

²² GORLA, *Intérêts et problèmes de la comparaison*, op. cit., p. 8.

abundante e da técnica de relação entre fato e direito — técnica que se desenvolve no tempo e no espaço.²³

Para que seja possível uma pesquisa cujo método constitua o comparativo, é essencial que se observem alguns pressupostos, analisados na obra de Marc Ancel em termos de “precauções”:

a) necessidade do domínio da língua e, no que tange especificamente à pesquisa feita no sistema da *common law*, da clareza de que determinados institutos não encontram correlativo nos sistemas da *civil law*; b) conhecimento da “estrutura do direito estrangeiro estudado: suas divisões, seus modelos de administração, seu sistema de referências”, lembrando-se que o sistema da *common law* não conhece a divisão entre direito público e direito privado nos termos da clássica divisão dos países da tradição continental; c) deve-se também evitar a crença apressada de que o problema está resolvido, e resguardar-se do hábito de enquadrar as instituições estrangeiras no esquema e na forma habitual de seu próprio direito nacional; d) precisa delimitação do campo de estudo.²⁴

A incursão no modelo jurídico da *economic duress* proveniente da *common law* justifica-se, também, pela oportunidade que ela cria de se resolverem os problemas já expostos acima, em que o exercício de uma pressão de ordem econômica por uma das partes, no desenvolver de uma relação contratual, coloca em risco a situação patrimonial da outra.

Nesse contexto, as cortes têm que resolver algumas várias tensões, que competem em termos de prioridade, e realizar escolhas de valores dicotômicos as quais são endêmicas no nosso moderno direito dos contratos: a tensão entre a natureza absoluta das obrigações contratuais e a necessidade de prover alívio em algumas circunstâncias de extrema dificuldade; a competição entre a prioridade da promoção da responsabilidade ou disciplina na formação de um contrato e uma conseqüente acomodação que traga benefícios para ambas as partes; e a dicotomia entre a certeza nas transações comerciais e a flexibilidade. Tudo pode ser ao mesmo tempo vício e virtude.²⁵

²³ GORLA, Intérêts et problèmes de la comparaison, op. cit., p. 11.

²⁴ MARC, **Utilidades e Métodos do Direito Comparado**, op. cit., p. 111-113. Ver a crítica de JALUZOT, Béatrice. *Méthodologie du Droit Comparé: bilan et prospective*. **Revue Internationale de Droit Comparé**. Paris, v. 57, n. 1, 2005, p. 34, que considera esses conselhos desprovidos de lógica e de sistematização, não deixando emergir o caráter racional da matéria.

²⁵ BIGWOOD, Rick. *Coercion in contract: the theoretical constructs of duress*. **University of Toronto Law Review**. Toronto, v. 46, 1996, p. 242.

Nesse sentido, defende Graham Glover que as jurisdições que não adotam a figura da *economic duress* não percebem que “no mundo comercial moderno tais ameaças podem ser tão ilegítimas e potencialmente coercivas quanto ameaças dirigidas à pessoa ou à propriedade”. Isto fica evidente se consideramos a “natureza do comércio moderno, no qual o lucro é o ponto essencial”, e uma ameaça ao desenvolvimento econômico de um negócio termina por ser muito mais comum do que uma ameaça de morte, se um determinado contrato não for celebrado.²⁶ Por isso, o foco da pesquisa será a coação econômica praticada em relações comerciais, excluindo-se as relações de consumo.

Diante do panorama apresentado, esta tese pretende demonstrar a aplicabilidade, no sistema jurídico brasileiro, da figura da *economic duress*, perquirindo-se, após uma análise da figura da coação na tradição da *common law*, qual seria a possível via de recepção da referida figura. Para tanto, esta tese apresenta-se estruturada em duas partes. A primeira tem como objetivo definir a *economic duress*, analisando-se as suas características e funções, bem como o seu campo de aplicação e eficácia. A segunda parte trata das vias de recepção da *economic duress*, isto é, se pode ser recepcionada através da lesão, do abuso do direito ou da coação.

²⁶ GLOVER, Graham. Developing a test for economic duress in the South African Law of Contract: a comparative perspective. **South African Law Journal**. Cape Town, v. 123, 2006, p. 286. Nesse sentido também CASSIM, Maleka Femida. *Medscheme Holding (PTY) Limited v Bhamjee: The Concept of Economic Duress*. **The South African Law Journal**. Cape Town, v. 122, p. 528-541, 2005, p. 528-529. Conforme CASSIM, neste texto, a África do Sul já vem, paulatinamente, superando o modelo continental por eles adotado para a *duress*.

2. COMPREENSÃO DA *DURESS LAW*

2.1. Contextualização da *duress law* no sistema da *common law*

2.1.1. A *duress law* como parte integrante do *contract law*

A pesquisa realizada acerca da *duress law* e da *economic duress* foi realizada na doutrina dos seguintes países que adotam o sistema da *common law*: Inglaterra, Estados Unidos, Canadá, Austrália e África do Sul.²⁷ Apesar de existirem diferenças estruturantes em cada um dos sistemas jurídicos dos países pertencentes à *common law*,²⁸ será possível percebermos que as diferenças, no que se refere à configuração da *duress law*, não se veem tão demarcadas pelo país de origem, mas pela época em que determinado autor escreveu ou em que determinado caso foi julgado.

O direito civil inglês, assim como acontece com os demais países afiliados à *common law*, é composto, primordialmente, pelas seguintes áreas: *contract*, *tort*, *property*, *trust*, *family* e *sucession*, que designam, respectivamente, contrato, delito, propriedade, relações fiduciárias, família e sucessão. Embora haja grande semelhança com as áreas em que o direito civil é organizado na *civil law*, nem sempre há entre elas correspondência de conteúdos.²⁹

Para que se compreenda a sistemática das relações contratuais no sistema da *common law*, sugere-se a adoção do caminho proposto por Martin A. Frey e Phyllis Hurley Frey, dividido em cinco passos. O primeiro refere-se à determinação de qual o direito aplicável para a resolução do problema oriundo de um determinado contrato. Tal questão

²⁷ LEGRAND, Pierre & SAMUEL, Geoffrey. **Introduction au *common law***. Paris: Éditions La Découverte, 2008, p. 51. Destaque-se que na África do Sul e em Québec ocorre uma convivência entre a *common law* e a tradição romanista.

²⁸ Sobre as diferenças existentes nos sistemas jurídicos inglês e americano, ver DAVID, René. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 457 e segs. Pode-se destacar como sendo uma dessas principais diferenças a existência, nos Estados Unidos, de um direito federal e de um direito dos Estados, cuja competência foi estabelecida pela décima emenda à Constituição dos Estados Unidos. Além disso, lembre-se que os Estados Unidos possuem uma Constituição escrita, o que não ocorre na Inglaterra.

²⁹ ZITSCHER, Harriet Christiane. **Introdução ao Direito Civil Alemão e Inglês**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 144.

concerne especificamente ao direito norte-americano, em que existe a legislação estadual e federal. O segundo passo relaciona-se à formação do contrato, discutindo-se a questão da oferta e da aceitação.³⁰

Na Inglaterra, a formação do contrato ocorre por meio de duas declarações de vontade: a oferta e a aceitação, e a principal distinção entre o direito inglês e os direitos da tradição romano-germânica reside no fato de que lá a oferta nunca obriga, o que ocorre apenas no momento em que se dá a aceitação. Antes disso a oferta é revogável,³¹ diferentemente do que ocorre no direito norte-americano, em que a oferta, de acordo com o *Uniform Commercial Code*, obriga.³²

A oferta constitui uma manifestação de vontade que demonstra o interesse de uma parte em iniciar uma contratação. O objetivo da oferta é fazer com que a outra parte faça também a sua promessa.³³

Feita a oferta, a outra parte poderá manifestar o assentimento dos seus termos. Observe-se, em contrapartida, que a aceitação da oferta não implicará, necessariamente, a formação do contrato, já que as seguintes circunstâncias podem tornar inefetiva a aceitação: (i) se a aceitação foi manifestada fora do prazo estabelecido na oferta ou se, não havendo prazo estabelecido, ocorreu fora do prazo razoável; (ii) se a oferta foi revogada antes da aceitação; (iii) se o próprio destinatário da oferta a rejeita e, em seguida, tenta realizar a aceitação; e (iv) se o ofertante falecer ou se tornar incapaz antes mesmo de o destinatário tentar aceitar a oferta.³⁴

Para que a oferta seja válida, deve demonstrar claramente o intento do ofertante de realizar o contrato, ter os seus termos bem definidos e ser comunicada à outra parte.³⁵ Os termos da oferta devem ser claros o suficiente para despertar na outra parte a segurança de que a sua aceitação formará o contrato, obrigando, assim, as partes, não podendo configurar um mero convite a contratar, em que a palavra final voltaria a ser do ofertante.³⁶

³⁰ FREY, Martin A. & FREY, Phyllis Hurley. **Essentials of Contract Law**. Albany: Thomson Learning, 2001, p. 3-4.

³¹ ZITSCHER, **Introdução ao Direito Civil Alemão e Inglês**, op. cit., p. 148.

³² SÈROUSSI, Roland. **Introdução ao direito inglês e norte-americano**. Trad. Renata Maria Parreira Cordeiro. São Paulo: Landy, 2001, p. 39.

³³ FREY & FREY, **Essentials of Contract Law**, op. cit., p. 5.

³⁴ Ibid., p. 5-6.

³⁵ BALDWIN, Diane M. & WHITESIDE, Francis B. **Introduction to contracts**. Dallas: Prentice Hall, 2000, p. 22.

³⁶ BLUM, Brian A. & BUSHAW, Amy C. **Contracts, cases, discussion and problems**. New York: Aspen Publishers, 2003, p. 62.

Tendo ocorrido a oferta e a respectiva aceitação, forma-se o contrato, desde que exista também *consideration*, que pode ser vista como “algo de valor recebido pelo ofertante do contrato”, podendo tomar a forma de dinheiro, mercadorias, uma promessa de pagamento ou uma promessa de não realização de um determinado ato. Deve ser valorável economicamente, podendo, em algumas situações, possuir um valor intangível.³⁷

Formado o contrato, pode-se passar para o terceiro passo, que trata da sua exigibilidade, quando, então, a discussão sobre a liberdade contratual engendrada no passo anterior é substituída pela normatização do contrato, que ocorre por meio do estabelecimento de algumas políticas, assim divididas: (i) proteção de uma classe determinada de pessoas que são incapazes de proteger a si próprias, a exemplo dos menores, dos dependentes químicos (em determinado grau) e dos incapacitados mentalmente; (ii) proteção de uma parte contratante da exploração que a outra possa praticar, a exemplo da *fraud*, *duress* ou *unconscionability*; e (iii) proteção da integridade do processo judicial. O contrato, nesses casos, poderá ser anulado ou revisado, com a eliminação do obstáculo que impedia a exigibilidade do acordo.³⁸

A teoria dos vícios do consentimento, daí derivada, teve o seu desenvolvimento influenciado pela *equity*. A *common law* apresentava breves noções acerca da teoria do erro (*mistake*), tendo sido a *equity* a responsável pelo incremento da figura da *misrepresentation*, por meio da qual a lealdade foi também considerada no direito dos contratos. Da mesma forma, foi a *equity* que articulou a influência indevida (*undue influence*), que anula um contrato obtido por meio de abuso de uma relação de confiança. A própria concepção de *duress*, da *common law*, era resumida à violência.³⁹

Os casos citados no item (ii) estão relacionados com a preocupação apresentada pela *common law* de preservar o processo de negociação de um contrato, afirmando a doutrina que as referidas figuras formam um corpo de normas capazes de promover uma política e um processo de controle sobre os procedimentos de negociação do contrato. É justamente o objetivo de coibir “comportamentos impróprios no processo de negociação” que vai unir *duress*, *fraud* e *unconscionability*.⁴⁰

³⁷ BALDWIN & WHITESIDE, **Introduction to contracts**, op. cit., p. 26-27.

³⁸ FREY & FREY, **Essentials of Contract Law**, op. cit., p. 6-7.

³⁹ DAVID, René. **O Direito Inglês**. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 113.

⁴⁰ BLUM, Brian A. & BUSHAW, Amy C. **Contracts**. 4. ed. New York: Aspen Publishers, 2007, p. 385 e 387.

Diane Baldwin e Francis Whiteside incluem a *duress* na categoria que trata dos problemas de formação dos contratos, ao lado da *undue influence*,⁴¹ *unconscionability*,⁴² *mistake*⁴³ e *fraudulent misrepresentation*.⁴⁴ Essas figuras possuem natureza regulatória, permitindo-se às cortes analisar além da manifestação de vontade, recusando-se exigibilidade àqueles contratos que tenham sido induzidos por meios impróprios.⁴⁵ No que concerne especificamente ao objeto desta tese, a *duress* pode ser definida como a prática de ameaças impróprias (pressão) a uma parte, para forçá-la a concordar com a realização de um determinado contrato. Essa pressão pode ser dirigida à pessoa, a familiares da parte ou ao seu patrimônio, ou a ameaça pode ser ainda a de um prejuízo econômico, por meio do descumprimento de um contrato, do abuso do poder econômico ou da cessão de quaisquer outros possíveis contratos futuros.

A *duress* tem aplicação em dois diferentes contextos: na fase pré-contratual e durante negociações para modificações nos contratos, por meio de aplicação de pressão que

⁴¹ A figura *undue influence* ocorre quando há algum tipo de relação de confiança entre as partes, como, por exemplo, a relação entre pai e filho, entre advogado e cliente, entre um ministro religioso ou conselheiro espiritual e seus fiéis ou seguidores, ou em qualquer outra situação em que uma parte tenha considerável influência sobre a outra, fazendo com que uma das partes retire de uma relação negocial uma vantagem indevida, obtida em razão da existência de tal proximidade entre as partes. Na relação parental, especificamente, não é o terror o responsável pela obtenção da vantagem, mas é a ternura e a afeição que influenciam, injustamente, o filho. WINDER, W. H. D. *Undue influence and coercion*. **The Modern Law Review**. London, v. 3, n. 2, 1939, p. 97-103.

⁴² Veja em STEWART, Hamish. *A Formal Approach to Contractual Duress*. **University of Toronto Law Journal**. Toronto, v. 47, n. 2, 1997, p. 177, as principais diferenças entre *duress* e *unconscionability*: “O selo da *duress* é a deformação da autonomia da parte contrária, enquanto que o selo do *unconscionability* é a substancial injustiça do negócio”. Também em FRIED, Charles. **Contrato como Promessa**. Trad. Sérgio Duarte. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 95: “A coação (*duress*) é um vício inerente à pressão utilizada para obter o acordo, enquanto a abusividade (*unconscionability*) se refere a um vício no próprio acordo: um acordo abusivo (*unconscionable*) é injustamente unilateral, aproveitando-se da vulnerabilidade de uma das partes. (Embora um acordo obtido mediante coação também, provavelmente, seja parcial, não é preciso que o seja, e por isso as duas doutrinas podem divergir.)”.

⁴³ Em síntese apertada, *mistake* pode ser encontrado nos casos em que há uma inadequada compreensão da situação que envolve a contratação, pois as partes manifestam o seu consentimento com as mesmas palavras, “mas materialmente alcançam diferentes significados para suas declarações. [...] Em casos de *mistake*, as partes realizam um acordo mas uma ou ambas as partes realizam-no pressupondo que um determinado estado das coisas existe. Em algum momento posterior, torna-se claro que o estado das coisas pressuposto não existe e não existia no momento em que as partes concluíram o contrato” (BLUM & BUSHAW, **Contracts, cases, discussion and problems**, op. cit., p. 518).

⁴⁴ A figura denominado *fraudulent misrepresentation* ocorre quando uma das partes “deliberadamente e desonestamente induz a realização do contrato por meio de uma mentira (por palavras, ocultação ou falta de transparência)”. Ibid., p. 325.

⁴⁵ Ibid., p. 323.

seja ilegal ou ilegítima — como, por exemplo, uma ameaça de abuso exercido por uma superior posição no mercado, ou uma ameaça de morte.⁴⁶

O remédio disponibilizado pela *common law* para os contratos realizados mediante *duress* ou outro problema de formação contratual citado acima será a sua anulabilidade, podendo a parte prejudicada pedir a sua rescisão. Destaque-se que o problema não é de nulidade do contrato, pois, nesse caso, o contrato jamais seria exequível (por exemplo, quando o contrato não possui *consideration*). Em havendo anulabilidade, a parte prejudicada poderá optar entre a manutenção do contrato ou a sua anulação. Após a decretação da anulabilidade do contrato, as partes deverão restituir mutuamente todos os benefícios auferidos pela contratação.⁴⁷

Além da anulação, existem no sistema da *common law* outras possíveis respostas para os problemas de formação do contrato, como, por exemplo, a sua manutenção, com a supressão de determinada cláusula ou o ajuizamento de uma ação de indenização.⁴⁸

Para que o benefício obtido mediante *duress* seja devolvido, duas formas podem ser utilizadas: a primeira refere-se àquelas situações em que o benefício diz respeito a dinheiro, para o que, nesse caso, será proposta uma *action of money had and received*. Se o benefício indevidamente obtido se refere a serviço, será proposta uma ação denominada *quantum meruit*.⁴⁹

Não sendo o contrato inexigível por alguma das causas acima citadas, direciona-se o caso para o quarto passo da caminhada que pode ser percorrida pelo contrato: o seu incumprimento (*breach of the contract*), que pode ocorrer com a não realização da prestação propriamente dita ou mediante a notificação de que a prestação não será cumprida no futuro. Diante disso, a parte contra quem é oposto o inadimplemento possui cinco respostas admissíveis: (i) demonstrar que houve adimplemento nos termos do contrato; (ii) arguir a existência de *excuse*, figura que se assemelha à impossibilidade superveniente do direito brasileiro; (iii) apresentar *justification*, que se caracteriza pelo fato de a outra parte ter descumprido o contrato primeiro (no sistema da *civil law*, seria a exceção de contrato não cumprido); (iv) poder declarar *terminated duty*, isto é, que não cumpriu a prestação por não

⁴⁶ CSERNE, Péter. *Duress in Contracts: an economic analysis*. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1498236>>, acesso em: 16.05.2010, p. 3.

⁴⁷ BALDWIN & WHITESIDE, *Introduction to contracts*, op. cit., p. 45.

⁴⁸ BLUM & BUSHAW, *Contracts, cases, discussion and problems*, op. cit., p. 324.

⁴⁹ GOFF, Robert & JONES, Gareth. *The Law of Restitution*. 3 ed. London: Sweet & Maxwell, 1986, p. 203.

mais estar a ela obrigado, por convenção entre as partes ou pela lei; ou, por fim, (v) poder admitir que, de fato, descumpriu o contrato.⁵⁰

O quinto passo no caminho da vida do contrato na *common law* refere-se à busca de remédios para o inadimplemento. O primeiro remédio previsto é a indenização pelos danos decorrentes do inadimplemento.⁵¹

O direito inglês, de início, somente dava guarida, por meio da ação de *assumpsit*, ao inadimplemento de contratos onerosos, aqueles nos quais uma contrapartida foi dada, isto é, nos casos em que há *consideration*. Por influência da *equity*, no século XVI, a *common law* teve a oportunidade de aperfeiçoar a solução dada aos casos de incumprimento do contrato, pois em algumas situações o remédio indenizatório era insuficiente a resolver questões práticas. Inspirada na doutrina canônica da *pacta sunt servanda*, o Chanceler determinava a execução específica do contrato, por meio da *specific performance*.⁵² Essa solução criada pela *equity* é até hoje utilizada por meio de uma ordem que obriga a parte inadimplente a entregar aquilo que prometeu. Há ainda outro remédio disponível: a *injunction* — uma ordem expedida pelo juiz para se impedir uma parte de praticar determinados atos.⁵³

Realizada esta breve contextualização da *duress* na teoria contratual da *common law*, analisam-se agora os seus três principais tipos reconhecidos.

2.1.2. Principais tipos de *duress* reconhecidos na *common law*

2.1.2.1. *Physical duress*

A origem da doutrina da *duress* repousa na ameaça de uma real violência contra a pessoa, em que um indivíduo se vale de sua superioridade física ou de armamentos, para retirar um benefício. Diante disso, a parte ameaçada é forçada a dar uma resposta afirmativa à

⁵⁰ FREY & FREY, *Essentials of Contract Law*, op. cit., p. 7-9.

⁵¹ *Ibid.*, p. 10.

⁵² DAVID, *O Direito Inglês*, op. cit., p. 112-113.

⁵³ FREY & FREY, *Essentials of Contract Law*, op. cit., p. 10.

ameaça praticada ou então deparar-se com um mal inevitável, pois não há, aqui, tempo de se buscar proteção legal.⁵⁴

Historicamente, o vocábulo *duress* relaciona-se com duas situações bastante distintas. A primeira, e mais óbvia, é aquela relacionada à compulsão física, em que uma parte, física ou mentalmente mais forte, conduz a mão da outra a assinar o contrato, de forma a que não haja qualquer resquício de voluntariedade no acordo. A segunda forma relaciona-se com a realização de ameaça que força a parte a realizar o contrato, para impedir que uma situação por ela considerada danosa aconteça, o que demonstraria, na visão de Grace Giesel, um alto grau de livre manifestação de vontade, sem, contudo, excluir a existência de *duress*.⁵⁵ Nessa segunda forma, “o agente é confrontado com duas alternativas não desejadas, mas é capaz de fazer uma escolha racional entre elas”.⁵⁶

A figura denominada na *common law* de *duress* caracteriza-se por um mútuo consenso obtido quando uma das partes é forçada a contratar em virtude de uma ameaça.⁵⁷

Uma das situações que pode comprometer a liberdade contratual de forma a tornar o contrato inexigível é o exercício da coerção, que pode ser definida, segundo Mr. J. Romily, como o “momento em que uma pessoa influencia a outra por meio de uma ameaça de lhe retirar algum de seus bens ou de lhe impedir o gozo de alguma vantagem a qual teria direito”.⁵⁸ O exercício da coerção manifesta-se, na seara contratual, por meio da *duress*, que encontra três principais formas de manifestação.⁵⁹

A primeira, designada *physical duress* ou *duress of the person*, caracteriza-se por aquelas situações em que uma parte solicita a outra dinheiro, sob pena de sofrer uma agressão física, que pode ser dirigida também à esposa ou ao esposo da parte ameaçada, bem como aos seus filhos ou a outros familiares.⁶⁰ Diante da situação, pode a parte ameaçada pagar a quantia solicitada e depois pedir restituição ou acordar a realização do pagamento em momento

⁵⁴ BEATSON, Jack. *Duress as a vitiating factor in contract*. **Cambridge Law Journal**. Cambridge, v. 33, 1974, p. 99.

⁵⁵ GIESEL, Grace M. A realistic proposal for the contract duress doctrine. **West Virginia Law Review**. Morgantown, v. 107, 2005, p. 444-445.

⁵⁶ WERTHEIMER, Alan. **Coercion**. New Jersey: Princeton University Press, 2010, p. 9.

⁵⁷ BALDWIN & WHITESIDE, **Introduction to contracts**, op. cit., p. 45.

⁵⁸ Romily, Mr. J., *apud* WINDER, *Undue influence and coercion*, op. cit., p. 112.

⁵⁹ De acordo com o corte feito para esse trabalho. Existem outros autores que dividem em quatro as suas modalidades: *duress of the person*, *duress of goods*, *duress of public person fulfil duty*, *duress of improper application of the legal process*. Ver: BEATSON, *Duress as a vitiating factor in contract*, op. cit., p. 97 e segs.

⁶⁰ *Ibid.*, p. 109, e GOFF & JONES, **The Law of Restitution**, op. cit., p. 207.

futuro; nesse caso terá uma defesa em ação que busque cumprir o acordo feito entre as partes.⁶¹

A *physical duress* constitui, então, uma forma de eximir o ameaçado de cumprir a sua parte numa negociação, quando a outra se utilizou de força ou de ameaça para conseguir o seu consentimento. Esta forma de defesa é admitida mesmo em regime que preza a liberdade contratual, uma vez que se reconhece que a inicial distribuição de direitos numa negociação protege a integridade física e material dos contratantes. E isto é assim porque a *duress* se nos apresenta como uma forma imprópria de se obter o consentimento de um indivíduo; uma forma que obriga uma das partes a abandonar um dos seus direitos (“o seu dinheiro ou a sua vida”), para proteger o outro.⁶²

Tal categoria, também chamada de *per minas*, desde o período da antiga *common law* era já considerada flexível, pois as formas de ameaça dos interesses de outrem são quase que ilimitadas. Inicialmente eram restritas à vida, à integridade física ou a prisões injustificadas. Tais formas de ameaça, contudo, foram, com o passar do tempo, ocorrendo com menor gravidade e frequência, e passaram a ser direcionadas muito mais ao patrimônio da parte ameaçada.⁶³

Em 1939, na Suprema Corte de New Hampshire, nos Estados Unidos, J. Woodbury manifestou-se no caso *Clara B. Morril v. Amoskeag Savings Bank*,⁶⁴ momento em que descreveu a compreensão inicial acerca do *duress of the person*:

⁶¹ BEATSON, Duress as a vitiating factor in contract, op. cit., p. 97-98.

⁶² EPSTAIN, Richard A. Unconscionability: a critical reappraisal. In: BARNETT, Randy E. **Perspectives on Contract Law**. 3. ed. New York: Aspen Publishers, 2005, p. 356.

⁶³ WATTS, R. C. Economic duress, and its use in avoiding a release agreement. **South Texas Law Journal**. Houston, v. 12, 1971, p. 97.

⁶⁴ SOARES, Guido Fernando Silva. **Common Law: Introdução ao Direito dos EUA**. 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 77, afirma que: “Os *cases* são denominados, oficialmente, nas cortes onde são originariamente julgados (e, em geral, se houver inversão do nome do autor e do réu, num recurso, há indicações sobre tal fato). Os *cases* aparecem citados de duas maneiras: 1a) em primeiro lugar o nome do autor, um *v.* (abreviatura para *versus*, que em latim significava ‘em direção a’, mas que, na linguagem forense medieval da Inglaterra, foi sendo utilizado como *adversus* ou ‘contra’, (...) e em seguida o nome do réu (no cível) ou do *accused* (no criminal). (...) 2a) num *case* em que não interessa a oposição entre as partes, mas no qual a discussão é sobre uma coisa, uma partilha, uma propriedade de pessoa viva ou morta, tomada como universalidade (*estate* quer tanto significar patrimônio, massa falida, quanto espólio), ou ainda um estado pessoal (sendo dado que as discussões sobre estado pessoal se qualificam como ‘direitos reais’, para fins de jurisdição e de lei aplicável), ou relações pessoais em que o interessado é o fator relevante de identificação do processo (filiação, adoção, tutela etc.) utiliza-se a expressão: ‘Ex Rel.’ (para abreviar: ‘On the relation of’, ‘For the use of’) ou ‘In Re’ (para ‘In the matter of’, ‘Matter of’ etc.)”.

Duress, no começo da *common law*, deve consistir em ameaça, assim como no uso de força atual, mas somente quatro tipos de ameaças foram consideradas como de suficiente gravidade para permitir a alguém evitar as consequências de seus atos. Estas foram ameaças de perda da vida, de perda de um membro, de mutilação e de prisão. Mesmo uma agressão ameaçada não era suficiente, e, se a ameaça fosse de prisão, deveria ser de uma prisão ilegal.⁶⁵

Logo, a *duress of the person* surgia como um “conceito muito estreito”, e a sua principal função era a de apoiar o direito penal e a responsabilidade civil. Na ciência do direito anglo-canadense, a sua aplicação como forma de impedir a exigibilidade de um contrato revelava-se bastante limitada. Em 1976, Spencer, no Canadá, deixou claro o seu ponto de vista:

Duress na execução de um contrato ocorre quando há uma compulsão física da pessoa, a qual deve ser muito rara, ou quando há uma ameaça à vida ou à parte do corpo de uma pessoa, ou uma ameaça de mutilação ou prisão... Podem-se também levar em conta ameaças injustas de uma prisão ou de processo criminal... e possivelmente de parentes próximos da pessoa.⁶⁶

Lord Wilberforce e Lord Simon, na Inglaterra, ao julgarem o famoso caso *Barton v. Armstrong*, estabeleceram que, para a determinação de *duress*, ainda que seja a *physical duress*, deve ocorrer a demonstração dos seguintes requisitos:

Que algum meio ilegítimo de persuasão seja usado; que exista um nexo de causalidade entre a conduta ilegítima e a resposta da parte e que a resposta da parte seja consciente, isto é, que a parte tenha agido como agiu porque foi forçada a isso.⁶⁷

De acordo com Goff e Jones, para a caracterização de *duress*, especificamente nos casos de *physical duress*, “é suficiente que a ameaça seja apenas *uma* razão, o que é diferente da razão predominante, para que o demandante realize uma transação”.⁶⁸

⁶⁵ J. Woodburry, *apud* RAFFERTY, Nicholas. The element of wrongful pressure in a finding of duress. *Alberta Law Review*. Alberta, v. 18, 1980, p. 433.

⁶⁶ Spencer, *apud* RAFFERTY, *Ibid*.

⁶⁷ Lord Wilberforce e Lord Simon, *apud* OGILVIE, M. H. Wrongfulness, rights and economic duress. *Ottawa Law Review*. Ottawa, v. 16, 1984, p. 8.

⁶⁸ GOFF & JONES, *The Law of Restitution*, op. cit., p. 207.

Nos anos 80, o caso *Barton v. Armstrong*, que abordou justamente a questão da *physical duress*, foi fundamental para não mais se considerarem os casos de *duress* um problema único da vontade, o que pode ser aferido pela indicação feita acima dos requisitos para a sua determinação. No referido caso, o *Privy Council* considerou que ameaças à vida da parte viciaram o consentimento para a realização da transação. O fundamento da decisão foi a coerção da vontade da parte. Foi essencial na decisão, entretanto, a consideração do uso de meios ilegítimos de persuasão. Nesse caso, a determinação da *duress* não ocorreu em virtude de uma mera pressão, que faz parte da vida comercial, mas em razão da presença de uma ilegítima pressão, qual seja, um atentado à vida.⁶⁹

Barton v. Armstrong constitui um importante caso para a doutrina da *duress*, em razão dos questionamentos que suscitou. Até hoje não está clara a razão pela qual o *Privy Council* trouxe para a decisão a questão da ilegitimidade dos meios de persuasão utilizados, pois os casos de ameaça de morte possuem força, por si próprios, para viciar o contrato. O caso realmente fugiu do esquema básico já definido para a *duress*, trazendo o elemento do exercício de uma pressão ilegítima.⁷⁰

A partir da inserção da ideia de ilegitimidade dos meios usados para a determinação da *physical duress*, muitas questões foram delineadas, e posteriormente serviram para se embasarem as discussões acerca da *economic duress*:

Por que deveria a ilegitimidade, não importando o que ela signifique, ser importada para o conceito de *duress*? Deve a conduta em questão ser ilegítima *per se* ou meramente produzir um resultado ilegítimo? Como ela poderia ser integrada com a teoria da vontade da obrigação contratual? Ela não sugeriria a introdução de algum tipo de *standard* decorrente de condutas delituosas? Isso seria justificável? Deve a ilegitimidade da pressão utilizada ser exigida em conjunto com a dominação da vontade ou apenas a dominação da vontade deve ser exigida? O conceito de ilegitimidade cria realmente um padrão mais objetivo que a subjetiva determinação de se a vontade particular foi coagida?⁷¹

Embora as discussões acima não sejam diretamente relacionadas com a *physical duress*, em muito contribuíram para o desenvolvimento da doutrina da *duress* e, principalmente, da *economic duress*, que teve entre as suas fontes inspiradoras a *duress of*

⁶⁹ OGILVIE, *Wrongfulness, rights and economic duress*, op. cit., p. 7.

⁷⁰ *Ibid.*, p. 8.

⁷¹ *Ibid.*

goods, em que a coerção ocorre sem a força física e sem ameaças ao bem-estar físico da vítima, mas que, ainda assim, se vale de uma posição de superioridade para se alcançarem benefícios.⁷²

Estudada a hipótese mais antiga de *duress* — aquela em que a ameaça é direcionada à integridade física da vítima ou de pessoa a ela próxima —, passa-se à análise da primeira forma de *duress*, em que o bem jurídico protegido é o patrimônio: a *duress of goods*.

2.1.2.2. *Duress of goods*

A extensão da *duress* para o campo da pressão econômica começou no século XVIII. A inspiração para o seu desenvolvimento envolveu uma situação relativamente simples: “uma injusta apreensão ou detenção de bem”.⁷³

A primeira forma de *economic duress* reconhecida pelas Cortes foi a *duress of goods*, ainda no século XVIII.⁷⁴ É o caso em que alguém “sequestra” ou ameaça “sequestrar”, ou ainda retém bens alheios sem o direito de o fazer; a seguir, compele a outra parte a transferir alguma quantia para a recuperação dos bens ou para, simplesmente, impedir o “sequestro”.⁷⁵

A *duress of goods* ocorre também quando alguém, ilegitimamente, retém bens alheios com o intuito de forçar a assinatura de um contrato ou a sua modificação.⁷⁶ Inicialmente, essa possibilidade foi, com severidade, restringida nos Estados Unidos, pois se entendia que privar alguém de seus bens não acarretaria a privação da vontade livre, como a *physical duress* poderia ocasionar.⁷⁷

⁷² BEATSON, *Duress as a vitiating factor in contract*, op. cit., p. 99.

⁷³ DAWSON, John P. *Economic Duress — an essay in perspective*. **Michigan Law Review**. Ann Arbor, v. 45, n. 3, 1947, p. 255. Ver também GIESEL, *A realistic proposal for the contract duress doctrine*, op. cit., p. 453, e WATTS, *Economic duress, and its use in avoiding a release agreement*, op. cit., p. 100.

⁷⁴ GIESEL, *A realistic proposal for the contract duress doctrine*, op. cit., p. 453.

⁷⁵ RAFFERTY, *The element of wrongful pressure in a finding of duress*, op. cit., p. 433.

⁷⁶ PATERSON & HOCKER. **Contracts voidables on the grounds of unconscionable conduct**. In: <<http://law.anu.edu.au/colin/Lectures/uncons.htm>>, acesso em: 15.10.2005.

⁷⁷ OGILVIE, *Wrongfulness, rights and economic duress*, op. cit., p. 4.

O primeiro caso foi *Astley v. Reynolds*, julgado em 1731, na Inglaterra: o devedor deu ao credor, em garantia, um “prato” para assegurar o pagamento de uma dívida de £20. Depois de três anos, tentou reaver o bem dado em garantia, mas o credor solicitou o pagamento de mais £10 a título de juros. O devedor ofereceu, em contrapartida, £4 a título de juros, mesmo sabendo que o valor oferecido estava acima do valor permitido. O credor, porém, recusou a oferta, e o devedor resolveu, então, pagar o valor solicitado, recuperando o bem dado em garantia; em seguida ajuizou ação de restituição para recuperar o valor pago a mais. A corte inglesa julgou procedente a ação, pois não seria possível considerar o pagamento voluntário.⁷⁸

Este é um pagamento feito por compulsão: o demandante (o credor) tinha, dessa maneira, uma necessidade imediata de seus bens, de modo que uma ação de reintegração não resolveria seu problema: onde a regra *volenti non fit injuria* é aplicada, deve ser onde a parte tem liberdade para exercer sua vontade, a qual este homem não teve: nós devemos assumir que ele pagou o dinheiro acreditando em um remédio que lhe possibilitaria ter o dinheiro de volta.⁷⁹

Ressalte-se que as cortes americanas consideraram o caso acima citado como sendo o primeiro de *economic duress*, e o utilizaram como referência para outros.⁸⁰ Num primeiro momento, consideraram ser essencial a existência de apreensão indevida dos bens, contudo, em 1889, no caso *Cleaveland v. Richardson*, reconheceram ser suficiente a real apreensão ou apenas uma ameaça de apreensão.⁸¹

A figura da *duress of goods* pode também ser exemplificada com o caso a seguir descrito: “B concorda em lavar as roupas de A por \$10,00. Depois que o trabalho está feito, B diz a A que somente devolverá as roupas se A pagar ou prometer pagar \$15,00. Se A pagar os

⁷⁸ RAFFERTY, The element of wrongful pressure in a finding of duress, op. cit., p. 433. Ver também GOFF & JONES, **The Law of Restitution**, op. cit., p. 212. OGILVIE, M. H. Economic duress, inequality of bargaining power and threatened breach of contract. **McGill Law Journal**. Montreal, v. 26, 1980/1981, p. 293. WATTS, Economic duress, and its use in avoiding a release agreement, op. cit., p. 100. WINDER, Undue influence and coercion, op. cit., p. 109.

⁷⁹ RAFFERTY, The element of wrongful pressure in a finding of duress, op. cit., p. 433.

⁸⁰ DALZELL, John. Duress by economic pressure, I. In: GOLDBERG, Victor P. (Org.) **Readings in the economics contract law**. (Org.). New York: Cambridge University Press, 1993, p. 188 e segs.

⁸¹ WATTS, Economic duress, and its use in avoiding a release agreement, op. cit., p. 100.

\$15,00, poderá ser ajuizada uma ação para a restituição dos \$5,00. B colocou A diante da seguinte opção: suas roupas ou seu dinheiro”.⁸²

Pode ocorrer também quando “Z esteja na posse de pinturas valiosas de X e, injustamente, mas sem ameaça física, se recusa a devolvê-las a menos que X pague a ele uma soma em dinheiro”.⁸³ Nessa última circunstância, ou “(i) X aceita a solicitação e paga a quantia solicitada e, após, busca a restituição ou (ii) X concorda em pagar a quantia solicitada no futuro e não poderá, na visão ortodoxa, resistir a uma ação de cumprimento contratual proposta por Z para cobrar a quantia acordada”.⁸⁴

O ponto de partida para a discussão dessa visão ortodoxa é o caso *Skeate v. Beale*, no qual uma parte reteve bens pelo pagamento de uma dívida de locação que, de acordo com o credor, era de £19. O devedor acordou que, se os bens fossem devolvidos, pagaria, imediatamente, £3, e as restantes £ 16 ao longo do mês. O devedor não efetuou o pagamento, e o credor processou-o para obter a quantia devida. A defesa deu-se no sentido de que a retenção dos bens foi injusta e que a soma devida, na realidade, era apenas £3, e a única razão pela qual o devedor teria concordado em pagar os £16 foi impedir o credor de vender os seus bens. A Corte de King’s Bench considerou que o credor tinha o direito de demandar pelos £16, débito assumido contratualmente.⁸⁵

Nesse caso, a decisão de Lord Denham C. J. considerou não existir *duress of goods* quando se realiza um contrato em que se assume o pagamento de determinada soma em dinheiro para a liberação de bens. Para que essa proposição seja válida, é necessário que se diferencie um pagamento feito para a liberação de bens injustamente retidos de um acordo para pagamento de dinheiro para liberação de bens também injustamente retidos.⁸⁶ Assim manifestou-se:

Nós consideramos ser o direito fundado em “boa razão”, de modo que um acordo não é nulo porque feito sob *duress of goods*... O medo de que os bens

⁸² EPSTAIN, op. cit., in: BARNETT, **Perspectives on Contract Law**, op. cit., p. 357.

⁸³ BEATSON, *Duress as a vitiating factor in contract*, op. cit., p. 98.

⁸⁴ Ibid.

⁸⁵ Ibid. WINDER, *Undue influence and coercion*, op. cit., p. 109.

⁸⁶ BEATSON, *Duress as a vitiating factor in contract*, op. cit., p. 98. Ver também RAFFERTY, Nicholas & ENGLAND, Geoffrey. *Contractual variations: consideration and duress*. **Osgood Hall Law Journal**. Toronto, v. 18, n. 4, 1980, p. 634.

possam ser tomados ou danificados não priva alguém de sua livre vontade... nem de um certo grau de firmeza que o direito exige de todos.⁸⁷

Acrescente-se que a visão norte-americana do *duress of goods* vai além da possibilidade de solicitação de restituição da quantia paga, incluindo também a possibilidade de anulação do negócio jurídico celebrado em tais condições. Esse ponto de vista ficou assentado na decisão exarada no caso *Hellenic Lines v. Louis Dreyfus Corp.*:

Em geral, a regra diz que, se uma parte tem o controle ou a posse de bens de outra e se recusa a entregá-los ao seu proprietário, a menos que esse concorde com uma solicitação ilegal feita, um contrato feito pelo proprietário para emancipar a sua propriedade é considerado como tendo sido feito por *duress* e é, portanto, anulável.⁸⁸

Desse entendimento de que não se podem diferenciar pagamentos de contratos feitos sob *duress of goods* compartilha Aleck Dadson quando afirma: “Se uma corte se depara com uma promessa de pagamento ou um pagamento imediato, a questão é, no final das contas, a mesma: a promessa ou o pagamento foi feito voluntariamente?”. O fato de se estar diante de um pagamento ou de uma promessa de pagamento não incapacita a corte para aferir as condições nas quais a promessa ou o pagamento foi feito.⁸⁹

Contudo, no Reino Unido, ainda em 1976, essa possibilidade ainda não era aceita, como manifestou Mr. Justice Kerr no caso *The Siboen and the Sibotre*, onde se discutiu se o acordo era ou não voluntário:

Se eu deveria ser compelido a assinar uma locação ou outro contrato (...) com suficiente *consideration*⁹⁰ sob uma ameaça iminente de ter a minha casa

⁸⁷ Lord Denham, *apud* DADSON, Aleck. *The Atlantic Baron: Consideration, Economic Duress and Coerced Bargains*. **University of Toronto Faculty of Law Review**. Toronto, v. 38, 1980, p. 226.

⁸⁸ RAFFERTY, *The element of wrongful pressure in a finding of duress*, *op. cit.*, p. 434.

⁸⁹ DADSON, *The Atlantic Baron*, *op. cit.*, p. 227.

⁹⁰ O termo *consideration* deve ser compreendido, conforme explicou Charles Fried, como contraprestação. Veja-se: “Em todos os livros didáticos de Direito anglo-americano encontra-se a proposição de que a promessa não é vinculante sem que haja contraprestação (*consideration*). Contraprestação significa aquilo que é dado ou prometido em troca de uma promessa”. FRIED, **Contrato como Promessa**, *op. cit.*, p. 35.

queimada ou uma pintura valiosa cortada, embora sem qualquer ameaça de violência física, eu não penso que o direito deveria manter este acordo.⁹¹

Logo, foi a partir do caso *The Siboen and the Sibotre* em que ficou definida a falta de lógica da decisão do caso *Skeate v. Beale*,⁹² que diferenciava, para efeito de caracterização de *duress of goods*, contratos celebrados e pagamentos feitos em razão de sua existência. Durante algum tempo se entendeu que a figura da *duress of goods* somente seria aplicável a pagamentos já realizados, mas não a acordos nos quais se assumia o pagamento de determinada soma em dinheiro. Inclusive, no paradigmático caso *Skeate v. Beale*, o acordo para pagamento de quantia para liberação de bens não foi afastado, pois a Corte de King's Bench considerou que a existência de *duress of goods* não poderia anular um acordo.⁹³

De acordo com Goff e Jones, tal diferenciação é muito difícil de ser sustentada, pois “está em conflito direto com a moderna visão de *duress*, vale dizer, se a transação foi feita como resultado de uma pressão ilegítima, o consentimento não foi dado livremente e a transação é nula”. Tal análise, de acordo com o autor, é subjetiva, e isto vale tanto para uma análise de *duress of person* como de *duress of goods*. Em razão disso, esse precedente não serviu de base para o caso *The Siboen and the Sibotre*,⁹⁴ abaixo analisado.

Outro requisito cuja necessidade vem sendo discutida na doutrina é o de que o pagamento para recuperar os bens indevidamente retidos tenha sido feito sob protesto, isto é, deveria ficar provado que, no momento da celebração do acordo, a parte que exigiu a quantia notou a existência de irresignação sobre o acordo ou o pagamento.⁹⁵ O encaminhamento que vem sendo dado considera tal exigência inapropriada e despicienda, pois o elemento definidor da *duress* é a existência de ameaças que sejam ilegítimas, independentemente de a parte que se submete à pressão ter manifestado o seu descontentamento. Além disso, em situações de confronto, é mais sábio permanecer em silêncio, sem demonstrar o projeto de uma futura reclamação devida ao fato de o acordo ou pagamento ter sido feito sob coação.⁹⁶

⁹¹ KERR, Justice, *apud* RAFFERTY, The element of wrongful pressure in a finding of duress, op. cit., p. 434. Ver também DADSON, The Atlantic Baron, op. cit., p. 226.

⁹² HALSON, Roger. Opportunism, economic duress and contractual modifications. **The Law Quarterly Review**. London, v. 107, 1991, p. 658.

⁹³ GOFF & JONES, **The Law of Restitution**, op. cit., p. 213.

⁹⁴ *Ibid.*, p. 214.

⁹⁵ GLOVER, Graham. The inducement of a contract by ‘Duress of Goods’ — A Reappraisal. **South African Mercantile Law Journal**. Cape Town, v. 18, 2006, p. 181.

⁹⁶ *Ibid.*, p. 182-183.

Além da *duress of goods*, as cortes americanas, desde o século XIX, reconhecem que, em certas circunstâncias, os contratos poderiam ser afastados, sendo solicitada a devolução de quantias pagas em razão de pressões econômicas ilegítimas.⁹⁷ Exemplo disso foram os casos envolvendo companhias que atuavam no fornecimento de serviços públicos, a exemplo de empresas de gás, água e eletricidade. Tais companhias recusavam-se a fornecer o produto, a menos que o cliente pagasse um valor a mais, além daquele previamente estabelecido como padrão. Entendeu-se que essa conduta caracterizava *duress*, apesar de não haver discussão mais intensa sobre a existência de fontes alternativas, pois já se tinha a compreensão dos monopólios na prestação de tais serviços.⁹⁸

A partir da abertura e da sensibilização da jurisprudência, principalmente a americana, vimos surgir um ambiente propício para o desenvolvimento da doutrina da *economic duress*, a seguir analisada.

2.1.2.3. *Economic duress*

Em todas as relações jurídicas, assim como em todas as relações sociais, há um elemento de pressão. O exemplo mais óbvio: todos somos forçados a dispor de dinheiro para o acesso aos bens necessários para a subsistência.⁹⁹

Um dos mais claros exemplos de comportamento inaceitável durante a negociação de um contrato mostra o consentimento de uma parte para ingressar numa relação contratual sendo obtido por meio de uma pressão, que o direito considera como ilegítima ou como injusta. A linha que irá delimitar uma pressão aceitável de uma pressão inaceitável é, contudo, “perplexamente fina”. Apesar de as negociações que levam à celebração de um contrato serem perpassadas por um certo grau de pressão e persuasão, principalmente em relações comerciais, existem situações que compelem a existência social e econômica das pessoas, como a falta de poder de compra, uma preexistente falta de alternativas para a negociação (caso dos monopólios) ou desigualdades sociais relacionadas a escolhas. Pode-se, a partir

⁹⁷ GOFF & JONES, **The Law of Restitution**, op. cit., p. 222.

⁹⁸ GIESEL, A realistic proposal for the contract duress doctrine, op. cit., p. 454, utilizando como referência, dentre outros, os seguintes casos: *Manhattan Milling Co. v. Manhattan Gás & Elec. Co.*, *Indiana Natural & Illuminating Gas Co. v. Anthony* e *City of Chicago v. Northwestern Mut. Life Ins. Co.*

⁹⁹ OGILVIE, *Wrongfulness, rights and economic duress*, op. cit., p. 25.

disso, afirmar que o constrangimento é uma “característica da existência humana”.¹⁰⁰ Acrescenta M. Philips que “contratos feitos sob coação são inevitáveis e parte fundamental da vida social”.¹⁰¹

Em nome do “jogo das negociações” e do fomento de sua facilitação e da promoção da competição no setor comercial (compreendido de forma ampla), o direito deve tolerar e encorajar, em certa medida, o uso da pressão entre as partes contratantes. Legítimas ou aceitáveis utilizações da pressão são frequentemente consideradas pelas cortes como uma “negociação dura” ou como uma “mera pressão comercial”.¹⁰²

A questão envolve dois principais conceitos: liberdade e coerção. Sem dúvida, a liberdade e a escolha exercem papéis centrais em sociedades liberais. A escolha é uma expressão moral valorável de autonomia e de liberdade de moldar, para o bem ou para o mal, nossas vidas. A liberdade de contrair obrigações contratuais constitui um dos aspectos mais importantes dessa autonomia, assim como a liberdade de exercer o poder que alguém adquire em razão de sua força física ou econômica. “A liberdade e a coerção são, contudo, consideradas realidades ou relações antitéticas, pois a liberdade consiste na falta de coerção e a coerção envolve a ausência de liberdade”.¹⁰³

Essas duas palavras — liberdade e coerção — são consideradas por Peter Westen “*virtue and vice words*”, isto é, ao mesmo tempo virtuosas e viciadas. Assim as considera porque cada uma delas “tem a capacidade de reter sua própria identidade essencial ao mesmo tempo em que assume uma variedade de distintas e ao mesmo tempo contraditórias formas”. Westen assevera que palavras com essas características são dotadas de “textura aberta”,¹⁰⁴ pois são mais “vazias do que cheias”, na medida em que permitem “posteriores especificações”.¹⁰⁵

¹⁰⁰ BIGWOOD, Coercion in contract, op. cit., p. 201, e TREBILCOCK, Michael J. **The limits of freedom of contract**. Cambridge: Harvard University Press, 1997, p. 79.

¹⁰¹ M. Philips, *apud* BIGWOOD, Coercion in contract, op. cit., p. 202.

¹⁰² BIGWOOD, Coercion in contract, op. cit., p. 202. Sobre a necessidade de se traçar uma linha entre os conceitos de “negociação dura” e *economic duress*, ver também CASSIM, *Medscheme Holding (PTY) Limited v Bhamjee*, op. cit., p. 529.

¹⁰³ BIGWOOD, Coercion in contract, op. cit., p. 204.

¹⁰⁴ No sentido que lhe atribui Hart, em HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994, p. 141.

¹⁰⁵ WESTEN, Peter. “Freedom” and “Coercion” — virtue words and vice words. **Duke Law Journal**. Durham, v. 185, 1985, p. 543.

De acordo com a filosofia capitalista, subjacente à teoria contratual que vigorou, principalmente, nos séculos XVIII e XIX, presume-se que as transações feitas no mercado são voluntárias e, portanto, não sujeitas à coação, mesmo se feitas em condições de necessidade econômica.¹⁰⁶ É nesse sentido a distinção feita por Robert Nozick entre “meras circunstâncias que limitam as alternativas sem coerção e ameaças interpessoais que coagem”.¹⁰⁷

Também Andrew Stuart reconhece que o resultado de cada contrato dependerá do poder de barganha de cada uma das partes, isto é, “da necessidade de cada uma dos bens ou serviços, do limite de preço que cada uma está disposta a pagar para que a troca seja vantajosa, da disponibilidade e dos custos de uma transação alternativa, e assim por diante”.¹⁰⁸ Então, em qualquer situação onde as restrições de tempo, de dinheiro ou de qualquer outro fator estejam presentes, o elemento da pressão estará subjacente.

A coerção é um conceito versátil e amplo, incluindo inúmeras situações que envolvem uma ameaça. Contudo, o conceito de *duress*, subespécie do conceito de coerção, é normativo e bem menos amplo do que o primeiro.¹⁰⁹

É incontroverso que um contrato obtido mediante pressão não pode ser exigido, observando-se padrões morais e jurídicos. Há aproximadamente quarenta anos, as cortes inglesas e americanas passaram a reconhecer, de forma mais sistematizada, outras formas de pressão, menos óbvias que as ameaças diretas à pessoa ou ao seu patrimônio: a coação ou pressão de ordem econômica, chamada *economic duress*.¹¹⁰ Entretanto, na Inglaterra do século XVIII, as cortes já reconheciam tal figura com um propósito bem específico: manutenção da estrutura social vigente, com a permanência da propriedade das terras nas mãos das famílias aristocráticas. Tal preocupação fundava-se no fato de os jovens herdeiros terem o hábito de contrair empréstimos de altas somas, utilizando as suas propriedades como garantia.¹¹¹

A *economic duress* ainda não pode ser considerada madura nos Estados Unidos, apesar de esta frase ter sido dita há quarenta anos, pois mesmo os seus pressupostos básicos

¹⁰⁶ BIGWOOD, Coercion in contract, op. cit., p. 205.

¹⁰⁷ NOZICK, Robert. **Anarchy, State and Utopia**. New York: Basic Books Inc., 1974, p. 262-263.

¹⁰⁸ STEWART, Andrew. Economic duress — legal regulation of commercial pressure. **Melbourne University Law Review**. Melbourne, v. 14, 1983/1984, p. 422.

¹⁰⁹ BIGWOOD, Coercion in contract, op. cit., p. 205-206.

¹¹⁰ SMITH, Stephen A. Contracting under pressure: a theory of duress. **Cambridge Law Journal**. Cambridge, v. 56, 1997, p. 343 e 345.

¹¹¹ DAWSON, Economic Duress — an essay in perspective, op. cit., p. 267-276.

ainda são discutidos. Contudo, é certa a preocupação lá existente com a coerção de ordem econômica, a fim de originar contratos ou modificações em contratos preexistentes.¹¹²

A preocupação tanto existe que uma definição para a *duress* foi emitida no §492 do *Restatement (First) of the Law of Contracts*,¹¹³ elaborado pelo *American Law Institute*, em 1932:

- (a) qualquer ato injusto de uma pessoa que compele à manifestação de aparente consentimento de outra para uma transação sem a sua vontade; ou
- (b) qualquer ameaça injusta de uma pessoa por palavras ou outra conduta que induza outra a realizar uma transação sob a influência de tal medo que a impede de exercer livremente a sua vontade e o seu julgamento, se a ameaça

¹¹² MURPHY, Cornelius. Economic Duress and Unequal Treaties. *Virginia Journal of International Law*. Charlottesville, v. 11, 1970/1971, p. 65.

¹¹³ Ver DAVID, *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*, op. cit., p. 492-493, quando destaca que “o *Restatement of Law* é obra de uma associação privada, o *American Law Institute*. (...) O *Restatement* procura, nas matérias em que as intervenções do legislador não foram muito numerosas, expor, de modo tão exato quanto possível, as soluções que estão em maior harmonia com o sistema da *common law* americana e que, por conseguinte, merecem ser consagradas pelos tribunais americanos”. Ver também SOARES, **Common Law: Introdução ao Direito dos EUA**, op. cit., p. 75: “Dentre as *secondary authorities* sobreleva o papel dos *Restatements of Law*, que nenhum dicionário, nem mesmo os jurídicos, consigna qualquer explicação ou eventual possibilidade de tradução em português; na verdade, sua explicação não é simples e sua tradução no sistema da *civil law* é problemática, enquanto fonte de normas jurídicas. Obra de fôlego, elaborada pelo *American Law Institute*, prestigiada organização privada fundada em 1923 e composta por professores de direito, juízes e pessoas dedicadas à prática do direito (*practitioners*), o *Restatement of Law* (1st. ed.) levou quase duas décadas para vir à luz, após a aprovação de uma comissão de peritos e aprovação final pela assembleia dos associados. Já foram publicados, em primeira edição, *Restatement of Laws* nos seguintes assuntos: *agency, conflict of laws, contracts, judgements, property, restitution, security, torts* e *trusts* (...). Dando seguimento à sua tarefa de aperfeiçoamento dos mesmos, o *American Law Institute* providenciou novas edições, e, na segunda edição, estão, dentre outros, o *Restatement, second, conflict of laws* e o *Restatement, second, contracts*; (...)”. E, na p. 77, alerta que “(n)a citação dos *Restatement of Laws* em direito comparado, ou como prova do direito estrangeiro no Brasil, é necessária cautela, em razão de seus dispositivos não refletirem a lei vigente *hic et nunc*; para os efeitos mencionados, os citados *Restatements* devem ser tratados, como o são por advogados, juízes e universitários norte-americanos, como uma fonte que possui uma *secondary authority*”. Ver também FARNSWORTH, Edward Allan. **An introduction to the legal system of United States**. 3. ed. New York: Oceana, 1996, p. 87-89: “Quando o *American Law Institute* foi organizado em 1923, seus objetivos incluíam a clarificação e simplificação do direito. Seus fundadores concluíram que ‘os dois principais defeitos do direito americano são a sua incerteza e a sua complexidade. [...] Eles viram no crescente número de decisões uma ameaça para a vitalidade do direito. Isso foi tornando cada vez mais difícil para os advogados, ao trabalharem num caso, encontrar, ler e digerir os casos relevantes para as cortes [...]. Eles concluíram que o que era necessário naquelas áreas do direito que não se submetiam à legislação seria uma maior autoridade do que aquela trazida por qualquer simples tratado que busque trazer ordem ao caos do direito jurisprudencial. No encontro dessa necessidade, o *Restatement* foi preparado sob os auspícios do *Institute*. Ele cobriu áreas em que o direito jurisprudencial era dominante [...]. O *Restatement* de cada área foi rascunhado por um ou mais escritores, eminentes professores de direito, em colaboração com um grupo de consultores, incluindo professores, profissionais e juízes. Os resultados de seus esforços combinados foram aprovados pelo Conselho do *Institute* e, finalmente, pelos seus membros. O *Restatement* foi publicado, nas diversas áreas, entre 1933 e 1944”.

foi intencionada ou deveria ser razoavelmente esperada para operar como uma indução.¹¹⁴

A primeira parte do §492 (a) refere-se à situação em que o assentimento prestado não é o resultado da vontade do ator. Seria o caso em que alguém segura a mão da outra pessoa ou a hipnotiza e a obriga à assinatura de um contrato. Essa forma de coação é tratada da mesma maneira, isto é, como um contrato nulo, tanto no *Restatement (First)* quanto no *Restatement (Second)*.¹¹⁵

A parte (b) do §492 do *Restatement (First)* trata de uma forma de *duress* que torna o contrato anulável, uma forma de coação em que a parte que sofre a ameaça decide se quer contratar ou não, enfrentando, como consequência de decidir não contratar, as circunstâncias ameaçadoras. De acordo com esse documento, para a caracterização da *duress* seria necessária a prova de que houve uma “ameaça injusta” que retire da outra parte a possibilidade de livremente decidir se quer ou não contratar. O texto não define diretamente quando é retirada de alguém a sua capacidade de exercer o livre consentimento. Em contrapartida, fica estabelecido que este é um *standard* subjetivo.¹¹⁶ Essa natureza subjetiva demonstra-se nos próprios comentários ao *Restatement*, quando se afirma que “não há uma linha absoluta para a demarcação entre o medo que priva a pessoa de sua vontade e seu julgamento livre e o medo em graus menores”.¹¹⁷ Seguem os comentários:

O teste de qual ato ou ameaça produz o necessário nível de medo não é objetivo. A ameaça não precisa ser tal que faça com que um homem bravo ou um homem de ordinária firmeza sinta medo. Ao contrário, a questão é se a ameaça fez com que a pessoa realizasse o contrato em razão do medo, que a privou de exercer a sua vontade e julgamentos livres.¹¹⁸

¹¹⁴ RAFFERTY, The element of wrongful pressure in a finding of duress, op. cit., p. 431. Ver também SUTTON, R. J. Duress by Threatened Breach of Contract. *McGill Law Journal*. Montreal, v. 20, 1974, p. 555; e GIESEL, A realistic proposal for the contract duress doctrine, op. cit., p. 457.

¹¹⁵ GIESEL, A realistic proposal for the contract duress doctrine, op. cit., p. 457-458, e, em WERTHEIMER, *Coercion*, op. cit., p. 30.

¹¹⁶ GIESEL, A realistic proposal for the contract duress doctrine, op. cit., p. 458.

¹¹⁷ *Ibid.*

¹¹⁸ Comentários ao *Restatement (First)*, apud GIESEL, A realistic proposal for the contract duress doctrine, op. cit., p. 458, notas 92-93.

O mesmo *Restatement*, no §493, indica quais ameaças podem ser consideradas *duress*:

- a) violência pessoal ou ameaça de violência, ou
- b) prisão, ou ameaça de prisão, exceto quando a prisão exercida ou ameaçada é para a execução de uma demanda civil, e é feita de boa-fé e de acordo com o direito, ou
- c) ameaça de dano físico, ou de prisão injusta ou proposição de processo penal contra o marido, esposa, filho ou outro parente próximo, ou
- d) ameaça de, injustamente, destruir, danificar, sequestrar ou retirar terras ou outras coisas, ou
- e) qualquer outro ato injusto...¹¹⁹

De acordo com o *Restatement (First)*, ao se analisar a existência de *duress*, dever-se-ia ponderar se foi praticada uma ameaça injusta e se ela causou a perda da possibilidade de se exarar um livre consentimento, isto é, perquirir-se acerca do efeito do constrangimento nas possibilidades de escolha da outra parte.

O *Restatement (Second) of Contracts*, de 1981, modificou a abordagem dada aos contratos anuláveis em razão de coação, substituindo a necessidade de se analisar a questão da livre manifestação de vontade pela análise da existência, para a parte que sofre a pressão, de razoáveis alternativas, de forma que o contrato será considerado anulável se “uma ameaça imprópria causa uma situação de inexistência de razoáveis alternativas”. A modificação do enfoque ocorreu em razão da “vagueza e impraticabilidade” que a noção de *vontade livre* apresenta.¹²⁰

O *Restatement of Contracts (2d)*, de 1981, define quando a ameaça é imprópria, no §176:

1. A ameaça é imprópria se:

- a) o que é ameaçado é um crime ou um ato ilícito, ou se a ameaça propriamente for um crime ou um ato ilícito, se resulta na obtenção de propriedade, ou
- b) o que é ameaçado é uma ação criminal, ou

¹¹⁹ GIESEL, A realistic proposal for the contract duress doctrine, op. cit., p. 458, nota 94.

¹²⁰ Ibid., p. 459-460.

c) o que é ameaçado é o uso de uma ação civil e a ameaça é feita de má-fé, ou

d) a ameaça é uma quebra do dever de boa-fé e justa negociação, em um contrato com o receptor (da ameaça).

2. A ameaça é imprópria se o resultado da troca não é justo, e

a) o ato ameaçado traria dano ao receptor e não beneficiaria, significativamente a parte que faz a ameaça,

b) a efetividade da ameaça na indução da manifestação do consentimento é significativamente aumentada pela negociação injusta pela parte que faz a ameaça, ou

c) o que é ameaçado é, por outro lado, o uso de poder para fins ilegítimos.¹²¹

Apesar de o *Restatement (Second)* ter superado há muito o *Restatement (First)*, ainda existem decisões que terminam por agregar o critério da livre manifestação de vontade com o da inexistência de razoáveis alternativas, que, de acordo com os documentos citados, o sucedeu.¹²² Isso faz com que, na próxima seção, se analisem todos os possíveis requisitos para a admissão de *duress*.

Afirma Grace Giesel que as cortes americanas seguem fazendo uma “bagunça absoluta” na aplicação da *economic duress*. Para chegar a tal conclusão, analisou 88 delas, relativas ao período de 1996 a 2003. Há muito poucas decisões reconhecendo a sua existência; quando há, são, além de “imprevisíveis”, pautadas por parâmetros diversos.¹²³

Apesar de não haver uma padronização das decisões, o que torna a aplicação da *economic duress* complexa também nos sistemas da *common law*, não se pode negar que a sua construção se deve, basicamente, às decisões judiciais. Veja-se, por exemplo, o caso dos Estados Unidos, em que somente seis estados legislaram acerca da *duress*: Califórnia, Louisiana, Montana, North Dakota, Oklahoma e South Dakota. Apesar de esses estados possuírem legislação a tratar do tema, o desenvolvimento da *economic duress* não foi diferenciado.¹²⁴

¹²¹ *Restatement of Contracts (2d)*, apud GOFF & JONES, **The Law of Restitution**, op. cit., p. 206, nota 18. Destaque-se que também o *Unidroit Principles*, para os contratos comerciais internacionais, também permite a possibilidade de uma ameaça que é “injustificada, iminente e séria, que deixa a outra parte sem razoáveis alternativas”, praticada para forçar a realização de um contrato, o invalide, nos termos do art. 3.9. Ver em CSERNE, *Duress in Contracts*, op. cit., p. 2.

¹²² GIESEL, A realistic proposal for the contract duress doctrine, op. cit., p. 461.

¹²³ *Ibid.*, p. 463 e segs.

¹²⁴ KELLEY, Patrick J. Economic duress after the demise of free will theory: a proposed tort analysis. *Iowa Law Review*. Iowa City, v. 53, n. 4, 1968, p. 892, nota 1.

A essência da discussão envolve a busca pela descoberta da medida em que as partes puderam barganhar e efetivamente manifestar o seu consentimento em acordos de ordem comercial.¹²⁵ Observe-se que esse dilema, segundo M. H. Ogilvie, é até mesmo uma questão moral, que pode ser assim descrita: “Devem as cortes proteger aqueles que não podem proteger a si mesmos?”¹²⁶. Sobre essa questão manifestou-se a Suprema Corte do Canadá, por Mr. Justice Estey, no caso *Ronald Elwyn Lister Ltd. v. Dunlop Canadá Ltd.*:

Quando partes experientes nos negócios tiverem entrado em uma transação comercial e então começam a cristalizar seus respectivos direitos e obrigações em um contrato escrito por seus advogados, torna-se difícil encontrar ou esperar encontrar um princípio no direito dos contratos que vicie o contrato daí resultante.¹²⁷

Pondera M. H. Ogilvie no sentido de que a exigibilidade de acordos injustos ultrapassa a questão moral do papel da vontade nas relações interpessoais de ordem econômica, suscitando questões de ordem política e social, como o uso do poder econômico nas relações individuais e a própria estrutura conceitual do moderno direito contratual e a sua função como instituição social e ferramenta regulatória do mercado. A esta posição da Suprema Corte do Canadá está subjacente uma concepção de teoria do contrato associada ao individualismo e ao liberalismo do século XIX.¹²⁸

A teoria da vontade das obrigações contratuais era perfeitamente adaptada às necessidades do estágio de desenvolvimento de uma economia de livre mercado, refletindo os ideais de individualismo e de uma visão atomística da sociedade, na qual as relações são uma questão de livre escolha. Cada indivíduo era por si responsável, não tendo nenhum dever para com os outros cidadãos, além de se abster de praticar atos violentos. Nesse contexto, os deveres contratuais surgem de acordos voluntários, e a adequação da *consideration* torna-se irrelevante, sendo dever das cortes apenas garantir a propriedade, e não discutir contratos injustos ou impor outros deveres às partes, isto é, a elas caberia apenas resolver questões envolvendo uma estrutura contratual que tivesse sido corroborada pelas partes.¹²⁹

¹²⁵ MURPHY, *Economic Duress and Unequal Treaties*, op. cit., p. 68.

¹²⁶ OGILVIE, *Wrongfulness, rights and economic duress*, op. cit., p. 1

¹²⁷ Mr. Justice Estey, *apud* OGILVIE, *Wrongfulness, rights and economic duress*, op. cit., p. 1.

¹²⁸ OGILVIE, *Wrongfulness, rights and economic duress*, op. cit., p. 2.

¹²⁹ *Ibid.*, p. 4.

A partir das bases estabelecidas acima, será possível passar à análise dos possíveis requisitos caracterizadores da *economic duress*.

2.2. Requisitos para a aplicação da *economic duress*

A jurisprudência e a doutrina dos países de *common law* ainda não encontraram um ponto de convergência quanto aos requisitos necessários para a caracterização de *economic duress*, o que vem dificultando, sensivelmente, a sua consolidação.¹³⁰

Ainda que de forma geral e não absoluta, os requisitos para a caracterização de *economic duress* foram claramente enunciados no famoso caso *Alec Lobb (Garages) Ltd. v. Total Oil Great Britain Ltd.*:

Este é um ramo do direito que ainda está se desenvolvendo neste país (Inglaterra), mas eu admito que pressão comercial pode constituir *duress* e tornar a transação anulável, provado que a pressão contribuiu para a coerção, que viciará o consentimento (...). *Economic duress*, entretanto, é ainda uma forma de *duress*. Um demandante que busque afastar uma transação com base em *economic duress* deve demonstrar que contratou involuntariamente (não necessariamente sob protesto, embora a ausência de protesto seja altamente relevante), que não teve reais alternativas senão se submeter à vontade do demandado, que seu aparente consentimento foi extraído por uma imprópria pressão exercida pelo demandado, e que ele repudiou a pressão assim que ela foi aliviada.¹³¹

Na *common law*, a *economic duress* é uma extensão do direito da coação, e muitos entendem que ela forma, simplesmente, uma espécie de *duress*. Ainda não há, porém, um consenso sobre os requisitos essenciais para a sua caracterização.¹³²

Apesar disso, a moderna compreensão da *duress* está centrada no fato de uma parte produzir uma ameaça que induza a outra, que não possui razoáveis alternativas, a

¹³⁰ KELLEY, Economic duress after the demise of free will theory, op. cit., p. 895.

¹³¹ OGILVIE, Wrongfulness, rights and economic duress, op. cit., p. 12.

¹³² SCHWATKA, Gladys L. Contracts: restitution and rescission — economic duress and business compulsion in California. *California Law Review*. Berkeley, v. 40, 1952, p. 425.

manifestar o consentimento para a realização de um contrato, tornando a transação daí resultante anulável.¹³³

Esta forma de compreensão da *duress* foi denominada por Alan Wertheimer, em sua obra *Coercion*, como “*The two-pronged theory of duress*”, que leva em conta a seguinte fórmula, a pautar esta análise:

A coage B a fazer X, se e somente se (1) a proposta de A cria uma tal situação de escolha para B que faz com que B não tenha razoáveis alternativas a não ser fazer X, e (2) é injusto para A fazer tal proposta para B.¹³⁴

A característica estrutural essencial da abordagem da *duress* feita por Wertheimer consiste em dois, aparentemente independentes, testes para a sua definição. Cada teste é necessário, mas nenhum é, em si, suficiente para a sua caracterização. A primeira “ponta” (referência a “*The two-pronged theory*”), que leva ao primeiro teste, avalia a existência de pressão coerciva, isto é, analisa a existência de uma ameaça ou de uma proposta que venha de uma parte (D), a qual priva a outra parte (P) da liberdade de exercício de sua vontade ou, simplesmente, que coloca P numa posição em que não disponha de razoáveis alternativas, senão se submeter à demanda de (D). É o que Wertheimer chama de teste “*choice prong*”. A segunda “ponta”, que leva, por sua vez, ao segundo teste, é a avaliação da ilegitimidade da ameaça feita por (D). A proposta de (D) não pode ser injusta simplesmente porque nega a (P) uma livre escolha (pela perspectiva do “*choice prong*”), por isso, acrescenta-se o segundo teste: “*proposal prong*”, que vai discutir a qualidade da proposta feita por (D). A partir deste simples desdobramento da “*two-pronged theory*”, é possível perceber o porquê de os testes serem indissociáveis.¹³⁵

Wertheimer segue argumentando que o teste designado “*choice prong*” avalia a situação de (P), a fim de verificar se ele realmente está sendo coagido, por meio da análise do fato de (P) não ter outra alternativa senão fazer o que (D) propõe. Enquanto isso, o teste

¹³³ BIGWOOD, *Coercion in contract*, op. cit., p. 208.

¹³⁴ WERTHEIMER, *Coercion*, op. cit., p. 172.

¹³⁵ BIGWOOD, *Coercion in contract*, op. cit., p. 209. Ver também WERTHEIMER, *Coercion*, op. cit., p. 30.

“*proposal prong*” avalia se a proposta é suficientemente injusta para anular o contrato daí decorrente.¹³⁶

Antes de se iniciar a discussão dos requisitos caracterizadores da *economic duress*, importa destacar o seu substrato, que deverá permear a análise de seus requisitos. O referido substrato pode ser demonstrado na passagem que segue, retirada do caso *Rich & Whillock, Inc. v. Ashton Development, Inc.*:

A preocupação subjacente à teoria da *economic duress* é a exigência no mercado de um certo padrão mínimo de ética negocial. Isso inclui noções equitativas de justiça e decência, as quais impedem injustas exigências negociais, que têm a finalidade de ocasionar trocas de valor desproporcionais. A teoria da *economic duress* serve como último recurso para corrigir essas aberrações, quando as alternativas convencionais estão impossibilitadas.¹³⁷

A partir dos delineamentos acima esboçados, passa-se à análise dos requisitos para caracterização da *economic duress*.

2.2.1. Ameaça

2.2.1.1. Caracterização

Para se alcançar a compreensão da coação ou da coerção é necessário que se defina o seu *modus operandi* — a ameaça —, diferenciando-a de outras formas de comunicação. Em seus formatos mais populares, pode ser facilmente identificada: “Vou estourar a sua cabeça se você não assinar esse contrato!” ou “Concorde com os meus termos ou vou queimar sua casa!”. Expressas ou implícitas, as ameaças produzem uma situação injusta para a parte ameaçada, de tal forma que fica compelida a realizar o ato solicitado.¹³⁸

¹³⁶ WERTHEIMER, *Coercion*, op. cit., p. 267.

¹³⁷ GIESEL, *A realistic proposal for the contract duress doctrine*, op. cit., p. 492.

¹³⁸ BIGWOOD, *Coercion in contract: the theoretical constructs of duress*, op. cit., p. 211. Ver também BAR-GRILL, Oren & BEM-SHAHAR, Omri. *Credible Coercion*. *Texas Law Review*. Austin, v. 83, n. 3, fev. 2005, p. 721, nota 5.

Na visão de Graham Glover, uma ameaça é “uma proposta que não é bem-vinda, feita com a intenção de induzir alguém a escolher um determinado curso de ação que o proponente deseja (neste contexto, realizar um contrato ou modificar um contrato preexistente)”.¹³⁹

Para Stephen Smith, uma ameaça ocorre quando uma pessoa sugere que vai causar um evento indesejado, para induzir alguém a aceitar uma proposta de realização de um determinado contrato. No entanto, nem toda ameaça é capaz de viciar um contrato por *duress*, pois ela precisa ser injusta.¹⁴⁰ Charles Fried complementa que a ameaça será coercitiva, agravando-se a situação da parte ameaçada, que, se pudesse optar, optaria por não a receber.¹⁴¹

Importante é destacar a diferença entre uma ameaça e um aviso. De acordo com Stephen A. Smith, o aviso seria uma comunicação com o objetivo de cientificar alguém de que um evento indesejado pode acontecer em determinadas circunstâncias. Distingue-se da ameaça pela falta de controle sobre a realização do evento indesejado. O autor exemplifica a diferença com o seguinte caso: se um contratante informa o outro de que os seus custos de produção aumentaram e que nos termos acordados não terá meios para cumprir o ajuste, o que o levaria, inclusive à bancarrota, a não ser que uma adequação no preço seja realizada, ele está apenas avisando a contraparte de que não terá condições de cumprir a prestação contratualmente assumida. Contudo, se a parte tinha meios de cumprir o contrato e faz o aviso mesmo assim, então está caracterizada a ameaça.¹⁴²

Nesse sentido, também Rick Bigwood, quando afirma que um aviso nada mais é do que uma comunicação legítima, em que uma parte avisa a outra de que algo não desejado pela primeira irá acontecer no futuro, se determinada contingência ocorrer. A parte que avisa não necessariamente é a responsável por tal contingência, que, via de regra, está fora de seu controle. A sua ação, desse modo, constitui-se num “passar de informações” ou num “prognóstico” não coercivo.¹⁴³

Para que tal diferenciação desenhada por Rick Bigwood seja possível, é necessário que: “(a) o contratante não tenha controle sobre as consequências indesejadas que

¹³⁹ GLOVER, Developing a test for economic duress in the South African Law, op. cit., p. 288.

¹⁴⁰ SMITH, Stephen A. **Contract Theory**. Oxford: Oxford University Press, 2004, p. 318-320.

¹⁴¹ FRIED, **Contrato como Promessa**, op. cit., p. 121.

¹⁴² SMITH, Contracting under pressure, op. cit., p. 346. Ver também BAR-GRILL & BEM-SHAHAR, Credible Coercion, op. cit., p. 750.

¹⁴³ BIGWOOD, Rick. **Exploitative Contracts**. New York: Oxford University Press, 2003, p. 298.

está prevendo e seja, então, incapaz de fazer com que elas aconteçam, e/ou (b) o contratante não tenha um motivo impróprio para fazer esta comunicação”¹⁴⁴.

Se analisarmos o caso acima, em que uma parte comunica a outra de que não vai poder cumprir o contrato nos termos ajustados, percebe-se que a parte que faz o aviso tem consciência de que o não cumprimento do contrato trará consequências prejudiciais à outra parte, mas, ainda assim, não há um intento seu de manipulação do parceiro contratual, com o objetivo de auferir vantagens.¹⁴⁵

Em raras situações, contudo, o critério do controle sobre o evento indesejado poderá ser insuficiente para se diferenciar um aviso de uma ameaça. Nesses casos, outro fator deve ser considerado: a intenção de influenciar o comportamento da outra parte.¹⁴⁶

Se observarmos, entretanto, a perspectiva da parte que recebe a comunicação, uma ameaça de quebra contratual e um mero aviso causam o mesmo efeito: se mais dinheiro não for pago, o contrato ao qual está vinculado não será cumprido.¹⁴⁷

Para ilustrar tal dificuldade, veja-se o caso *Sharon Global Solutions Pte Ltd. v. LG International (Singapore) Ltd.*, de 2001. A empresa *Sharon Global* realizou contrato de compra e venda de aço com a *LG International*, que imediatamente celebrou outro contrato envolvendo a matéria-prima citada com um importante cliente (*POSCO*). O aço vendido seria entregue mediante contrato de transporte celebrado pela *Sharon Global*. Entretanto, a última encontrou dificuldades para conseguir um navio para transportar o aço no valor combinado com a *LG*. Diante disso, a *Sharon Global* solicitou a *LG* que pagasse 25% a mais no valor contratado para o transporte, pois, se isso não ocorresse, afirmou não ter condições de cumprir o contrato. Como a *LG* tinha, por sua vez, um prazo exíguo para cumprir o contrato realizado com a *POSCO*, aceitou pagar o percentual solicitado e depois solicitou o desfazimento do ajuste, alegando existir *economic duress*. A decisão judicial foi no sentido de descaracterizar a existência de *economic duress*, levando-se em conta, dentre outros fatores, a consideração de que a declaração feita pela *Sharon Global* no sentido de não ter meios para cumprir o contrato, a não ser que a *LG* contribuísse com 25% do valor do novo contrato de transporte,

¹⁴⁴ BIGWOOD, *Exploitative Contracts*, op. cit., p. 298.

¹⁴⁵ *Ibid.*, p. 298-299.

¹⁴⁶ SMITH, *Contracting under pressure*, op. cit., p. 347.

¹⁴⁷ *Ibid.*

foi apenas uma “notícia legítima de sua incapacidade de cumprir o contrato, e não uma ameaça ilegítima”.¹⁴⁸

Nozick, valendo-se do critério da credibilidade da ameaça, adiante discutido, também contribui para a diferenciação.

... quando uma parte avisa outra — faz uma declaração crível sobre algo que irá fazer se a outra parte não realizar o ato solicitado —, ela não está agindo de uma maneira coerciva. No exemplo de Nozick, quando um empregador avisa aos seus empregados que vai fechar a fábrica se eles se sindicalizarem, e quando é verdade que a preferência do empregador seria mesmo fechá-la (para evitar a perda de dinheiro), a atitude do empregador não é uma ameaça e não deve ser considerada coerciva.¹⁴⁹

Nem sempre que uma declaração for crível, ela deixará de ser coerciva. A credibilidade da ameaça é dos fatores que devem ser levados em consideração para que a mesma seja coerciva.¹⁵⁰

Cooter e Ulen, utilizando os parâmetros da análise econômica do direito, também propõem um critério para a diferenciação entre uma ameaça e um mero aviso: “... uma promessa deve ser exigível se ela foi obtida como o preço da cooperação de alguém na criação de valor; uma promessa não deve ser exigível se ela foi obtida por uma ameaça de destruir um valor”.¹⁵¹ A partir de suas lições, Péter Cserne vai afirmar que, também pelos fundamentos da análise econômica do direito, um contrato feito sob coação deve ser anulado, pois a realização da anulação do negócio jurídico atenderá ao critério da eficiência, “porque maximiza o bem-estar social”.¹⁵²

Rick Bigwood, por fim, critica, por considerar despicienda, tal diferenciação para a moderna compreensão da *economic duress*, que não está mais centrada na intenção da parte que ameaça, mas nos efeitos que o ato possui na esfera dos direitos da parte ameaçada.¹⁵³

¹⁴⁸ TAN, Daniel. Grounds of economic duress — further clarification or further confusion? **Singapore Journal of Legal Studies**. Singapore, 2001, p. 269-270. Nas páginas seguintes, o autor critica a decisão, pois o erro no valor da contratação do transporte decorreu de inexperiência da *Global Sharon*, e este argumento não poderia ter sido utilizado por ela para declarar ou ameaçar descumprir o contrato, salvo se o aumento de 25% não fosse concedido.

¹⁴⁹ Nozick, *apud* BAR-GRILL & BEM-SHAHAR, *Credible Coercion*, op. cit., p. 750.

¹⁵⁰ BAR-GRILL & BEM-SHAHAR, *Credible Coercion*, op. cit., p. 750.

¹⁵¹ COOTER, Robert & ULEN, Thomas. **Law and Economics**. 4ª ed. Boston: Pearson-AddisonWesley, 2003, p. 271.

¹⁵² CSERNE, *Duress in Contracts*, op. cit., p. 7

¹⁵³ BIGWOOD, **Exploitative Contracts**, op. cit., p. 299.

Além disso, como já afirmava Wertheimer, o que deve ser analisado é apenas “se a parte que ameaça é responsável por tal ato, e não se ela está feliz com a sua prática”.¹⁵⁴ Dessa forma, de acordo com Rick Bigwood, seria suficiente, para fins de caracterização de *economic duress*, a diferenciação entre oferta e ameaça, conforme será discutido adiante.¹⁵⁵

Deve-se também distinguir entre uma ameaça e um pedido ou solicitação. Se uma parte faz um mero pedido de alteração dos termos do contrato, em razão de uma alteração nos custos da produção, não está ameaçando quebrar o contrato, pois não impôs consequências indesejáveis à outra parte, como a própria quebra do contrato, mas está apenas solicitando uma renegociação.¹⁵⁶

Importa, por fim, diferenciar a ameaça da oferta.¹⁵⁷ Em ambos os casos ocorre uma tentativa de alterar o comportamento da outra parte; contudo, no caso da oferta, nenhuma consequência indesejada é condicionada à sua não aceitação,¹⁵⁸ isto é, a ameaça coage, e a oferta, não; a ameaça acarreta uma sanção se não for atendida, enquanto a oferta traz incentivos.¹⁵⁹ Explique-se: o cerne da distinção entre ameaça e oferta repousa no fato de que

A ameaça B, propondo colocá-lo numa posição menos vantajosa relativa a um determinado ponto de partida; A faz uma oferta a B, propondo colocar B numa situação mais vantajosa, considerando-se aquele determinado ponto; a oferta oferece um aumento das alternativas da parte, enquanto a ameaça as reduz.¹⁶⁰

Robert Nozick também trabalha a distinção entre ameaça e oferta, argumentando que a primeira é coerciva, e a segunda, não, e detalhando tal diferenciação nos seguintes termos:

Se alguém [P] faz uma ameaça a [Q] de praticar uma ação ou faz uma oferta a Q de praticar uma ação, dependerá de como a consequência prometida

¹⁵⁴ WERTHEIMER, *Coercion*, op. cit., p. 305.

¹⁵⁵ BIGWOOD, *Exploitative Contracts*, op. cit., p. 301.

¹⁵⁶ SMITH, *Contracting under pressure*, op. cit., p. 347.

¹⁵⁷ De acordo com Trebilcock, aqueles que trabalham com essa diferenciação são partidários da assim chamada “*Rights Theory*”, cujos adeptos são Wertheimer, Nozick e Fried, citados ao longo deste trabalho. Ver em TREBILCOCK, *The limits of freedom of contract*, op. cit., p. 79.

¹⁵⁸ SMITH, *Contracting under pressure*, op. cit., p. 347.

¹⁵⁹ BIGWOOD, *Coercion in contract*, op. cit., p. 212. Ver também WESTEN, “Freedom” and “Coercion”, op. cit., p. 570.

¹⁶⁰ WERTHEIMER, *Coercion*, op. cit., p. 204.

alterará as consequências das ações de [Q], em relação ao que elas seriam no normal ou natural curso esperado dos eventos. Se faz com que as consequências da ação de [Q] sejam piores, comparativamente ao normal e esperado curso dos eventos, então é uma ameaça; se faz com que as consequências sejam melhores, então é uma oferta.¹⁶¹

A distinção acima esboçada pode ser melhor desenhada pelo caso filosoficamente paradigmático da “pessoa que está se afogando”: “D encontra por acaso P, que está se afogando. D grita para P que vai resgatá-lo, mas somente se P concordar em lhe pagar \$10.000. Ambos percebem que não existem outras pessoas aptas a realizar o resgate”.¹⁶² Considerando-se que D não tem um dever moral ou legal de realizar o resgate, P não possui direito de exigir a intervenção de D, de forma que a proposta de D pode ser considerada uma oferta, na medida em que realmente aumenta as opções de P. Contudo, se consideramos que P possui direito à intervenção, a proposta de D é uma ameaça, pois reduz as opções de P.¹⁶³

A fim de aprofundar a discussão, podem-se citar mais dois casos, trabalhados por Wertheimer. O primeiro é o chamado “caso do médico particular” e o segundo é o “caso do médico público”. No primeiro, B pede a A, um médico particular, que trate a sua doença. A diz que vai tratar a doença de B, se e somente se, B lhe der \$100, o que pode ser considerado um preço justo. No segundo, B pede a A, um médico público, que trate a sua doença. A trabalha para o Plano Nacional de Saúde, e deve tratar todos os pacientes sem custo. A diz que vai tratar a doença de B, se e somente se, B lhe der \$100.¹⁶⁴

De acordo com Wertheimer, analisando-se a posição de B, A faz, simplesmente, uma oferta no caso do médico privado, porque A não possui a obrigação de tratar B sem o pagamento de uma contrapartida. E ocorre uma ameaça no caso do médico público porque a posição de A inclui a obrigação de tratar B sem uma contrapartida financeira.¹⁶⁵

Peter Westen entende que a diferenciação entre oferta e ameaça possui um aspecto fixo e um variável. O aspecto fixo é a consideração do que seja um benefício, como decorrência da oferta, e do que seja um prejuízo ou malefício, advindo da ameaça. Já o aspecto variável diz respeito à posição (*baseline*) da parte ameaçada, a partir de onde será medida a melhora ou a piora, o que torna a análise relativa, pois, como o próprio autor

¹⁶¹ Nozick, *apud* STEWART, A Formal Approach to Contractual Duress, op. cit., p. 215.

¹⁶² BIGWOOD, Coercion in contract, op. cit., p. 212.

¹⁶³ *Ibid.*, p. 213.

¹⁶⁴ WERTHEIMER, **Coercion**, op. cit., p. 207-208.

¹⁶⁵ *Ibid.*, p. 208.

assevera, um advogado poderia construir uma situação de benefício ou malefício, a partir de uma livre determinação da posição original da parte ameaçada (*baseline*).¹⁶⁶

Wertheimer acrescenta que a análise da posição da parte ameaçada é “contextual”, não havendo um único critério definitivo para a sua caracterização.¹⁶⁷

Essa discussão de Wertheimer leva à conclusão, adiante também alcançada por M. H. Ogilvie, de que, para que se possa analisar se o ato praticado foi ou não uma ameaça, se deve olhar para a situação ou posição jurídica da pessoa que sofre a ameaça. Ou seja, como asseverou Bigwood, devem-se observar os efeitos que a ação praticada causou nas opções da parte supostamente ameaçada.¹⁶⁸

Acrescenta Westen que o momento de se analisar a posição (*baseline*) da parte que recebe a proposta, para fins de verificar se ela é coerciva, não é nem o instante em que ela é praticada, nem o imediatamente anterior, mas o período posterior a ela, e isto porque a pergunta que deve ser feita “não é se a proposta condicionalmente promete deixar a parte pior do que ela está, ou pior do que ela estava, mas se condicionalmente promete deixá-la pior do que ela estaria”, considerando-se o “curso esperado dos eventos” e tendo-se como parâmetro as legítimas expectativas da parte que recebe a proposta.¹⁶⁹

Essas distinções podem trazer dificuldades, pois as diferenças entre as expressões, em princípio, são claras, mas, na prática contratual, talvez não sejam. As palavras utilizadas pela parte que faz a ameaça nem sempre são determinantes para tal distinção, pois podem restar até mesmo implícitas. Em situações de possível quebra contratual, pode ser difícil determinar se há controle sobre a possibilidade de cumprimento. Se a parte que faz o pedido de alteração do contrato está em situação de potencial falência, fica fácil determinar a ausência de controle. Contudo, se a parte precisa alienar os seus ativos ou obter financiamento para poder adimplir o contrato, pode não ficar claro se há ou não, realmente, possibilidade de cumprimento. “Entretanto, qual o limite dessa exigência: deve a parte em dificuldades financeiras vender a casa de sua família para poder adimplir o contrato?”¹⁷⁰

¹⁶⁶ WESTEN, “Freedom” and “Coercion”, op. cit., p. 572, 573 e 575.

¹⁶⁷ WERTHEIMER, **Coercion**, op. cit., p. 212.

¹⁶⁸ BIGWOOD, Coercion in contract, op. cit., p. 213. Ver também WESTEN, “Freedom” and “Coercion”, op. cit., p. 572.

¹⁶⁹ WESTEN, “Freedom” and “Coercion”, op. cit., p. 579 e nota 119, e WERTHEIMER, **Coercion**, op. cit., p. 226.

¹⁷⁰ SMITH, Contracting under pressure, op. cit., p. 350.

Ainda a fim de delinear os contornos da ameaça, é necessário verificar se uma ameaça perpetrada por terceiro está apta a constituir *duress*. Normalmente, nos casos em que se caracteriza *duress*, A coage B a celebrar um contrato com A. Na situação em comento, A coage B a celebrar um contrato com C. Nesses casos, a premissa é a seguinte: “O contrato será anulável pela vítima, a não ser que a outra parte do contrato esteja de boa-fé e não tenha motivo para saber da influência indevida que a levou a contratar”.¹⁷¹ Isso significa que, se C não agiu de forma injusta ou ilegítima, as obrigações contraídas para com B devem ser mantidas, independentemente de eventual ação que B possa propor contra A. Entretanto, se C tem conhecimento da ameaça ou se conspirou com A para que o contrato pudesse ser celebrado, há *economic duress*.¹⁷²

Wertheimer exemplifica o problema com o caso *Detroit National Bank v. Blodgett*: quando um jovem assume uma garantia hipotecária de dívida de seu pai e, imediatamente após, exige a anulação da hipoteca que teria sido celebrada com o banco, exclusivamente em razão de ameaça praticada por seu pai. Entendeu a Corte de Michigan que o banco não poderia perder o dinheiro emprestado em razão de uma disputa entre pai e filho.¹⁷³

Delineados os contornos do que é uma ameaça e das suas principais diferenças com o aviso, a oferta e a solicitação, passa-se à análise dos parâmetros que tornam a ameaça efetiva, para fins de caracterização da *economic duress*.

2.2.1.2. Efetividade

Para a caracterização de *economic duress* numa relação contratual, é necessário analisar não apenas a existência de ameaça, mas, principalmente, se ela foi suficiente para fazer com que a parte ameaçada decidisse realizar a contratação. Nesse momento, a discussão não envolve a questão da existência ou não de consentimento, mas sim o papel desempenhado

¹⁷¹ Williston, *apud* WERTHEIMER, *Coercion*, op. cit., p. 47.

¹⁷² WERTHEIMER, *Coercion*, op. cit., p. 47.

¹⁷³ *Ibid.*

pela ameaça, isto é, se ela foi ou não a mola propulsora na negociação,¹⁷⁴ isto é, se a ameaça coerciva, de fato, induziu a vítima a manifestar o seu consentimento.¹⁷⁵

A vítima de uma pressão pode realizar o contrato ou a sua modificação por diversas razões e influências, que extrapolam a própria ameaça, como, por exemplo, o desejo de não colocar em risco uma relação de longa duração com a outra parte ou o desejo de não revelar ao público que essa seria destruída por meio de uma ação judicial (se o litígio for a ameaça).¹⁷⁶

Como destacou John Dalzell, a ameaça deve ser “o fator substancial, senão o fator determinante, na indução do acordo ou do pagamento pela vítima. Ocasionalmente, os fatos indicam uma ameaça, mas indicam também que a conduta da vítima foi influenciada, primordialmente, por outros fatores que não a ameaça”.¹⁷⁷

Destaque-se que o fato de o pagamento ter sido feito sob protesto não é um elemento suficiente para caracterizar que a ameaça foi realmente efetiva e que em razão dela o contrato ou a sua modificação foi celebrado. A manifestação de contrariedade pode ser considerada, no máximo, uma evidência da pressão praticada, pois ela pode ser, de fato, uma demonstração de que o contrato ou a sua modificação foi obtido mediante compulsão ou, simplesmente, a relutância de uma pessoa em ter de efetuar um pagamento, ainda que devido.¹⁷⁸

A partir de tais questões, deve-se analisar qual a verdadeira influência da ameaça dentre as outras causas que podem ter influenciado a celebração do contrato e se ela foi forte o suficiente para forçar a parte pressionada a contratar. A ferramenta para tal análise será transplantada da responsabilidade civil (*Tort Law*), qual seja, o nexo de causalidade. O

¹⁷⁴ SMITH, Contracting under pressure, op. cit., p. 354.

¹⁷⁵ BIGWOOD, Coercion in contract, op. cit., p. 253.

¹⁷⁶ Ibid., p. 253, nota 232.

¹⁷⁷ DALZELL, John. Duress by economic pressure II. *North Carolina Law Review*. Chapel Hill, v. 20, 1941/1942, p. 366.

¹⁷⁸ HALSON, Opportunism, economic duress and contractual modifications, op. cit., p. 667. Nesse sentido, DALZELL, Duress by economic pressure II, op. cit., p. 382: “Expressar protesto, especialmente em casos em que a relutância da vítima não é óbvia, fortalece uma demanda baseada em *duress*, dando notícia à parte que ameaça que a vítima cedeu em razão da pressão nela colocada, o que é uma notícia implícita de que a transação pode não ser mantida ao final. Mas o protesto não pode ser exigido, porque a mesma pressão que força o pagamento ou a sua promessa pode também forçar a retirada ou a omissão de um protesto expresso. Pode também ser um erro considerar tão pesadamente o protesto para a caracterização de *duress*, porque tal expressão pode tornar-se uma mera formalidade. Em casos limite, o protesto pode exercer um papel importante; quanto mais injusta a ameaça e mais óbvia a relutância da vítima, menos razão há para a parte que ameaça confiar na aquiescência como sendo voluntária, e no final mais fraca será a exigência do protesto como uma condição para a liberação”.

sistema jurídico da *common law* utiliza-se de “testes” para aferição do nexo de causalidade; testes que têm a finalidade de demonstrar se a ameaça realmente contribuiu para a celebração do contrato ou de sua alteração, principalmente considerando-se cenários em que vários fatores podem contribuir para tal decisão.¹⁷⁹

Virgo aponta três formas de se verificar o nexo causal entre a ameaça e a realização de um contrato ou a sua modificação. O primeiro teste é aquele que considera a ameaça a única causa para a conduta da parte ameaçada, quando cede à pressão praticada. Virgo não considera este primeiro teste adequado, na medida em que é praticamente impossível provar ter sido a ameaça o único elemento a exercer influência sobre a decisão da parte ameaçada. Além disso, não haveria razão para se retirar a possibilidade de pleitear uma restituição simplesmente porque a parte ameaçada decidiu contratar ou alterar o contrato em função da influência de outros fatores.¹⁸⁰

O segundo teste é aquele que considera a ameaça uma “causa contributiva” na decisão de ação da parte ameaçada. Nesse sentido, “é suficiente que a ameaça seja *uma* causa na ação da parte ameaçada, sem necessariamente ser *a* causa” que levou a parte ameaçada a ceder à pressão. Este teste recebeu reconhecimento da doutrina, tendo sido, implicitamente, aceito no caso *Barton v. Armstrong*, julgado em 1976.¹⁸¹ De acordo com tal visão, seria suficiente para a caracterização de *duress* que a “pressão tenha exercido um papel muito pequeno na tomada de decisão de ceder à demanda da outra parte”.¹⁸²

No caso *Barton v. Armstrong*, as partes eram diretores de uma mesma companhia. *Barton* desejava retirar *Armstrong* do controle da companhia e de suas subsidiárias. Um acordo foi assinado, no qual *Armstrong* vendeu as suas ações a *Barton* e a outros, a um preço extremamente favorável a ele (*Armstrong*). Embora *Barton* tenha sido induzido a assinar o acordo em razão de ameaças de morte feitas por *Armstrong*, existiam muitas outras razões comerciais válidas para *Barton* executar o acordo. O Comitê Judicial entendeu que *Barton*

¹⁷⁹ GLOVER, Developing a test for economic duress in the South African Law, op. cit., p. 306. Ver também VIRGO, Graham. **The Principles of the Law of Restitution**. 2. ed. New York: Oxford University Press, 2006, p. 193.

¹⁸⁰ VIRGO, **The Principles of the Law of the Restitution**, op. cit., p. 207.

¹⁸¹ Ibid., e BIGWOOD, **Exploitative Contracts**, op. cit., p. 348.

¹⁸² BIGWOOD, **Exploitative Contracts**, op. cit., p. 343.

poderia invalidar o acordo feito, pois ameaças e pressões ilegítimas contribuíram para a sua decisão de assinar os documentos.¹⁸³

De acordo com essa decisão, Barton pôde buscar a invalidação do contrato demonstrando que a ameaça foi *uma* causa, e não necessariamente *a única* ou mesmo a predominante causa para que ele se rendesse e manifestasse o seu consentimento.¹⁸⁴ Contudo, Seddon defende ser este caso excepcional, pois a ameaça feita por Armstrong foi de assassinar Barton, caso ele não assinasse o contrato, e este tipo de ameaça teria uma força superior às demais.¹⁸⁵

No caso *Barton v. Armstrong*, acima tratado, os Lordes Wilberforce e Simon afirmaram que “nós estamos preparados para aceitar... o teste proposto pela maioria, de que os meios ilegítimamente usados sejam *uma* razão (não *a* razão, nem a predominante razão, nem a decisiva razão) pela qual a parte agiu como agiu”.¹⁸⁶

Além disso, de acordo com Graham Virgo, “não importa que o demandante tivesse concordado em comprar as ações, mesmo que a ameaça não tivesse sido feita, desde que se possa demonstrar que, em sendo a ameaça feita, este foi o fator que influenciou a decisão do demandante de comprar as ações”.¹⁸⁷ Apesar de os Lordes Wilberforce e Simon terem aceitado a formulação, a sua discordância está no fato de ela própria não ter sido alcançada, pois entenderam que o acordo teria sido celebrado por questões comerciais, e não em razão da ameaça de morte perpetrada.¹⁸⁸

Na opinião de Andrew Stewart, a teoria da causa contributiva, que aceita a coação como sendo um dos fatores que levaram a parte ameaçada a contratar, deveria ser aceita somente nos casos de *duress of the person*, pois “ameaças de violência pessoal raramente serão justificáveis, e então seria apropriado ao direito intervir se elas são usadas para induzir um contrato ou um pagamento, provado que elas tiveram alguma influência na decisão da vítima”.¹⁸⁹

¹⁸³ BIGWOOD, Coercion in contract, op. cit., p. 254, nota 233.

¹⁸⁴ Ibid., p. 254.

¹⁸⁵ Seddon, *apud* BIGWOOD, Coercion in contract, op. cit., p. 254-255.

¹⁸⁶ Lordes Wilberforce e Simon, *apud* GLOVER, Developing a test for economic duress in the South African Law, op. cit., p. 307. Ver também VIRGO, **The Principles of the Law of the Restitution**, op. cit., p. 194.

¹⁸⁷ VIRGO, **The Principles of the Law of the Restitution**, op. cit., p. 194.

¹⁸⁸ Ibid.

¹⁸⁹ STEWART, Economic duress — legal regulation of commercial pressure, op. cit., p. 432.

Lord Goff, no caso *Dimskal Shipping Co. S.A. v. International Transport Workers*, decidido pela Casa dos Lordes, entendeu que a ameaça deve ser “uma causa significativa” para a realização do contrato.¹⁹⁰ A partir dessa decisão de Lord Goff, muita discussão surgiu acerca do alcance ou da intensidade da expressão “significante”, por ele usada. Graham Glover pondera que não há necessidade de tão estreito refinamento acerca da expressão “significante” e que a acepção que lhe foi dada por Lord Goff não está apartada da que lhe foi dada no caso *Barton v. Armstrong*. Ele chega a essa conclusão ponderando o que segue: “... uma ameaça pode facilmente ser um fator significativo para induzir uma pessoa a concordar com um contrato ou com uma modificação, sem ser a única razão para tal, ou mesmo a predominante ou decisiva razão”.¹⁹¹ Ilustra a sua afirmação: se uma ameaça constitui 25% da motivação que levou alguém a contratar, esse seria certamente um “fator significativo”, mesmo que não fosse um “fator predominante”.¹⁹²

Então, desde que a ameaça seja um fator causal de pelo menos alguma significância na indução da celebração do contrato, a primeira parte da “*choice enquiry*” — qual seja, o fato de a ameaça ter, de fato, induzido a celebração do contrato — estaria demonstrada.¹⁹³

Na visão de Graham Virgo, entretanto, esse teste seria inapropriado para a caracterização de *economic duress*, pois esta figura exige um certo rigor na sua determinação, e a opção por tal teste requer ser a ameaça uma causa, e não, necessariamente, a causa determinante.¹⁹⁴

O terceiro teste proposto por Graham Virgo é o “*but-for test of causation*”, que, segundo ele, determina que “deve ser demonstrado que a parte ameaçada não teria agido da maneira como agiu se a outra parte não tivesse praticado a ameaça”. Ele entende que este é o teste mais apropriado para aferição de *economic duress*, que seria uma forma de *duress* bem menos reprovável que as demais e, portanto, exigiria a verificação de um nexo de causalidade bem mais rígido entre a ameaça e a ação da parte ameaçada.¹⁹⁵

¹⁹⁰ Lord Goff, *apud* GLOVER, *Developing a test for economic duress in the South African Law*, op. cit., p. 307.

¹⁹¹ GLOVER, *Developing a test for economic duress in the South African Law*, op. cit., p. 307.

¹⁹² *Ibid.*, p. 307, nota 93.

¹⁹³ *Ibid.*, p. 308.

¹⁹⁴ VIRGO, *The Principles of the Law of the Restitution*, op. cit., p. 207-208.

¹⁹⁵ *Ibid.*, p. 208.

Segundo ele, o principal argumento a favor do “*but-for test*” é que

... ele está de acordo com a noção de coerção da vontade. Para que seja possível concluir que a vontade da parte ameaçada foi coagida pelas ameaças, e somente por elas, a parte não teria agido como agiu. É somente nessa situação que se pode concluir que a parte ameaçada não teve outra escolha senão se submeter à ameaça.¹⁹⁶

Graham Glover, ao analisar os elementos necessários para a aplicação do “*but-for test*”, pondera que os diferentes poderes de barganha das partes influenciam o nível de resistência que elas poderiam ou deveriam ter diante da pressão exercida. Exemplifica afirmando que um consumidor ou uma pequena empresa, com poucos recursos, mais facilmente sucumbirá à ameaça de uma grande corporação do que sucumbiria uma outra grande corporação ou mesmo o governo.¹⁹⁷

Stephen Smith critica o “*but-for test*” como ferramenta para a medição da influência da ameaça na celebração do contrato, pois ele próprio já seria inadequado para o estabelecimento da responsabilidade civil. Quando muitos fatos são suficientes para produzir o evento relevante (no caso a celebração do contrato), nenhum deles satisfaz o “*but-for test*”, e quem praticou o ato não será responsabilizado. Exemplifica a sua crítica com a seguinte situação: se dois caçadores negligentemente atiram na mesma pessoa, por esse teste de aferição do nexo de causalidade, nenhum dos dois seria responsabilizado. Na seara da *duress law*, o raciocínio seria idêntico: se uma pessoa assina um contrato porque foi ameaçada de morte e porque o contrato era, ao mesmo tempo, extremamente atrativo, pelo “*but-for test*” não seria possível medir o valor da ameaça.¹⁹⁸

Então, em razão de situações em que existe uma multiplicidade de causas que influenciaram a realização do contrato, Stephen Smith sugere que o teste para a aferição do nexo de causalidade entre ameaça e contrato seja o “*NESS test*”.

De acordo com o “*NESS test*”, uma ação é a causa de um resultado se ela foi um elemento necessário dentro de um grupo de condições reais antecedentes e suficientes para a ocorrência do resultado. Isso significa que, se o

¹⁹⁶ VIRGO, *The Principles of the Law of the Restitution*, op. cit., p. 209.

¹⁹⁷ GLOVER, *Developing a test for economic duress in the South African Law*, op. cit., p. 308.

¹⁹⁸ SMITH, *Contracting under pressure*, op. cit., p. 355.

ameaçante (*defendant*) estava ciente da ameaça, ao tempo da contratação, e se ela foi suficiente para induzir o contrato, ele será inválido. Então, uma ameaça de morte quase sempre satisfará o teste do nexo de causalidade, apesar dos termos do ajuste, porque ameaças de morte são normalmente suficientes para induzir uma pessoa a contratar.¹⁹⁹

Caso que bem pode demonstrar a existência de diversos fatores contributivos para a realização do negócio é o *Pao On v. Lan Yiu Long*, no qual os proprietários de um prédio de escritórios acordaram em vendê-lo para uma companhia de desenvolvimento público, obtendo, em retorno, um lote de suas ações. Num contrato acessório, os proprietários do prédio acordaram com o seu maior acionista que não venderiam as ações antes de uma data específica e que o referido acionista recompraria uma parte das ações antes daquela data, a um preço fixado contratualmente. O contrato acessório era bem mais vantajoso para o acionista majoritário, pois privaria os proprietários do prédio de qualquer lucro de eventual aumento antecipado no mercado acionário, tendo em vista que concordaram com a revenda das ações, naquele preço prefixado. Os proprietários do prédio logo perceberam o mau negócio realizado, e a partir disso recusaram-se a cumprir o contrato principal celebrado com a companhia de desenvolvimento, se o principal acionista, com quem celebraram o contrato acessório, não aceitasse modificar os termos do contrato acessório, bem como não os assegurasse contra qualquer perda sofrida por eventual queda no valor das ações. O valor das ações, de fato, caiu agudamente, e os proprietários do prédio exigiram que o acordo colateral, em sua versão modificada, fosse cumprido. Em contrapartida, o principal acionista argumentou que a modificação não seria exigível, pois obtida mediante *economic duress*.²⁰⁰

O argumento da existência de *economic duress* não foi aceito, pois, diante da recusa dos proprietários de cumprir o contrato principal, a companhia poderia ter ajuizado uma ação de indenização ou uma ação de cumprimento contratual. Contudo, o acionista principal optou por ceder à pressão, pois entendeu que aquelas alternativas poderiam levar a uma perda de confiança do público na empresa, se o contrato principal de compra e venda do prédio não fosse imediatamente adimplido. Observe-se que este temor não se constituiu numa razoável justificativa para a não utilização das vias legais disponíveis para a solução do

¹⁹⁹ SMITH, *Contracting under pressure*, op. cit., p. 355.

²⁰⁰ DADSON, *The Atlantic Baron*, op. cit., p. 228-229. GOFF & JONES, **The Law of Restitution**, op. cit., p. 234-235. OGILVIE, *Economic duress, inequality of bargaining power...*, op. cit., p. 302. RAFFERTY & ENGLAND, *Contractual variations*, op. cit., p. 627-628.

problema,²⁰¹ pois, de acordo com M. H. Ogilvie, uma “decisão comercial foi tomada” e esse tipo de decisão, sendo calculada com a observação de todos os riscos envolvidos, não poderá ocasionar *economic duress*.²⁰²

Analisando a situação, *Lan Yiu Long* concluiu que

... o risco da modificação do contrato era comercialmente vantajoso, considerando a sua posição no mercado acionário naquele momento e que seria comercialmente apropriado aceitar a proposta, pois outras partes envolvidas no negócio também seriam favorecidas, de forma que aceitar a proposta seria um preço pequeno a pagar. Além disso, estava claro para o demandado que concordar foi uma decisão valiosa para se evitar um litígio em potencial e um sentimento público negativo. Então, inúmeros fatores causais existiram, e um deles foi a ameaça de quebra do contrato.²⁰³

Nesse sentido, também a manifestação de Lord Scarman: “O acionista considerou o problema por inteiro, escolheu evitar o litígio, e formou a opinião de que o risco em dar a garantia era mais aparente que real... Em resumo, havia pressão comercial, mas não coerção”.²⁰⁴

Além da análise do nexo de causalidade para a determinação de que a ameaça foi ou não capaz de influenciar a celebração do contrato, outro fator, mais adiante analisado e que poderá também contribuir para a nossa análise, é a existência de razoáveis alternativas. Por exemplo: alguém sofre a ameaça de ter o seu contrato descumprido. Se esta pessoa pode processar o inadimplente e obter o cumprimento de uma terceira parte, isso deve ser levado em conta para a aferição da influência da ameaça. Da mesma forma, considera-se que existe razoáveis alternativas se a parte ameaçada poderia facilmente evitar o efeito da ameaça.²⁰⁵

A partir dessas considerações, conclui Stephen Smith que o “*NESS test*” é, ao mesmo tempo, prático e subjetivo. Prático porque a mera existência de uma resposta alternativa não é efetiva se, como é frequente, ela é custosa ou impraticável. Subjetivo, na

²⁰¹ DADSON, *The Atlantic Baron*, op. cit., p. 229.

²⁰² OGILVIE, M. H. *Economic duress in contract: departure, detour or dead-end?* **Canadian Business Law Journal**. Toronto, n. 34, 2001, p. 204 e 206.

²⁰³ GLOVER, *Developing a test for economic duress in the South African Law*, op. cit., p. 306.

²⁰⁴ Lord Scarman, *apud* DADSON, *The Atlantic Baron*, op. cit., p. 229.

²⁰⁵ SMITH, *Contracting under pressure*, op. cit., p. 355-356.

medida em que o desconhecimento da vítima dos seus direitos ou um medo específico do litígio não deve excluir um pedido de anulação do contrato por *duress*.²⁰⁶

O “*but-for test*” é contudo importante quando se analisa a perspectiva da parte ameaçada. Ao invés de se perguntar se a pressão foi o elemento necessário de um grupo de condições reais suficientes para induzir o contrato (o que é avaliado pelo “*NESS test*”), o teste apropriado seria o do “*but-for*”: teria a parte realizado o contrato não fosse a existência da pressão? A parte não pode recusar-se a reconhecer a sua própria responsabilidade por uma decisão que teria tomado, independentemente da existência da pressão, somente porque existe uma razão adicional para a decisão tomada.²⁰⁷

A exigência de que a falta de opções seja operativa na decisão de contratar — no sentido impresso pelo “*but-for test*” — limita significativamente o âmbito da *consent defence*. Em primeiro lugar, o uso do “*but-for test*”, ao invés do “*NESS test*”, para o estabelecimento do nexo de causalidade significa que, mesmo no caso de ameaças injustas, a sobreposição entre o consentimento e a coerção praticada não é perfeita. Considere-se uma ameaça de descumprimento contratual no qual a ameaça foi *uma* razão para se renegociarem os termos do contrato, mas não *a* única razão suficiente (a outra razão pode ter sido, por exemplo, a preocupação da parte com a sua reputação). Nesse caso, entretanto, o contrato não é inválido por falta de consentimento, porque a ameaça não foi uma “*but-for*” causa, isto é, a ameaça não foi *a* causa sem a qual o contrato não teria sido realizado.²⁰⁸

Destaque-se que a aplicação dos testes para a aferição do nexo de causalidade é necessária para a determinação do limite de aplicação da *no consent defence* a casos em que os termos do contrato impugnado são substantivamente injustos. Lembre-se o caso do capitão do navio em perigo que assina um contrato de resgate com o único barco para tal disponível. Se o capitão pudesse escolher entre dez barcos de resgate, não poderia alegar *no consent defence*. Não se pode invalidar um contrato com base em *no consent defence* se a pressão que a parte sofre ao celebrar o contrato é a necessidade de adquirir um bem que é vendido por vários, e não apenas por uma só pessoa. Então, para se estabelecer o nexo de causalidade no caso do capitão do navio em perigo, é necessário demonstrar que a falta de alternativas do capitão foi decisiva para a contratação com o único barco de resgate disponível. Além disso,

²⁰⁶ SMITH, Contracting under pressure, op. cit., p. 356.

²⁰⁷ Ibid., p. 364.

²⁰⁸ Ibid., p. 365.

se o preço contratado com o barco de resgate for o “preço de mercado”, também não haverá lugar para a arguição de *no consent defence*.²⁰⁹

Repise-se que o caso do navio em perigo é um exemplo de estado de necessidade, onde a ameaça e os termos injustos do contrato ou de sua modificação são requisitos de sua definição, além do monopólio sobre o fornecimento de bens ou serviços negociados.²¹⁰

Ao final, contrariando outros autores citados acima, Rick Bigwood conclui: se a parte manifestou ou não a sua vontade em razão da ameaça, e qual a sua influência na contratação — isto é de menor importância. Deve-se dar destaque à seguinte discussão: se a parte ameaçada tinha ou não justificativas para ceder à pressão, isto é, se agiu ou não de forma razoável ao ceder à pressão.

Para se poder analisar se a parte estava sendo realmente coagida, discuta-se o já citado “*choice prong test*”, através do qual será possível verificar se a parte não tinha outra escolha senão fazer o que a outra parte exigia. É necessário para tanto aferir o que é uma “situação de escolha coerciva”, o que depende da diferenciação feita por Robert Nozick entre (i) meras circunstâncias que limitam as alternativas de modo não coercivo e (ii) específicas ameaças interpessoais que coagem.²¹¹

Se as ações de uma pessoa são voluntárias, dependerá do que limita as suas alternativas. Se fatos da natureza o fazem, as ações são voluntárias. (...) As ações de outras pessoas podem colocar limites às oportunidades disponíveis de alguém. Se isto torna as ações de alguém não voluntárias, depende de se esses outros tinham o direito de agir como agiram.²¹²

Oren Bar-Grill e Omri Bem-Shahar desenvolveram tese no sentido de que a ameaça precisa ser crível, isto é, a responsabilidade da parte ameaçada de cumprir ou não o contrato celebrado supostamente por coerção está relacionada à da credibilidade da ameaça praticada. Complementa o autor: “Estava a parte que realizou a ameaça pronta e desejando levar a efeito a ameaça no caso de a parte ameaçada não concordar, ou ela estava meramente blefando?”²¹³

²⁰⁹ SMITH, *Contracting under pressure*, op. cit., p. 366.

²¹⁰ *Ibid.*, p. 367.

²¹¹ BIGWOOD, *Coercion in contract*, op. cit., p. 211.

²¹² NOZICK, **Anarchy, State and Utopia**, op. cit., p. 262.

²¹³ BAR-GRILL & BEM-SHAHAR, *Credible Coercion*, op. cit., p. 721 e nota 7.

Para se perquirir se a ameaça é realmente crível, os autores propõem uma análise trifásica. Primeiro, uma parte decide realizar uma ameaça, com o intento de obter determinada vantagem. Segundo, a outra parte, recebendo a ameaça, decidirá se sucumbirá a ela ou não. Se ela decidir resistir à ameaça e suportar os efeitos indesejados, por considerar que a não submissão à ameaça é mais vantajosa economicamente, parte-se para a terceira fase, em que a parte que ameaça repensará se realmente levará a efeito ou não o seu intento. É, justamente, nesse momento que será possível definir se a ameaça é crível ou não.²¹⁴

Contribuem para essa análise diversos outros fatores, jurídicos e não jurídicos. No primeiro, destaca-se a existência de sanção legal para a parte que ameaça. No segundo, destacam-se questões econômicas, como o lucro obtido na negociação na qual ocorre coação e a imagem da empresa que realiza a ameaça perante a outra parte e perante o mercado.²¹⁵

Pode-se concluir, da análise do autor, que ele reforça a necessidade de a ameaça não constituir um blefe, pois “ameaças que sabidamente não são críveis não podem e não irão coagir”. Exemplifica com o caso do “assaltante de viajantes”, em que um homem, A, ameaça outro, B, de causar a sua morte, se todo o seu dinheiro não lhe for entregue, por meio de duas abordagens. Na primeira abordagem, a região em que a ameaça é praticada possui uma punição muito rígida e efetiva para o crime de assassinato, de modo que a ameaça de morte não passa de um blefe, diante das certas consequências desvantajosas para a parte que ameaça. Nesse caso, a ameaça não seria crível. Já na segunda, a ameaça é praticada numa “terra sem leis”, de modo que a parte ameaçada não sofrerá nenhuma consequência negativa se efetivar a ameaça. Nesse caso, a ameaça é real.²¹⁶

Todavia, ocorrem situações em que a diferenciação entre a real ameaça e um mero blefe não é nítida. Para dirimir tal dúvida, Bar-Grill e Bem-Shahar sugerem que uma ameaça será crível se for assim percebida pela parte que sofre a ameaça, isto é, quando percebe a existência de um risco suficiente para que a ameaça seja, de fato, real.²¹⁷

Analisada a efetividade da ameaça, passa-se à análise da diferenciação entre uma mera pressão comercial e uma pressão que efetivamente coage.

²¹⁴ BAR-GRILL & BEM-SHAHAR, *Credible Coercion*, op. cit., p. 722.

²¹⁵ *Ibid.*, p. 724-726.

²¹⁶ *Ibid.*, p. 727.

²¹⁷ *Ibid.*, p. 728.

2.2.1.3. Padrão estabelecido para o exercício de pressão no tráfego negocial

A existência de *economic duress* passa pela demarcação entre uma inaceitável pressão comercial que atrai a intervenção do direito e o ordinário curso do tráfego negocial permeado por bruscas quedas, em que as circunstâncias são, por vezes, um pouco “duras”, — cenário em que não é permitida a intervenção do direito.²¹⁸ Essencial é a distinção entre pressões que são normais nos usos negociais e aquelas que estão além desse limite, o que pode ser estabelecido a partir dos usos e costumes do tráfego negocial. Contudo, o próprio direito contratual indica que uma ameaça de incumprimento de contrato poderia ser uma injusta ameaça (*breach of contract*).²¹⁹

A doutrina da *economic duress* é perpassada pelo reconhecimento de que uma grande pressão pode obrigar alguém a fazer alguma coisa, mesmo sem a utilização de uma arma. Em determinadas circunstâncias, os tribunais reconhecem que algumas formas de pressão comercial são inaceitáveis, tendo como consequência o fato de a vantagem por esse meio obtida poder ser afastada. Por meio dessa pressão inaceitável pode-se obter um contrato com vantagens excessivas para uma das partes ou um pagamento de quantia além do pactuado no contrato. O problema é, de fato, distinguir uma pressão comercial aceitável de uma inaceitável.²²⁰

A negociação de uma transação ou de sua modificação, frequentemente, envolve ameaças de uma parte rumo à desistência do contrato ou à sua quebra (*breach*), pelo menos em alguma especial cláusula, fortemente favorável à parte que realiza a ameaça. Durante muito tempo, o direito contratual procurou um princípio unificador que indicasse o ponto em que algumas ameaças “pesadas”, que legitimassem barganhas, podem ser consideradas impróprias, tornando o resultado do acordo inexigível para a parte ameaçada.²²¹

Nas relações empresariais, a ameaça é um elemento que integra o processo de negociação, sendo normalmente efetiva, e, via de regra, não considerada uma imprópria forma de negociação. Ordinariamente, nenhuma ajuda é dada àquelas pessoas que negociam de uma forma danosa, como resultado de uma persuasão, a menos que tenham ocorrido ameaças

²¹⁸ PATERSON & HOCKER, *Contracts voidables on the grounds of unconscionable conduct*, op. cit.

²¹⁹ SMITH, *Contract Theory*, op. cit., p. 320.

²²⁰ PATERSON & HOCKER, *Contracts voidables on the grounds of unconscionable conduct*, op. cit.

²²¹ BAR-GRILL & BEM-SHAHAR, *Credible Coercion*, op. cit., p. 752.

capazes de tornar o negócio anulável. Ocorre que, sob algumas circunstâncias, determinadas ameaças podem ser consideradas impróprias, quando ficará caracterizada a *economic duress*.²²²

Este aspecto a ser analisado envolve o que Wertheimer designou “*proposal prong*”, isto é, a análise da ilegitimidade da pressão que compele a vontade da parte. Sendo legítima a pressão, não se constituirá *duress*, embora essa pressão, de fato, seja suficiente para compelir a parte a celebrar o contrato. Estar-se-á aqui diante de uma mera pressão comercial.²²³

Lembre-se que a pressão comercial, por si só, não pode ser considerada injusta, pois “na vida comercial a maioria dos contratos é celebrada sob pressão econômica ou sob alguma outra forma de negociação dura”. De qualquer sorte, “todos os ofertantes ameaçam para que a outra parte aceite os termos propostos, pois, em não aceitando, não se alcançarão os benefícios da oferta”.²²⁴

Observe-se que a doutrina da *common law*, que trata do tema da ilegitimidade da ameaça, optou por designar tal característica à ameaça, propositadamente, pela expressão *wrongful*,²²⁵ e não *illegal*, pois houve o desejo de que não apenas uma ameaça estritamente ilegal fosse considerada como elemento caracterizador da *duress*, mas também ameaças que fossem simplesmente imorais ou injustas.²²⁶ Portanto, serão consideradas ameaças ilegítimas não apenas aquelas que violarem direitos garantidos pelo ordenamento jurídico, mas também as consideradas ilegítimas num sentido “moral ou equitativo”.²²⁷

²²² SCHWATKA, Contracts: restitution and rescission, op. cit., p. 425.

²²³ BIGWOOD, Coercion in contract, op. cit., p. 214, e em BIGWOOD, **Exploitative Contracts**, op. cit., p. 301.

²²⁴ CASSIM, *Medscheme Holding (PTY) Limited v Bhamjee*, op. cit., p. 534.

²²⁵ A expressão *wrong* pode ser traduzida por “violação de direito, ilicitude, ato ilícito”, indicando “a violação dos direitos de outrem e, nesse sentido, equivale a *tort*. Mas é igualmente utilizada, em um sentido mais amplo, para indicar uma violação de contrato, subsumindo-se, portanto à esfera de *law of contracts*. É importante sublinhar que a ideia de *wrongs* ganha sentido quando contraposta à ideia de *rights*, objeto da infração resultante do ato ilícito”. Nota do tradutor da obra de DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 3.

²²⁶ GIESEL, A realistic proposal for the contract duress doctrine, op. cit., p. 489. Ver também em BIGWOOD, **Exploitative Contracts**, op. cit., p. 302, quando afirma, a partir das ideias de Birk, que, “de fato, algum suporte para esta posição pode ser encontrado no fato de, em ‘*The Universe Sentinel*’, Lord Scarman ter escolhido usar a palavra ‘ilegitimidade’ em conexão com a pressão exercida [...], presumidamente porque ela carrega conotações mais maleáveis do que ‘contrária ao direito’ ou ‘ilegal’. Isso significa que uma noção mais ampla de legalidade está operando — um ‘standard de impropriedade ao invés de uma contrariedade ao direito técnica’, capaz de ser construído a partir da ‘moral social, e não meramente no direito’”.

²²⁷ BIGWOOD, **Exploitative Contracts**, op. cit., p. 302.

Apesar das dificuldades existentes para a diferenciação entre uma pressão legítima e uma ilegítima, três premissas podem ser estabelecidas:

Primeiro, é injusto propor o que é, independentemente, ilegal.²²⁸ Segundo, como um corolário do primeiro, não é, via de regra, injusto propor o exercício de um direito garantido pela lei: “Não é *duress* ameaçar fazer o que a parte tem o direito de fazer”. Terceiro, há exceções a esses dois princípios.²²⁹

A máxima de Mr. J. Holmes, ainda que mal direcionada, também influenciou a atual concepção da *duress*, e permanece causando eco: “Não é *duress* ameaçar fazer aquilo que se tem o direito de fazer”. Ele próprio a explicou, em 1896, no caso *Vegeahn v. Guntner*:

A palavra “ameaças” frequentemente é usada como condição, quando demonstra que ameaças foram feitas, demonstra que uma conduta contrária ao direito teve início. Mas isso depende do que você ameaça. Como regra geral, mesmo sujeita a algumas exceções, o que você pode fazer num determinado momento você pode ameaçar fazer, isto é, dar um aviso da sua intenção, e dessa maneira permitir que a outra pessoa tenha a chance de evitar as consequências.²³⁰

Muitas condutas estão incluídas na classe de atos que podem ser praticados (e, então, sob essa fórmula, constituir ameaça). Num extremo, há condutas que escapam das sanções do direito penal e da responsabilidade civil, e, em outro, há tipos de pressão que são autorizadas, a exemplo da litigância civil. Dentro do espaço desses extremos, devem ser classificadas todas aquelas múltiplas formas de pressão econômica pelas quais as trocas de

²²⁸ É o caso da chantagem, muito discutida no sistema da *common law*. Esses casos são, na realidade, uma exceção à regra de que uma ameaça injusta é injusta em razão de a consequência ameaçada ser também injusta. Embora a chantagem envolva a ameaça de praticar um ato injusto, ela pode envolver também a ameaça de fazer algo perfeitamente legítimo, como entregar um ladrão à polícia. Observe-se que realizar tal ato, além de ser lícito, é louvável (e, por isso, a chantagem não pode ser explicada como uma ameaça de fazer algo que repousa entre o injusto e o ilícito). De qualquer forma, a chantagem é ilícita de acordo com o direito penal, e é desnecessário discutir a exigibilidade de um contrato que é obtido por meios já declarados ilegais por esse ramo do direito. Ver em SMITH, *Contracting under pressure*, op. cit., p. 350. Caso bastante trabalhado sobre chantagem na doutrina é o “*The professor’s secret*”, em que um jornalista descobre que um professor de filosofia moral foi condenado por apropriação indébita anos atrás. Ele propõe publicar esse fato numa resenha sobre o livro do professor, a menos que ele promettesse lhe pagar milhares de dólares. Veja em STEWART, *A Formal Approach to Contractual Duress*, op. cit., p. 181. Ver também RAFFERTY, *The element of wrongful pressure in a finding of duress*, op. cit., p. 448-449; HALE, Robert H. *Bargaining, Duress and Economic Liberty*. **Columbia Law Review**. New York, v. 43, 1943, p. 613; e BAR-GRILL & BEM-SHAHAR, *Credible Coercion*, op. cit., p. 774 e segs.

²²⁹ WERTHEIMER, *Coercion*, op. cit., p. 39, e em BIGWOOD, *Exploitative Contracts*, op. cit., p. 301-302.

²³⁰ Mr. J. Holmes, *apud* HALE, *Bargaining, Duress and Economic Liberty*, op. cit., p. 607.

bens e serviços são realizadas em nossa sociedade capitalista.²³¹ Disso decorre que muitas formas de pressão são normais e próprias de uma economia capitalista, não se sujeitando à regulação. A finalidade da doutrina da *duress* é justamente analisar quando a pressão exercida é justa para o objetivo de se obter um ganho.²³²

A máxima de Mr. Holmes, citada acima, é complementada por outra, também dele: “Ordinariamente, o que se pode fazer sem responsabilidade se pode ameaçar fazer, também sem responsabilidade”. O próprio Mr. Holmes, entretanto, relativiza tal afirmação genérica, pois entende que, mesmo que não se responda por determinados atos, nenhum contrato obtido “por meios brutais e altamente ofensivos” poderá ser tolerado.²³³

Defende a mesma lógica em *Silsbee v. Webber*, ao afirmar que “não é porque você não pode responder por um ato que você pode ameaçar usá-lo”.²³⁴ A conclusão de Mr. Holmes pode ser então resumida: “Quando se trata de uma questão de obter um contrato por ameaça, disso não decorre que, por não se ser obrigado a responder por um ato, você possa usá-lo como ameaça”.²³⁵

M. H. Ogilvie também define a injustiça ou ilegitimidade da ameaça, valendo-se de argumentos que foram utilizados desde Bracton e por outros comentaristas modernos:

A ameaça deve ser injusta no sentido de que signifique um crime, como a chantagem ou extorsão, um ilícito, tal como o induzimento a uma quebra de contrato ou intimidação, ou qualquer outro ato ilícito, como uma ameaça de quebra de contrato, quebra de confiança, quebra de um dever estatutário ou mesmo uma ameaça de violar os padrões de conduta decente estabelecidos na comunidade.²³⁶

Nesse sentido, também Rick Bigwood, quando afirma que:

... quando a ameaça ou as consequências de sua implementação são particularmente ofensivas (ou ofensivas *per se*) — por exemplo, uma ameaça de cometer uma violência à pessoa (vida, integridade física ou

²³¹ DAWSON, Economic Duress — an essay in perspective, op. cit., p. 288.

²³² Ibid.

²³³ Mr. Holmes, *apud* RAFFERTY, The element of wrongful pressure in a finding of duress, op. cit., p. 451. Ver também HALE, Bargaining, Duress and Economic Liberty, op. cit., p. 618; DALZELL, Duress by economic pressure, II, op. cit., p. 362.

²³⁴ Mr. J. Holmes, *apud* GIESEL, A realistic proposal for the contract duress doctrine, op. cit., p. 491.

²³⁵ DAWSON, Economic Duress — an essay in perspective, op. cit., p. 288.

²³⁶ OGILVIE, Economic duress, inequality of bargaining power..., op. cit., p. 314.

liberdade), ou violar os seus direitos de propriedade, ou (ordinariamente) quebrar um contrato —, um julgamento de pressão ilegítima decorre naturalmente, mesmo na ausência de impropriedade ou injustiça, da natureza da demanda feita e das consequências que a aceitação de tal demanda acarreta para a parte ameaçada. Quando a ameaça não é ela própria contrária ao direito em qualquer sentido técnico, mas se a solicitação — isto é, o fim que se busca alcançar — for, em combinação com a ameaça, tão ofensiva que a proposta como um todo não pode ser justificada, ocorrerá uma injustiça num sentido amplo (moral ou equitativo). É justamente nessa análise que as exceções à regra geral de que não é *duress* ameaçar o exercício de um direito ou poder são admitidas.²³⁷

Uma ameaça será injusta quando a ação ameaçada é injusta, isto é, quando viola direito da outra parte. Para realizar tal determinação, é necessário estabelecer quais são os direitos e os deveres que as pessoas possuem no âmbito do direito contratual. Contudo, essa análise pode ser complementada pela consideração dos atos ilícitos, pois, se eles o são, seja na esfera civil, seja na esfera criminal, certamente o serão também para fins de determinação de *duress*.²³⁸

Na visão de Graham Virgo, uma ameaça pode ser contrária ao direito por duas razões:

Primeiro, e mais frequente, quando o que se ameaça fazer é contrário ao direito — então, ameaça de realização de ilícitos civis ou penais, assim como ameaça de ferir a pessoa ou interferir em seus bens, são contrárias ao direito, assim como a ameaça de descumprimento de um contrato; segundo, pode a parte ameaçar fazer algo que é lícito, mas em circunstâncias que tornem a ameaça contrária ao direito. [...] Esta ofensa pode ser cometida mesmo quando o que se está ameaçando fazer é lícito, assim como ameaçar revelar alguma conduta comprometedora, mas se solicita dinheiro como pagamento pelo não cumprimento da ameaça.²³⁹

Comparem-se uma ameaça de não cumprimento de um contrato e um ato ilícito que gere responsabilidade civil ou penal. Por certo que a primeira é, em tese, menos gravosa, contudo, apesar de a ameaça de não cumprir o contrato ou até mesmo de recusa em celebrar futuros contratos não ser ilícita, pode ser, em determinadas situações, considerada injusta (*wrongful*). Seria o caso, por exemplo, de uma parte, A, levar a outra, B, seriamente, a pensar que determinado contrato iria ser celebrado em determinadas condições. Posteriormente,

²³⁷ BIGWOOD, *Exploitative Contracts*, op. cit., p. 305 e 306.

²³⁸ SMITH, *Contracting under pressure*, op. cit., p. 351.

²³⁹ VIRGO, *The Principles of the Law of the Restitution*, op. cit., p. 192.

quando B não possuir outra alternativa senão contratar com A, há uma recusa em celebrar o contrato, a menos que os seus termos sejam revisados, em favor da primeira.²⁴⁰

Nesse mesmo sentido, pode-se apontar o *Restatement of Contracts (First)*, ao determinar que: “É claro que a licitude (*lawful*) e a injustiça (*wrongful*) são distintas: atos ou ameaças não podem constituir *duress*, a menos que eles sejam injustos... Mas atos podem ser injustos no sentido desta regra, embora não sejam ilícitos penais ou civis ou sejam violações de deveres contratuais”.²⁴¹

O *Restatement of Contracts (Second)* americano também define quando a ameaça é imprópria, no §176:

A ameaça é imprópria se:

(a) o que é ameaçado é um crime ou um ato ilícito, ou se a ameaça propriamente for um crime ou um ato ilícito, se resulta na obtenção de propriedade, ou

(b) o que é ameaçado é uma ação criminal, ou

(c) o que é ameaçado é o uso de uma ação civil e a ameaça é feita de má-fé, ou

(d) a ameaça é uma quebra do dever de boa-fé e justa negociação, num contrato com o receptor (da ameaça).

A ameaça é imprópria se o resultado da troca não é justo, e

(a) o ato ameaçado traria dano ao receptor e não beneficiaria, significativamente, a parte que faz a ameaça,

(b) a efetividade da ameaça na indução da manifestação do consentimento é significativamente aumentada pela negociação injusta pela parte que faz a ameaça, ou

(c) o que é ameaçado é, por outro lado, o uso de poder para fins ilegítimos.²⁴²

Lord Scarman, no debatido caso *Universe Sentinel*, indicou dois aspectos que deveriam ser considerados na determinação da legitimidade ou não da pressão exercida: “O primeiro é a natureza da pressão. Em muitos casos isto será decisivo, embora não em todos. O segundo é a natureza da exigência à qual a pressão é aplicada”.²⁴³ Entretanto, M. H. Ogilvie critica o critério posto por Lord Scarman, pois ele não teria indicado elementos para que se

²⁴⁰ SMITH, *Contracting under pressure*, op. cit., p. 352.

²⁴¹ *Ibid.*, p. 352, nota 19. Ver também, GLOVER, *Developing a test for economic duress in the South African Law*, op. cit., p. 289.

²⁴² *Restatement of Contracts (Second)*, apud GOFF & JONES, *The Law of Restitution*, op. cit., p. 206, nota 18.

²⁴³ Lord Scarman, apud BIGWOOD, *Coercion in contract*, op. cit., p. 215.

definem quais tipos de demanda estariam aptos a caracterizar *economic duress*, principalmente em casos cuja natureza da pressão não seja ilegítima.²⁴⁴

De acordo com Seddon, para que uma pressão seja ilegítima, para efeitos de *duress*, será necessária, via de regra, uma estimativa precisa tanto das características da pressão exercida quanto da solicitação feita no contexto dado. Se a ameaça ou as consequências de sua implementação forem particularmente ofensivas — como a prática de violência contra uma pessoa, seus filhos, seus bens, ou a quebra de um contrato preexistente —, espera-se que a pressão seja considerada como ilegítima, mesmo na ausência de qualquer impropriedade ou injustiça na natureza da solicitação feita ou nas consequências de a pessoa se render a ela.²⁴⁵

Nestes tipos de caso, Lord Scarman (ao julgar o caso *Universe Tankships*) considerou a ameaça como ilegítima, independentemente da natureza da solicitação feita à parte ameaçada.²⁴⁶ Mesmo quando a ameaça não é, em si, contrária ao direito, mas o fim a ser alcançado por meio de tal ameaça é de tal modo ofensivo, que, somado à ameaça praticada, a “proposta” feita se torna injustificável e passa a ser considerada injusta. E é justamente nessas situações que as exceções à regra geral — “Não constitui *duress* ameaçar fazer o que se tem o direito de fazer” — serão admitidas.²⁴⁷

Assumindo-se a legalidade da solicitação, ainda assim, a demanda feita poderá ser considerada ofensiva. Isso pode ocorrer em duas situações: a primeira delas, e também a mais comum, ocorre quando a parte que exerce a pressão não tem direito sobre aquilo que está sendo demandado, o que pode ocasionar a inexigibilidade da transação resultante, por falta de *consideration*. A segunda situação ocorre quando a demanda feita é ofensiva; quando, mesmo ela sendo devida, a solicitação é exorbitante (o que pode ser medido considerando-se os termos ou preços de referência da própria parte, ou o preço de mercado competitivo, ou, ainda, os próprios custos da parte); ou quando o resultado da transação é de alguma outra maneira desvantajoso para a vítima (quando, apesar de os termos do contrato assinado sob a referida pressão forem justos, privem a vítima de bens que, por razões pessoais, prefira manter ou que sejam necessários para a manutenção de sua subsistência).²⁴⁸

²⁴⁴ OGILVIE, *Economic duress in contract*, op. cit., p. 216.

²⁴⁵ Seddon, *apud* BIGWOOD, *Coercion in contract*, op. cit., p. 215-216.

²⁴⁶ Lord Scarman, *apud* BIGWOOD, *Coercion in contract*, op. cit., p. 216.

²⁴⁷ BIGWOOD, *Coercion in contract*, op. cit., p. 216.

²⁴⁸ *Ibid.*

Em qualquer caso, se a parte busca um benefício contratual e, para esse fim, exerce pressão, propondo algo que tem o direito de propor, a ação ameaçada poderá ser considerada ilegítima se:

(1) o fim que se busca alcançar não possui relação com os propósitos intrínsecos do poder ou direito (caso da chantagem); ou (2) embora o fim almejado tenha alguma relação com os propósitos intrínsecos usados na busca para o obter, a exorbitância da demanda ou a manifesta injustiça da transação resultante tende a demonstrar que a demanda estava em excesso daquele direito ou poder; ou (3) em qualquer caso, se o exercício do direito ou poder é considerado “explorador” das peculiares suscetibilidades da parte ameaçada (extrema ansiedade ou dor, necessidade, afeição natural etc.).²⁴⁹

Para fins de caracterização de *economic duress*, Lord Scarman estabelece que a pressão deve ser de um tipo que o direito não considere legítima, isto é, deve ser mais que a ordinária ou ainda sobrecarregada pressão da “vida comercial”. Defende que a determinação da legitimidade da pressão depende de dois fatores: “(1) a natureza da pressão; e (2) a natureza da exigência que a pressão busca obter”. Lord Scarman reconhece que a pressão aplicada pode, em sua natureza, ser contrária ao direito ou não, sugerindo que a *economic duress* não está confinada a casos que envolvam crimes, responsabilidade civil ou quebra de contrato. Pode ocorrer, por exemplo, que uma ameaça, em si mesma legal, se torne ilegal para os fins de caracterização de *economic duress*, de acordo com a natureza da exigência contida na ameaça.²⁵⁰

A Suprema Corte americana, ao analisar o caso *Rubenstein v. Rubenstein*, definiu que a pressão exercida sobre a vítima não precisa ser, necessariamente, contrária ao direito, bastando que seja injusta, isto é, “é tão opressiva sob determinadas circunstâncias, que é suficiente para constranger alguém a fazer algo a que a sua vontade livre se recusaria”.²⁵¹

Tal posição de Lord Scarman a respeito da relevância da ilegitimidade da pressão levou M. H. Ogilvie a concluir que o reconhecimento de que uma ação que esteja de acordo com o direito possa constituir pressão suficientemente ilegítima a justificar a caracterização de *duress* representa um significativo avanço na *common law*, em relação às concepções de *duress of the person* que estavam estabelecidas no campo das ameaças criminosas à pessoa ou

²⁴⁹ BIGWOOD, Coercion in contract, op. cit., p. 217.

²⁵⁰ Lord Scarman, *apud* OGILVIE, Wrongfulness, rights and economic duress, op. cit., p. 20-21.

²⁵¹ Suprema Corte, *apud* SUTTON, Duress by Threatened Breach of Contract, op. cit., p. 583.

à propriedade. A partir deste ponto, o adágio “Nunca é *duress* ameaçar fazer o que se tem o direito de fazer” foi abalado.²⁵²

A ameaça injusta ao negócio ou à propriedade da parte prejudicada é o cerne e, ao mesmo tempo, o aspecto tormentoso da teoria, pois, para a caracterização da *economic duress*, é necessário diferenciar o que é uma ameaça injusta do que faz parte do usual poder de persuasão utilizado nas negociações. Além disso, algumas cortes dizem que não podem caracterizar *economic duress* determinadas pressões que as partes têm o direito de fazer numa relação negocial. Por outro lado, diz Gladys Schwatka que o mais importante não é se a parte tem ou não o direito de efetuar coação, mas as circunstâncias em que essa pressão ou coação é feita. Diante disso, a *economic duress* tem sido reconhecida mesmo quando a parte possui o direito de exercer o seu poder de negociação, mas as circunstâncias são consideradas injustas de acordo com os *standards* de conduta.²⁵³

Complementa John Dalzell que, para a análise da ilegitimidade da pressão, “todos os elementos da transação serão considerados”, e ela será comparada ao que “as cortes consideram como uma conduta decente, o que provavelmente significa que os padrões prevalecentes na comunidade serão determinantes”.²⁵⁴ Exemplificativamente: não pode um sindicato de trabalhadores navais ameaçar fazer greve (o que a rigor é um direito seu) para obter o pagamento aos seus associados de uma “boa quantia”, se esses valores não são devidos. Logo, é difícil a definição do que é uma ameaça ou uma coação injusta, estando os critérios mais na consciência da corte do que em regras de direito.²⁵⁵

²⁵² OGILVIE, Wrongfulness, rights and economic duress, op. cit., p. 21.

²⁵³ Na determinação dos *standards* de conduta, será da maior valia a utilização do princípio da boa-fé objetiva. Para tanto, ver MARTINS-COSTA, Judith. **A Boa-fé no Direito Privado: Sistema e Tópica no Processo Obrigacional**. 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, e MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha. **Da Boa Fé no Direito Civil**. Coimbra: Almedina, 2002. Ver FRIED, **Contrato como Promessa**, op. cit., p. 99, para a concepção da *common law* acerca da boa-fé: “O Código Comercial Uniforme define a boa-fé como honestidade de fato. À primeira vista, a honestidade nada tem a ver com a partilha, com o altruísmo ou com uma preocupação ativa com os semelhantes. Um homem honesto pode ser um negociador duro, mas o faz de maneira aberta, sincera. Pode-se dizer que a honestidade é a virtude mais próxima do individualismo clássico e do princípio da autonomia: se uma pessoa for bem informada e estiver segura no gozo dos seus direitos, nesse caso, quaisquer arranjos que deseje fazer merecem ser cumpridos. Eles representam a decisão racional de um homem livre sobre como dispor do que lhe pertence, de que forma comprometer-se. A quintessência da honestidade é o cavalheiro vitoriano, que, embora seja rígido e talvez nada generoso, além de duro negociador, mantém a palavra dada e não mente. A honestidade assegura, em primeiro lugar, que a pessoa não enganará a outra quanto aos fatos a fim de aproveitar uma decisão mal informada de parte dessa outra. Também assegura que os compromissos assumidos serão honrados”.

²⁵⁴ DALZELL, Duress by economic pressure, II, op. cit., p. 365.

²⁵⁵ SCHWATKA, Contracts: restitution and rescission, op. cit., p. 427.

Perceba-se que esse posicionamento da autora data da década de 50, quando ainda não estavam plenamente desenvolvidos os princípios contratuais, atualmente ditos contemporâneos. Eles podem auxiliar na determinação do que seria uma coação injusta e do que seria uma pressão inerente ao tráfego negocial, tendo-se em vista que a boa-fé objetiva, como padrão de conduta pautado pela lealdade e pela correção, indica um caminho a ser utilizado pelo intérprete.²⁵⁶

Lord Scarman, ao tratar do famoso caso *The Universe Sentinel*, aponta dois requisitos para a configuração da *economic duress*: (1) pressão para compelir a vontade da vítima e (2) a ilegitimidade da pressão exercida.²⁵⁷

O caso *Universe Tankships Inc. of Monróvia v. International Transport Workers' Federation* demonstra a discussão feita por Lord Scarman acerca da importância da ilegitimidade da pressão para a caracterização de *economic duress*.

O caso está relacionado a um navio, o *Universe Sentinel*, que pertencia aos apelantes e que estava registrado na Libéria. O barco navegou sob a bandeira liberiana e estava, há vinte anos, fretado/alugado para a Texaco. Em 17 de julho de 1978, o navio ancorou em Milford Haven e descarregou a carga no dia seguinte. Contudo, o navio estava impedido de continuar navegando em razão de o sindicato dos marinheiros, o ITF, ter organizado uma ameaça de quebra de contrato da tripulação do navio. A referida ameaça não foi retirada até 29 de julho, momento em que os proprietários do navio aceitaram várias exigências feitas pelo ITF. Um dos seus objetivos era emitir “*blue certificates*” a navios que voluntariamente aderiram às taxas salariais exigidas pelo sindicato, bem como às orientações acerca das condições de trabalho dos marinheiros. O fato era que o *Universe Sentinel* não detinha o “*blue certificate*”, e, ao longo das negociações, ficou claro que o navio não poderia voltar a navegar, a menos que as exigências feitas pelo ITF fossem aceitas. O acordo entre o sindicato e os proprietários do navio foi assinado, incluindo, em seus termos, pagamentos em nome de cada um dos marinheiros de uma contribuição ao Fundo Internacional de Proteção, Assistência e Bem-Estar dos Marinheiros, a exibição de tal acordo, bem como a emissão do “*blue certificate*”. Dos \$80.000 entregues quando o acordo foi executado, aproximadamente \$6.480 faziam parte da contribuição ao referido Fundo, e o resto fazia parte dos pagamentos devidos à tripulação do navio. Ressalte-se que contratos individuais de trabalho foram

²⁵⁶ MARTINS-COSTA, A **Boa-fé no Direito Privado**, op. cit., p. 437 e segs.

²⁵⁷ Lord Scarman, *apud* SMITH, *Contracting under pressure*, op. cit., p. 344.

assinados com cada um dos membros da tripulação antes de o navio partir. Observe-se que a remuneração dos marinheiros foi recalculada nos termos do acordo celebrado.²⁵⁸

O navio desancorou em 29 de julho, e, em 10 de agosto de 1978, os proprietários do navio demandaram a devolução dos \$80.000, sob o fundamento de que os acordos celebrados eram nulos, por terem sido celebrados sob coação econômica.²⁵⁹

De acordo com Lord Diplock, a conduta do ITF foi claramente ilegítima, em razão do ilegal “sequestro” e da posterior detenção do navio, o que colocou os seus proprietários numa posição financeira desastrosa.²⁶⁰

De acordo com M. H. Ogilvie, não é algo surpreendente a aparição de *economic duress* numa negociação coletiva em relação contratual de ordem trabalhista, pois ela se caracteriza por ser uma luta entre dois competidores,²⁶¹ e, como demonstrou Robert Hale, a existência de algum grau de coerção é inerente a todo e qualquer contrato.²⁶²

A necessidade de a pressão exercida durante a negociação ser ilegítima foi reconhecida no caso *Barton v. Armstrong*, de 1976, quando *Lord Wilberforce* e *Lord Glaisdale* afirmaram que

... na vida, incluindo a comercial e financeira, muitos atos são feitos sob pressão, algumas vezes uma pressão irresistível, em relação à qual se pode dizer que o ator não tinha outra escolha senão agir. A ausência de escolha, nesse sentido, não nega consentimento no direito: para isto a pressão deve ser de um tipo que o direito não considera como legítima.²⁶³

Quando Mr. Justice Kerr se manifestou no caso *The Siboen and the Sibotre*, entendeu que uma mera pressão normal ao tráfego negocial não poderia invalidar um contrato:

²⁵⁸ OGILVIE, Wrongfulness, rights and economic duress, op. cit., p. 18. GOFF & JONES, **The Law of Restitution**, op. cit., p. 224.

²⁵⁹ OGILVIE, Wrongfulness, rights and economic duress, op. cit., p. 18. Ver também GLOVER, Developing a test for economic duress in the South African Law, op. cit., p. 303-304.

²⁶⁰ OGILVIE, Wrongfulness, rights and economic duress, op. cit., p. 19.

²⁶¹ Ibid., p. 25.

²⁶² HALE, Bargaining, Duress and Economic Liberty, op. cit., p. 606.

²⁶³ Lord Wilberforce e Lord Glaisdale, *apud* BIGWOOD, **Exploitative Contracts**, op. cit., p. 288, nota 43.

A verdadeira questão é, ao fim, se o acordo em questão foi concluído voluntariamente ou não, e que a Corte deve em todos os casos, pelo menos, estar satisfeita de que o consentimento da outra parte foi dominado pela compulsão, sem a presença de *animus contrahendi*. Com base nos fatos do caso, *His Lordship* concluiu que: "... o demandante estava agindo sob grande pressão, mas somente pressão comercial, e não há nada que poderia ser considerado como coerção da sua vontade, assim como para viciar o seu consentimento".²⁶⁴

Admite-se, portanto, que uma ameaça imprópria pode criar *duress* e justificar a anulação do contrato, mesmo que não tenha sido utilizada uma grave ameaça física. O termo *economic duress* foi aplicado para indicar um tipo de coação imposta por um forte *player* sobre um contratante mais fraco, mesmo que essa ameaça não seja explícita. Contudo, há uma grande dificuldade na diferenciação do que seja uma mera barganha de um caso de *economic duress*.²⁶⁵

Nesse sentido, Atyiah:

A ideia de que a vontade do homem pode ser "dominada" por alguns tipos de pressão e não por outros é, ao mesmo tempo, logicamente indefensável e, na prática, inaplicável. A realidade é que algumas formas de pressão estão em conformidade com o sistema econômico e social e com a compreensão moral da comunidade, e outras, não. A linha somente pode ser desenhada entre os diferentes tipos de pressão, não pela tentativa de analisar os efeitos das pressões na mente do homem.²⁶⁶

A pressão nas relações comerciais, mesmo não contrariando o direito, pode ser apta a constituir *economic duress* se conduzir a vítima a uma posição financeira de extrema dificuldade, isto é, quando a priva de seu direito de "ganhar a vida" como deseja. Compelir um indivíduo a contratar nessas circunstâncias viola esse direito de uma forma que não é tolerada pela sociedade. Nessas condições, normalmente, estariam pequenas empresas individuais ou empresas familiares, sendo difícil defender a violação desse direito quando a suposta vítima da ameaça for uma grande empresa pública ou uma multinacional, pois elas, em tese, não poderiam ser forçadas a contratar.²⁶⁷ Nesse sentido, é importante destacar a

²⁶⁴ OGILVIE, Wrongfulness, rights and economic duress, op. cit., p. 6.

²⁶⁵ BAR-GRILL & BEM-SHAHAR, Credible Coercion, op. cit., p. 753.

²⁶⁶ ATYIAH, Patrick. **Rise and fall of the contract**. Oxford: Oxford University Press, 1979, p. 436.

²⁶⁷ OGILVIE, Wrongfulness, rights and economic duress, op. cit., p. 29.

superação do antigo *standard* do “homem constante” para a aplicação de “um teste subjetivo, no qual a corte analisa em cada caso se a ameaça foi tão aterrorizante para a vítima, que ela não pôde resistir”.²⁶⁸ Apesar dessa manifestação de Ogilvie, muitos dos casos discutidos ao longo desse trabalho tiveram aplicação da *economic duress* a empresas de grande porte, quando a pressão exercida transcendeu os parâmetros de uma livre e justa negociação.

Apesar da busca de critérios para a definição da *duress*, é inegável que a determinação do que seja uma negociação justa, ainda que “dura”, pode variar de acordo com a sociedade e com o tempo, e, ainda, a mesma sociedade em períodos diferentes de tempo pode apresentar padrões diferenciados para a sua determinação. O aspecto central é o fato de a *duress* incorporar *standards* legais e morais acerca de uma negociação injusta.²⁶⁹

Analisado o primeiro requisito para a caracterização de *economic duress*, qual seja, a ameaça, em seus múltiplos aspectos, passa-se à análise do segundo possível requisito, a involuntariedade do acordo.

2.2.2. Ausência de livre consentimento

Stephen Smith assevera que, dependendo da perspectiva de consentimento assumida, todos ou quase todos os contratos são consensuais (no sentido de que foram celebrados por meio de livre manifestação de vontade), porque em todos os contratos, salvo naqueles em que a parte age sem intenção (por exemplo, durante o sono ou quando a sua mão é forçada ou conduzida a assinar), ela tem uma opção. A vítima de uma ameaça de um homem armado tem de escolher entre assinar o contrato ou ser baleado. Contudo, direcionando-se outro olhar para o consentimento, nenhum ou quase nenhum contrato é consensual, porque as pessoas sempre contratam sob pressão — pressão pela obtenção de alimentos, roupas ou abrigo. Nessa situações, os indivíduos não têm escolha, senão contratar para atender às suas necessidades. Nessa segunda visão, o contrato será livre somente se as

²⁶⁸ SUTTON, *Duress by Threatened Breach of Contract*, op. cit., p. 557-558.

²⁶⁹ BIGWOOD, *Coercion in contract*, op. cit., p. 229.

partes contratantes possuem uma viável opção de produção própria dos bens ou serviços de que necessitam ou se o contrato for, para as partes, supérfluo.²⁷⁰

O autor complementa o raciocínio buscando diferenciar dois conceitos importantes: consentimento e intenção. A vítima de uma ameaça de uma arma teve a intenção de contratar. Poderia até se afirmar, numa linguagem mais elástica, que a vítima voluntariamente contratou ou mesmo que escolheu contratar. Contudo, a parte não tinha uma escolha livre, e portanto não haveria verdadeiro consentimento.²⁷¹

Dessa forma, a existência de pressão poderá retirar a liberdade da realização de um contrato se deixar a parte sem escolha e se a pressão tiver sido efetiva no processo de tomada de decisão. Considera-se, para esse fim, que a parte ameaçada não tem escolha quando as alternativas disponíveis, inclusive não fazer nada, isto é, não contratar, são indesejáveis.²⁷²

Nesse sentido é o entendimento de autores mais antigos: para a caracterização de *duress* deve-se comprovar que a vontade da parte coagida foi dominada. Essa ideia conforma a chamada “*overborne will theory*”, que considera que a *duress* “destrói a vontade, de forma a negar a existência de consentimento”. Entretanto, é fácil perceber, analisando-se a situação do viajante que é assaltado na estrada e que se vê diante da seguinte situação: entregar os seus pertences ou morrer, que quando decide entregar os seus pertences, conscientemente toma esta decisão para não sofrer a violência que lhe é ameaçada. Diante disso, é possível perceber-se que a vontade precisaria ser apenas coagida, e não completamente dominada (“*overborne*”), como acontece no caso em que alguém tem a sua mão controlada por outro para que assine um determinado contrato.²⁷³

A partir dessa discussão, Rick Bigwood defende que o foco do conceito atual de *duress* pode perpassar a involuntariedade do ato praticado somente quando ela for compreendida de maneira normativa — vontade consciente injustificadamente compelida —, e não de maneira psicológica — vontade severamente pressionada.²⁷⁴

²⁷⁰ SMITH, Contracting under pressure, op. cit., p. 359, e em SMITH, **Contract Theory**, op. cit., p. 331 e 335, quando denomina tais pressões ordinárias incapazes de excluir a existência de consentimento de “vicissitudes da vida”.

²⁷¹ Id., Contracting under pressure, op. cit., p. 360.

²⁷² Ibid., p. 361.

²⁷³ BIGWOOD, **Exploitative Contracts**, op. cit., p. 292, nota 62.

²⁷⁴ Id., Coercion in contract, op. cit., p. 207.

Diante disso, o que deveria ser examinado para que se determine qual é, efetivamente, a injustiça presente na *economic duress* são as consequências que provoca nas vítimas — consequências que podem dar-se em duas esferas: (1) a pessoal, na medida em que a pessoa aquiesceu à exigência feita, e (2) a material, isto é, como o seu bem-estar econômico foi afetado. M. H. Ogilvie assevera que

... as cortes deveriam aceitar a realidade objetiva de que o consentimento prestado reflete acuradamente um acordo subjetivo para o menor de dois males. De qualquer modo, não é sobre a vontade que foi dominada que a vítima reclama, mas sobre a posição prejudicial a qual foi forçada a anuir.²⁷⁵

Conclui o autor, então, que as cortes devem estar preocupadas em tutelar, não a vontade da vítima, mas os seus interesses econômicos. Defende que questões como o poder de barganha e os resultados econômicos que a ameaça trouxe para o coator são questões meramente incidentais, pois a ilegitimidade da transação deve passar pelas consequências sofridas pela vítima da coação, isto é, a sua perspectiva e como a ameaça a afetou. Isto é que determina a ilegitimidade da ameaça, não devendo o foco ser o coator nem a ameaça *per se*, pois não existe um consenso na sociedade sobre quais ações são injustas, isoladamente.²⁷⁶

Ogilvie entende que o critério sugerido por alguns, para aferir a existência de *economic duress* a partir do livre consentimento prestado pela parte, não deve ser utilizado, pois ele não habilita as cortes a distinguir entre um acordo livremente celebrado e outro que tenha sido elaborado mediante *economic duress*, pois existiria um “elemento de compulsão ou necessidade em todos os contratos e em todas as relações socioeconômicas. Nesse caso, como provar que a vontade foi coagida [...]?”²⁷⁷

No mesmo sentido do que será abaixo desenvolvido no caso *Universe Tankships* foi a manifestação de Lord Wilberforce e de Lord Simon of Glaisdale, no caso *Barton v. Armstrong*, a fim de considerar que a *duress* está mais relacionada com a correção do

²⁷⁵ OGILVIE, Wrongfulness, rights and economic duress, op. cit., p. 31.

²⁷⁶ Ibid., p. 31. Nas páginas 31 e 32, o autor defende uma alteração de perspectiva de análise da ilegitimidade da pressão, desviando-se o olhar do coator para a vítima. A forma de percepção que deve ser descartada, de acordo com o autor, esteve fundamentada na influência sofrida pela *common law* pela moral cristã. Exemplifica com o direito penal, cujo foco foi, tradicionalmente, o criminoso, não a vítima, pois o ímpeto cristão era o de salvar o indivíduo que tinha cometido um ato repreensível.

²⁷⁷ Id., Economic duress, inequality of bargaining power..., op. cit., p. 316.

comportamento praticado durante a negociação do que com a liberdade ou a voluntariedade do contrato celebrado:

Na vida, incluindo a vida comercial e financeira, muitos atos são feitos sob pressão, algumas vezes uma pressão irresistível, que alguém poderá dizer que o autor não tem outra escolha senão agir. A ausência de escolha, neste sentido, não nega o consentimento no direito: para isto a pressão deve ser de tal tipo que o direito não a reconhece como legítima.²⁷⁸

Nessa concepção mais moderna de *duress*, a visão do problema que se apresenta tem como precursor Mr. J. Holmes, que asseverava: “... diante da injustiça da ameaça, a vítima estará diante de dois males, dentre os quais deverá escolher”, daí advindo a discussão da existência ou não de consentimento nos casos de *duress*. A vítima da ameaça, de fato, escolherá entre os dois males: a submissão à solicitação do coator ou às consequências da ação ameaçada, demonstrando nessa escolha genuíno consentimento.²⁷⁹ É por isso que a questão central da *economic duress* não está mais no consentimento.

Mr. Justice Holmes já discutiu este aspecto em 1918, no caso *Union Pacific Ry. Co. v. Public Service Commission*, a fim de estabelecer que a possibilidade de escolha e a existência de consentimento não são aptos a descaracterizar a *duress*: “É sempre do interesse de uma parte que está sob coação escolher o menor de dois males. Mas o fato de que a escolha foi feita de acordo com o seu interesse não exclui a *duress*. Essa é a característica da *duress* propriamente dita”.²⁸⁰

No mesmo sentido manifestou-se Grace Giesel, ao afirmar que “a situação clássica de *duress* foi e deve ser aquela na qual o ator compreende as alternativas, cuidadosamente considera-as e seleciona uma delas”.²⁸¹

De fato, “quanto mais extrema for a ação ameaçada e o concomitante desejo da vítima de o evitar, mais ‘real’ será o consentimento obtido”. Além disso, “o consentimento obtido como resultado de uma ameaça é o mais sincero, o mais genuíno” em relação àquele manifestado nos acordos ditos voluntários.²⁸²

²⁷⁸ Lord Wilberforce e Simon of Glaisdale, *apud* BIGWOOD, *Coercion in contract*, op. cit., p. 206.

²⁷⁹ Mr. Justice Holmes, *apud* HALSON, *Opportunism, economic duress and contractual modifications*, op. cit., p. 665.

²⁸⁰ Mr. Justice Holmes, *apud* OGILVIE, *Wrongfulness, rights and economic duress*, op. cit., p. 19.

²⁸¹ GIESEL, *A realistic proposal for the contract duress doctrine*, op. cit., p. 448.

²⁸² HALSON, *Opportunism, economic duress and contractual modifications*, op. cit., p. 665.

Dalzell compartilha desse entendimento:

O que nós queremos dizer designando tal consentimento de irreal foi que ele não teria sido dado não fosse a alternativa desagradável. O que nós desconsideramos foi o fato de que isso nada tinha a ver com a realidade do consentimento dado. Se o consentimento é real, genuíno, e não artificial, depende, me parece, não da motivação que está por trás, e nem se o consentimento teria sido dado em circunstâncias diferentes; depende de o consentimento ter sido expresso sob determinadas circunstâncias que existiram e foram realmente sentidas, ou que foram meramente aparentes, contrariando a preferência secreta da vítima entre as alternativas apresentadas a ele. Diante da escolha ofertada, a vítima da *duress* presta um consentimento genuíno para não sofrer com as consequências da outra alternativa.²⁸³

Acrescenta Lord Scarman, no caso *The Universe Sentinel*, que o que caracteriza “o caso clássico de *duress* não é, entretanto, a falta de vontade de se render, mas uma submissão intencional que se origina do fato de não haver outra escolha prática aberta”.²⁸⁴

A partir dessa discussão, duas teorias opostas são delineadas:

(1) a teoria tradicional em que uma pessoa que age sob *duress* não intende ou deseja o resultado, isto é, ela não realiza uma ação voluntária, e (2) a teoria alternativa, em que mesmo uma efetiva *duress* não priva a pessoa de sua livre vontade, ou do seu poder de escolher, mesmo que uma das alternativas seja tão opressivamente ruim que, em linguagem popular, alguém possa dizer que “ela não tinha escolha”.²⁸⁵

Lord Scarman também acredita que o foco da *economic duress* deve ser a ilegitimidade da pressão sofrida, e não a vontade coagida, pois para ele essa vontade é intencional e real. E reitera o seu posicionamento de que o foco deve ser a ilegitimidade da pressão, exemplificando com a inviabilidade prática de uma grande empresa efetivamente coagir a vontade de outra.²⁸⁶ Veja-se o seu entendimento:

²⁸³ DALZELL, *Duress by economic pressure*, II, op. cit., p. 237 e 341.

²⁸⁴ Lord Scarman, *apud* HALSON, *Opportunism, economic duress and contractual modifications*, op. cit., p. 666.

²⁸⁵ ATYIAH, P. S. *Duress and the overborne will again*. *The Law Quarterly Review*. London, v. 99, 1983, p. 354.

²⁸⁶ Lord Scarman, *apud* OGILVIE, *Wrongfulness, rights and economic duress*, op. cit., p. 20.

A compulsão é muitas vezes descrita pelas autoridades como coerção ou como vício do consentimento. O caso clássico da *duress* é, entretanto, não a falta de vontade de contratar, mas a submissão intencional da vítima, que se origina da compreensão de que não existe nenhuma outra opção aberta.²⁸⁷

Complementa Malenka Cassim, que vem contribuindo doutrinariamente para o desenvolvimento da *economic duress* na África do Sul, que tal figura adota o modelo da *civil law*,²⁸⁸ isto é, quando uma pessoa age sob coação quer fazer exatamente o que faz, mas não o faz livremente, pois a sua intencional submissão apenas indica que não há outra alternativa prática disponível para a parte ameaçada. Ressalta que o consentimento prestado nessas situações é ainda mais real, pois a pessoa busca evitar o mal maior. O fato de a parte ameaçada realizar uma ponderação e optar pelo caminho que lhe é mais favorável economicamente também não é uma causa que justifique a exclusão da *economic duress*, pois, novamente, o fato de a decisão ser tomada considerando-se os interesses econômicos da parte ameaçada é justamente o que caracteriza a *duress*.²⁸⁹

Entende-se que o conceito de vontade livre, para fins de caracterização de *economic duress*, apresenta algumas inconsistências, tanto nos contratos celebrados sem pressão ilegítima, quanto nos contratos celebrados com a sua presença, pois não é possível negar que a parte contratante faz uma escolha entre “dois males”, sendo “impossível distinguir uma situação da outra, com base na liberdade do consentimento prestado”.²⁹⁰

Apesar de todos esses argumentos, algumas cortes ainda integram em seus testes para aferição de *economic duress* a análise da existência da vontade livre. Foi o que aconteceu em *Good v. Burke Town Plaza, Inc.*, em que a Suprema Corte da Virgínia asseverou que “existe *duress* quando o réu pratica um ato suficiente para impedir o autor de exercer a sua vontade livremente, coagindo o seu consentimento”.²⁹¹ Outra formulação semelhante a essa é aquela que requer “involuntária aceitação dos termos do contrato”, conforme expressado em *Nasik Breeding & Research Farm Ltd. v. Merck & Co.*²⁹²

²⁸⁷ Lord Scarman, *apud* OGILVIE, *Wrongfulness, rights and economic duress*, op. cit., p. 20.

²⁸⁸ CASSIM, *Medscheme Holding (PTY) Limited v Bhamjee*, op. cit., p. 534.

²⁸⁹ *Ibid.*, p. 533.

²⁹⁰ KELLEY, *Economic duress after the demise of free will theory*, op. cit., p. 894.

²⁹¹ GIESEL, *A realistic proposal for the contract duress doctrine*, op. cit., p. 469.

²⁹² *Ibid.*, p. 470.

O conceito de involuntariedade, entretanto, na concepção moderna de *duress*, deve ser compreendido de forma normativa, “como um injusto constrangimento da vontade — ao invés de puramente psicológico —, como na (teoria) da vontade subjugada”, que não mais seria a compreensão adequada para o fenômeno. Na realidade, o que a parte pressionada reclama não é a privação da vontade a que ela foi sujeita, mas o impróprio motivo para a sua ação “intencional”, no caso o medo, do qual deveria estar livre no momento da decisão.²⁹³

No que se refere à aplicação do teste do livre consentimento prestado, percebe-se que a tendência das cortes americanas é aplicá-lo de forma subjetiva, isto é, considerando a sua existência ou não num caso concreto, e não o livre consentimento prestado por um “negociador razoável”.²⁹⁴

Entretanto, segundo Grace Geisel, qualquer teste que busque descobrir se o consentimento foi prestado de maneira livre ou não é “problemático”, porque, se existe alguma situação em que o consentimento seja genuíno, será, de fato, uma situação de *duress*, em qualquer de suas modalidades, pois, efetivamente, a parte ameaçada escolhe uma das opções que lhe é posta pela parte que faz a ameaça. Além disso, como Robert Hale já afirmava, qualquer decisão referente a contratar ou não passa por algum nível de constrangimento.²⁹⁵

Complementa Geisel que o critério de análise perpassado pela vontade seria, além de inútil, inadequado, se a livre vontade a ser discutida for a de uma empresa. Considere-se, para ilustrar a discussão, o caso *General Motors Corp. v. Paramount Metal Products Co.* A *Paramount* contratou com a *General Motors* o fornecimento de peças para a fabricação do assento de seus veículos, sem previsão de excedentes. Após a celebração do contrato, a *Paramount* ameaçou interromper o fornecimento dos referidos suprimentos se a *General Motors* não concordasse em aumentar o seu preço. A última concordou com a alteração solicitada, mas, quando conseguiu um outro fornecedor para as peças, ajuizou uma ação buscando a invalidação do ajuste. O que causou maior estranheza à autora foi o fato de a corte que julgou o caso ter entendido que o exercício da vontade por parte da *General Motors* não foi livre, e, portanto, poderia o acordo ser desfeito por *duress*.²⁹⁶

²⁹³ BIGWOOD, *Exploitative Contracts*, op. cit., p. 287, nota 40.

²⁹⁴ GIESEL, A realistic proposal for the contract duress doctrine, op. cit., p. 471.

²⁹⁵ Ibid.

²⁹⁶ GIESEL, A realistic proposal for the contract duress doctrine, op. cit., p. 473.

Insiste, por fim, a autora no sentido da inadequação de tal teste, sugerindo a aplicação do *Restatement Second*, que substituiu a noção de privação do livre consentimento pela da inexistência de razoáveis alternativas.²⁹⁷

A discussão acerca da voluntariedade ou não dos acordos celebrados mediante coação foi também vislumbrada pelos estudiosos da análise econômica do direito. O pressuposto do qual partem é o seguinte: “As pessoas, ordinariamente, realizarão contratos somente se a sua expectativa for ficar numa condição mais próspera do que a previamente existente à celebração do contrato”.²⁹⁸ Logo, os acordos considerados voluntários são considerados eficientes, isto é, alcançam o que a linguagem utilizada por aqueles que trabalham com análise econômica do direito chama de “ótimo de Pareto”, ou seja, quando fica ao menos uma parte em situação melhor e nenhuma em situação pior. Isto faz com que o direito deva garantir o cumprimento desses acordos. Já os acordos que se tenham constituído sem genuína manifestação vontade, isto é, aqueles em que a mão de um contratante é conduzida pela outra parte ou por terceiro, não devem ser executados, entretanto, não pelo fundamento de que são involuntários, mas porque tais acordos não conseguem promover eficiência econômica (ainda que isso ocorra em razão da involuntariedade desse tipo de acordo).²⁹⁹

Já os contratos em que, conforme demonstrado acima, há vontade, porém uma vontade coagida, em razão da coação, o que, na realidade, tornaria essa manifestação de vontade ainda mais genuína, na visão de Posner, também não poderiam ser exigidos. Isso porque a parte coagida teria de abrir mão de um bem ou direito para proteger outro, fazendo com que esse recurso não possa ser usado para outros fins mais valiosos. Exemplifica com o caso mais conhecido de *physical duress*: uma pessoa armada diz para a outra: “Seu dinheiro ou sua vida”. Para proteger a sua vida, entrega o seu dinheiro, que poderia ter sido usado de outra forma mais valiosa (em termos econômicos).³⁰⁰

A partir dessa pequena incursão na relação entre análise econômica do direito e *economic duress*, pode-se chegar à mesma conclusão alcançada por Athaya (no sentido de que *duress* não se caracteriza por ser um problema de involuntariedade nos contratos), porém, por caminhos diferentes. Pela análise econômica do direito, ela é um problema de maximização

²⁹⁷ GIESEL, A realistic proposal for the contract duress doctrine, op. cit., p. 474.

²⁹⁸ WERTHEIMER, *Coercion*, op. cit., p. 48.

²⁹⁹ *Ibid.*, p. 48-49.

³⁰⁰ POSNER, Richard. *Economic Analysis of Law*. 6. ed. New York: Aspen Publishers, 2003, p. 49.

de riquezas, enquanto que, para Athaya, é um problema de ilegitimidade da pressão oposta contra a outra parte, que a coloca diante da ausência de razoáveis alternativas.³⁰¹

A partir dos argumentos apresentados, pode-se concluir que a ausência ou não de consentimento livre da parte ameaçada quando decide realizar o contrato para evitar um mal maior não é um requisito para a configuração de *economic duress*, pois, como já foi longamente demonstrado, o consentimento prestado nesses casos é o mais genuíno possível, devendo o foco da *economic duress* ser redirecionado para o da análise da inexistência de razoáveis alternativas.

Tendo-se discutido a inviabilidade de a ausência de livre consentimento ser um requisito para definição da *economic duress*, segue-se para um de seus mais importantes aspectos: a inexistência de razoáveis alternativas.

2.2.3. Inexistência de razoáveis alternativas

A inexistência de razoáveis alternativas³⁰² é um aspecto central para a caracterização de *economic duress*, pois, em regra, uma pessoa que faz uma escolha voluntária, dentro de um rol de caminhos disponíveis, não pode desistir dessa decisão a partir de uma alegação de *duress*, pela inevitável geração de insegurança jurídica no tráfego negocial.³⁰³

Perquire-se, neste momento, se a parte que sofre a ameaça tinha, de fato, justificativa para manifestar o seu consentimento em resposta à pressão exercida. A ausência ou não dessa justificativa dependerá da gravidade ou do grau da pressão exercida, o que, na essência, requer uma discussão acerca da adequação ou da razoabilidade das alternativas presentes ou disponíveis.³⁰⁴ Isso vai exigir uma análise objetiva, na medida em que a percepção da vítima não é tão relevante quanto a análise das cortes sobre as alternativas realmente disponíveis no momento em que a parte ameaçada cedeu à pressão.³⁰⁵

³⁰¹ WERTHEIMER, *Coercion*, op. cit., p. 50.

³⁰² BIGWOOD, *Exploitative Contracts*, op. cit., p. 293, nota 71, pontua que a expressão “razoáveis alternativas” apresenta os seguintes sinônimos: “viáveis, aceitáveis, adequadas e reais escolhas”.

³⁰³ Id., *Coercion in contract*, op. cit., p. 263.

³⁰⁴ Ibid., p. 252.

³⁰⁵ STEWART, *Economic duress — legal regulation of commercial pressure*, op. cit., p. 437.

Não existe uma listagem que indique quais tipos de alternativas podem ser considerados razoáveis, pois a sua definição depende das circunstâncias do caso. Nesse sentido, o *American Restatement Second of Contracts* afirma que “se uma vítima possui razoáveis alternativas é uma questão de fato e de direito, a ser respondida em casos claros pela corte”.³⁰⁶ Nesse sentido, Graham Glover indica que as cortes deveriam analisar se “(a) a parte teve recursos do sistema legal ou (b) se a parte teve opções que são razoáveis e justificáveis nas circunstâncias, mas que não requerem auxílio do sistema legal”.³⁰⁷

Analisando-se a primeira possibilidade, (a), pode-se presumir que, quando o sistema jurídico disponibiliza uma medida para combater a ameaça proposta, ela será utilizada, como, por exemplo, a busca de uma medida para impedir que a ameaça seja levada a termo. Entretanto, a simples existência de uma medida judicial aplicável ao caso pode não ser uma “razoável alternativa”, na medida em que pode revelar-se altamente arriscada e, portanto, de improvável sucesso, ou apresentar altos custos e levar muito tempo. Então, nesses casos onde o “tempo era a essência, ou onde os danos seriam menores que os custos do litígio, as cortes têm entendido que, em razão da natureza do processo, a alternativa não era razoável, e realizar o contrato era justificável”.³⁰⁸

John Dalzell acrescenta que a impossibilidade de se aguardar um pronunciamento judicial e a conseqüente necessidade de ceder à pressão estão muitas vezes relacionados a crises financeiras da vítima, que tornam os seus recursos limitados, fazendo com que a dependência em relação ao cumprimento contratual seja ainda mais intensa. Conclui, então, que a “adequação do remédio é parcialmente dependente da posição financeira da vítima da ameaça”.³⁰⁹

O caso *North Ocean Shipping Co. Ltd. v. Hyundai Construction Co. Ltd.*, abaixo examinado, bem demonstra que o tempo que a discussão judicial de uma ameaça de quebra contratual — se o preço inicialmente ajustado para o contrato não for aumentado — para uma

³⁰⁶ *Restatement, Second, Contracts* § 175(b), *apud* GLOVER, Developing a test for economic duress in the South African Law, *op. cit.*, p. 310.

³⁰⁷ GLOVER, Developing a test for economic duress in the South African Law, *op. cit.*, p. 310.

³⁰⁸ *Ibid.*, p. 311. Nesse sentido, ver DALZELL, Duress by economic pressure, II, *op. cit.*, p. 370: “O remédio alternativo disponível geralmente envolve litígio, e litígio sempre envolve um lapso de tempo; tal lapso é geralmente a razão comum para a inadequação do remédio que completa um caso de *duress* [...]. Hoje em dia, mesmo a espera de poucas semanas pelo recebimento do pagamento de um contrato é, às vezes, séria ou fatal para uma empresa em crise”.

³⁰⁹ DALZELL, Duress by economic pressure, II, *op. cit.*, p. 378.

empresa que precisa do adimplemento imediato para cumprir outros compromissos seguramente impedirá o judiciário de ser uma razoável alternativa.³¹⁰

A busca ao poder judiciário como alternativa à vítima para a pressão sofrida pode também não ser adequada se considerarmos a incerteza que o resultado de uma ação judicial enceta, principalmente quando os riscos de perdas são maiores para um dos lados.³¹¹ O tempo que acompanha qualquer processo judicial pode acarretar grandes perdas financeiras. Ressalte-se que a inadequação de um remédio judicial não está relacionada à falta de gosto da parte ameaçada pelo litígio.³¹²

Analisa-se agora a possibilidade (b) trazida por Graham Glover, qual seja, alternativas que fazem com que a parte ameaçada não precise ceder à pressão, mas que não passam pelo litígio. Este é o caso em que a ameaça envolve o descumprimento de um contrato. As alternativas normalmente disponíveis em tal situação, e que, em regra, devem ser utilizadas pela parte ameaçada, são a busca pelo fornecimento do bem objeto do contrato em outro fornecedor. Contudo, se outros fornecedores não estiverem disponíveis, em casos de monopólio, por exemplo, ou se existirem, mas não puderem realizar o fornecimento do bem no prazo necessário para a parte ameaçada, nas situações em que o tempo é a essência para se evitarem a bancarrota e/ou as ações de terceiros, não se poderá afirmar que ela detinha as “razoáveis alternativas”.³¹³

É o caso, por exemplo, de *Atlas Express Ltd. v. Kafco (Importers and Distributors) Ltd.* *Kafco* é uma pequena empresa, cujo bom desempenho econômico estava ligado a um contrato realizado com a empresa *Woolworth*; contrato colocado em risco pela ameaça da *Atlas* de descumprir a sua obrigação de entregar os bens vendidos pela *Kafco* à *Woolworth*, a menos que o valor do contrato de transporte por elas celebrado fosse substancialmente aumentado. Além disso, tal ameaça foi realizada no mês de novembro, período em que a demanda por transporte de mercadorias é intensificada, de modo que era difícil ou impossível para a *Kafco* encontrar outro transportador que entregasse as

³¹⁰ GIESEL, A realistic proposal for the contract duress doctrine, op. cit., p. 478, e GLOVER, Developing a test for economic duress in the South African Law, op. cit., p. 311.

³¹¹ DALZELL, Duress by economic pressure, II, op. cit., p. 372.

³¹² Ibid., p. 382.

³¹³ GLOVER, Developing a test for economic duress in the South African Law, op. cit., p. 312.

mercadorias no prazo combinado com o seu principal cliente. Em tais circunstâncias, entendeu-se que *Kafco* não dispunha de razoáveis alternativas.³¹⁴

Outro caso com características semelhantes é o *B&S Contracts and Design v. Victor Green Publications Ltd.* A *B&S* ameaçou descumprir a sua obrigação de montar *stands* para uma mostra organizada pela *Victor Green*, a menos que ela concordasse em pagar mais £4.500, além do valor originalmente contratado para a realização da tarefa, para que fosse realizado pagamento aos trabalhadores grevistas da *B&S*. Observe-se que tal solicitação de pagamento extra foi feita a cinco dias da data combinada para a entrega dos *stands*. Nesse caso, novamente, o tempo foi o elemento central para a tomada de decisão, pois a *Victor Green* não encontraria outra empresa para realizar a atividade naquele prazo, o que causaria sérios danos à sua reputação, bem como a diversas ações propostas pelas pessoas que haviam locado tais espaços para a realização da exposição. Por isso, a corte considerou que a sua decisão de ceder à pressão foi justificável.³¹⁵

Se a parte tinha uma alternativa razoável e não precisava entregar-se à pressão sofrida, mas, ainda assim, se rendeu a ela, não poderá reclamar que foi injustamente coagida, pois para isso é necessário que a ameaça estreite as opções da parte coagida, de tal modo que ela não tenha escolhas razoáveis ou aceitáveis.³¹⁶ Essa é a situação em que alguém se submete à pressão, porém faz isso como uma “opção de negócios calculada”, e não em “situação de agonia” por não existirem razoáveis alternativas. Então, “quando a decisão de concordar com o negócio ou com a sua modificação foi um risco do negócio justificável, ou que as negativas consequências da modificação foram superadas por outros benefícios da manutenção da relação contratual, o elemento da coerção é inexistente”.³¹⁷

Na busca por essa resposta, realmente pode contribuir o critério das “razoáveis alternativas”. Se a parte é pressionada para aceitar porque não tem razoáveis alternativas, o direito permite a invalidação da “palavra dada”. De acordo com tal critério, se a parte coagida não tinha condições de encontrar *performances* alternativas, ou se diante da ameaça de quebra do contrato os remédios para essa quebra forem inadequados, presume-se que o

³¹⁴ GLOVER, Developing a test for economic duress in the South African Law, op. cit., p. 312.

³¹⁵ Ibid., p. 312-313. Ver também GOFF & JONES, **The Law of Restitution**, op. cit., p. 227, e OGILVIE, Economic duress in contract, op. cit., p. 217.

³¹⁶ BIGWOOD, Coercion in contract, op. cit., p. 252.

³¹⁷ GLOVER, Developing a test for economic duress in the South African Law, op. cit., p. 313.

consentimento foi obtido sob coação.³¹⁸ Nesse sentido, também John Dalzell afirma ser razoável que um contrato feito mediante *duress* seja defeituoso, não em virtude de algum problema no consentimento, mas em razão da impropriedade das alternativas apresentadas.³¹⁹

Se a parte prejudicada tinha outros meios para proteger o seu negócio ou o seu patrimônio ou se pode pedir uma reparação por perdas e danos, não pode valer-se da *economic duress*, pois não terá agido como um homem razoável.³²⁰ O caso *Totem Marine Tug v. Alyeska Pipeline, Inc.* ilustra essa situação.

A empresa *Totem* acordou com a empresa *Alyeska* o transporte de materiais para um oleoduto do Texas até o Alasca. Contudo, como resultado de uma carga maior do que aquela que havia sido prevista e um armazenamento impróprio na doca, o carregamento do cargueiro levou trinta dias, ao invés dos três dias inicialmente planejados. Disso decorreu que o tempo de entrega da carga foi aumentado, porque o cargueiro teve de se mover lentamente, em razão do excesso de peso que carregava, bem como de um período de tempo de espera maior do que o previsto para atravessar o canal (tiveram de aguardar a passagem de um furacão). Diante das circunstâncias, *Alyeska* optou por terminar o contrato e solicitou que houvesse o descarregamento em Long Beach, na Califórnia. Diante do término antecipado do contrato, *Totem* emitiu uma fatura pelos serviços de transporte prestados, no referido trecho, no valor de \$300.000. *Alyeska* informou que analisaria a fatura e que efetuariá o pagamento em seis ou oito meses. Contudo, *Totem* tinha obrigações a serem adimplidas no prazo de trinta dias e não poderia esperar pelos meses propostos, pois havia uma possibilidade real de a empresa ir à bancarrota. Diante disso, *Totem* aceitou um acordo no valor de \$97.500 para pagamento imediato.³²¹

Após seis meses, *Totem* buscou a anulação do acordo e a recuperação dos valores devidos em razão do contrato original, sob fundamento de *economic duress*, o que foi acolhido pela Suprema Corte do Alasca. *Totem* alegou que sofreu pressões injustas pela *Alyeska*, que intencionalmente causaram a realização do acordo entre as partes, ainda que de forma “involuntária” pela *Totem*. Contudo, a corte destacou que a caracterização da *duress* depende da prova da pressão injusta, e não da situação de necessidade na qual a parte se

³¹⁸ BAR-GRILL & BEM-SHAHAR, *Credible Coercion*, op. cit., p. 753.

³¹⁹ DALZELL, *Duress by economic pressure*, I, op. cit., p. 188.

³²⁰ SCHWATKA, *Contracts: restitution and rescission*, op. cit., p. 428-429.

³²¹ GALT, Hugh Douglas. *Economic duress: a rethinking after Totem*. *Ucla-Alaska Law Review*. Los Angeles, v. 9, 1979/1980, p. 205-206.

encontra. No caso, a situação precária em que se encontrava a empresa originou-se da recusa da *Alyeska* de reembolsar a *Totem* das despesas feitas para executar o transporte do Texas até Long Beach. Além disso, a *Totem* alegou que não tinha outra escolha senão aceitar os termos do acordo em face de sua situação de dificuldades financeiras. Diante dos argumentos, a corte concluiu que “o tipo de conduta injusta e a falta de alternativas tornaram o acordo anulável, com fundamento na *economic duress*”.³²²

Em casos de *duress*, o contrato pode ser anulado somente se a parte coagida tinha justificativas para ceder à pressão, sucumbindo primeiro e depois buscando a anulação, e isso ocorrerá desde que a parte coagida não tenha razoáveis alternativas senão se render à pressão. Uma situação de ameaça de descumprimento contratual pode auxiliar a compreensão do argumento:

Se D ameaça descumprir um contrato a menos que P pague mais do que foi acordado, P pode escolher entre sucumbir ao pedido e tentar obter a restituição depois, com base na *economic duress*, ou se recusar a se render à pressão e processar D por quebra de contrato. A corte não vai garantir a restituição a P se P sucumbiu ao pedido de D, especialmente se P tinha outras opções que não eram inaceitáveis ou irrazoáveis nas circunstâncias. Além disso, a corte quer saber por que P poderia sucumbir primeiro e buscar a restituição depois, especialmente se a recusa em concordar iria salvar a todos os envolvidos de despendar tempo e dinheiro.³²³

Observe-se que a verificação da existência de razoáveis alternativas não pode ser meramente subjetiva, apesar de a análise ter de considerar as circunstâncias do caso. Exemplificativamente, “a falta de gosto pessoal pelo litígio não pode ser considerada suficiente para justificar que a corte considere o remédio como sendo inadequado”.³²⁴

Nesse sentido, poderá contribuir para a análise da existência de razoáveis alternativas “a prática moral e comercial” num determinado ramo negocial. Rick Bigwood cita um exemplo: se a ameaça é um pequeno incômodo que se espera da parte que ignore ou tolere como uma alternativa à proposta contratual feita.³²⁵

³²² GALT, *Economic duress*, op. cit., p. 206.

³²³ BIGWOOD, *Coercion in contract*, op. cit., p. 261.

³²⁴ DALZELL, *Duress by economic pressure*, II, op. cit., p. 382.

³²⁵ BIGWOOD, *Coercion in contract*, op. cit., p. 264.

Em geral, uma razoável ou adequada alternativa envolve a consideração de uma alternativa oferecida pela lei, embora se devam considerar também alternativas de outra ordem, se existirem. A presença desse mecanismo, legal ou não, que possibilite à parte ameaçada não ceder impede-a de buscar a anulação do contrato por *duress* se decidiu ceder à pressão e assiná-lo ou à sua modificação, em casos de ameaça de quebra de contrato.³²⁶

Veja-se o caso de uma ameaça de quebra de contrato pela recusa da entrega dos bens contratados; ameaça que, embora injusta, não caracterizará, *per se*, *economic duress*. É necessário também que a parte ameaçada não possa obter os bens de nenhum outro fornecedor e que o remédio (jurídico) comum para situações de quebra de contrato seja insuficiente ou inadequado. Destaque-se que a possibilidade de substituir o cumprimento do contrato se torna ainda mais difícil em casos em que exista monopólio no fornecimento dos produtos, como ocorreu no infra citado caso *Smith v. William Charlick Ltd.*³²⁷

Para que uma alternativa seja considerada razoável ou aceitável, deve ser efetiva e eficiente como um meio de proteção contra a *duress*, assim como seria a forma judicial para a resolução desse problema. Para tal análise, consideram-se as circunstâncias que circundam o caso, bem como aquelas de ordem subjetiva, a exemplo das características pessoais da vítima (idade, sexo, capacidade, saúde, conhecimentos, relacionamento entre as partes, possibilidade ou disponibilidade para receber aconselhamento jurídico etc.) e a sua opinião sobre as alternativas disponíveis para se escapar da pressão, especialmente se a parte que pressiona tem conhecimento de tais características e opiniões.³²⁸ Esse seria o caso, por exemplo, de uma pessoa em situação financeira perigosa, que fica suscetível, de forma mais intensa, à ameaça de seus devedores de inadimplemento, ou de alguém que possui compromissos com terceiros e vai considerar desastrosa uma eventual “materialização” de ameaça de descumprimento do contrato.³²⁹

Além disso, Ogilvie diz que, quando a “vítima pensa que se submeter é a aposta comercial mais segura, haverá aqui mera pressão comercial, característica da vida comercial” e não caberá, portanto, pedido de restituição. A partir disso, deve-se questionar se a parte se rendeu por falta de alternativas ou se simplesmente tomou uma calculada decisão de negócios, com seus riscos e suas perdas inerentes. E acrescenta: “Deve haver algo insidioso em se

³²⁶ BIGWOOD, *Coercion in contract*, op. cit., p. 264.

³²⁷ *Ibid.*, p. 264, nota 274.

³²⁸ *Ibid.*, p. 265-267.

³²⁹ *Ibid.*, p. 267.

permitir a uma suposta vítima de *duress* explorar sua própria submissão à proposta feita, como resultado de uma deliberada e falha escolha de negócios”, que pressupõe a presença de adequadas ou razoáveis alternativas, o que descaracterizaria a figura da *economic duress*.³³⁰

Acrescenta Bigwood que “corolário da necessidade de considerar objetivamente as circunstâncias e características pessoais da parte que sofre a ameaça” é o dever de se ter uma justificativa “para se esperar mais de algumas partes do que de outras”.³³¹ Por exemplo: um consumidor com recursos financeiros limitados pode razoavelmente sucumbir a uma ameaça de quebra de contrato e resistir à alternativa de levar a discussão do problema a juízo. Contudo, se quem sofre a pressão é um empresário, com recursos para suportar um litígio, pode ser mais real dizer que tal alternativa para ele é efetiva, prática e eficiente, assim como manifestar o seu consentimento primeiro e buscar a restituição depois.

Ogilvie lembra que a distinção entre consumidores e empresários traz uma solução aproximada, pois poderão existir situações em que o empresário possui menor poder de barganha do que o próprio consumidor. Outra diferença que se revela útil na prática é a existente entre um pequeno e um grande empresário. De qualquer forma, quando a diferença de poder de barganha estiver em análise para a composição da *economic duress*, o contexto inteiro da relação entre as partes deve ser considerado.³³²

O mesmo autor assevera ser aceitável que, em transações, em geral, celebradas por consumidores ou em transações em que uma das partes é um homem de negócios comercialmente inapto, haja uma exploração, o que tornaria uma intervenção judicial admissível, quando se considera que tanto empresas pequenas ou grandes, similarmente, podem desenvolver e manter uma posição de monopólio, ou algo próximo a isso, inclusive com o consentimento governamental.³³³

Apesar disso, Ogilvie entende que a doutrina da “desigualdade de poder de barganha” não pode servir como referencial primário para a configuração de *economic duress*, pelas razões que seguem.

³³⁰ Ogilvie, *apud* BIGWOOD, *Coercion in contract*, op. cit., p. 262.

³³¹ *Ibid.*

³³² OGILVIE, *Economic duress, inequality of bargaining power...*, op. cit., p. 312.

³³³ *Ibid.*

Primeiro, o simples fato da existência de diferença entre os poderes de barganha das partes envolvidas numa negociação não indica, necessariamente, que houve excesso em sua utilização durante a negociação. Segundo, seu conceito é vago, além de exigir dos juízes uma análise de mercado, tarefa para a qual, normalmente, os economistas estão aptos a desempenhar. Terceiro, a vagueza de seu conceito acarreta uma incerteza em sua aplicação, que não é aceitável no contexto comercial, onde estabilidade, previsibilidade e certeza são necessárias para que a vida comercial seja mantida eficientemente. Quarto, as cortes, efetivamente, não dispõem de parâmetros para a intervenção, e, em vista das ramificações políticas de excessiva interferência, é mais provável que ocorram menos intervenções. Quinto, se as cortes aplicassem a doutrina de forma muito extravagante, elas ofenderiam a visão geral de que os homens nascem desiguais e que ao talentoso deve ser permitido explorar seus talentos completamente, sem minar a ordem estabelecida. Sexto, cronologicamente, *economic duress* pela ameaça de quebra de contrato advém após o contrato inicial ter sido concluído, embora ainda esteja em execução, então, um exame de um abuso de superior poder de barganha é uma linha secundária de defesa.³³⁴

De acordo com Ogilvie, o caminho para a solução do problema repousa na análise da severidade das consequências da negociação para a parte mais fraca, e não no exercício da superioridade do poder de barganha e na não consideração desse elemento como um fator central para aferição de *economic duress*.³³⁵

Ao final de sua argumentação, M. H. Ogilvie conclui que o critério da inexistência de razoáveis alternativas para a parte que sofre a pressão é definidor da *economic duress*. Para ele, o...

... real indicador que mostra se a vítima estava sob coação é a viabilidade comercial ou a atratividade da alternativa comercial disponível a ela, além da submissão à ameaça. Se a alternativa à submissão é a falência ou a insolvência, ou alguma outra opção comercial desastrosa, há *economic duress*; mas, se a submissão da vítima à ameaça constitui meramente um risco do negócio, há pressão comercial. [...] Quando há outras opções disponíveis, as cortes são chamadas a investigar completamente a sua viabilidade antes de decidir se a vítima se submeteu a *duress* por falta de alternativas, ou simplesmente tomou uma decisão calculada de negócios, com riscos inerentes e perdas. A decisão nunca será fácil, e as cortes serão, ao final das contas, forçadas a se abrir a um envolvimento com o mercado, na medida em que elas terão de decidir que tipos de alternativas são aceitáveis e permissíveis. Aqui, a moralidade comercial e a prática serão seus guias.³³⁶

³³⁴ OGILVIE, Economic duress, inequality of bargaining power..., op. cit., p. 313.

³³⁵ Ibid., p. 314.

³³⁶ Ibid., p. 317. Ver também, do mesmo autor, Economic duress in contract, op. cit., p. 199.

Analisado o requisito da inexistência de razoáveis alternativas, central para a caracterização da figura em exame, passa-se à análise da necessidade de uma troca desproporcional no contrato ou numa modificação que tenha como origem a prática de *economic duress*.

2.2.4. Desproporcionalidade entre as prestações

A histórica conexão entre a figura da *duress*, do direito penal e da responsabilidade civil, obscureceu, de acordo com John Dawson, a principal função da *duress*, que seria a prevenção do enriquecimento sem causa. Essa finalidade sempre teria existido, na proteção às transferências de patrimônio extorquidas pelas formas mais cruéis de violência física, quando está presente a mais óbvia forma de ganhos não justificados e não compensados. Contudo, a ausência de uma teoria de restituição desenvolvida e o limitado escopo dos remédios disponíveis adiaram a definição das funções e das limitações da doutrina da *duress*.³³⁷

O *Restatement (Second) of Contracts* §176(2), que tem por objetivo elencar os requisitos da impropriedade de uma ameaça, começa a sua redação ao determinar que: “Uma ameaça é imprópria se o resultado da troca não apresenta condições justas e...”³³⁸

O próprio John Dawson reconhece que a justiça do resultado da transação celebrada entre as partes também é um elemento a ser considerado na verificação da existência de *economic duress*.³³⁹

É nesse sentido o entendimento de que a teoria da *duress* tem por objetivo realizar um controle da justiça, tanto do processo de negociação, como de seu resultado, com a observação das prestações do contrato originado. Entretanto, as cortes americanas não têm aplicado com frequência esse requisito elencado pelo atual *Restatement*.³⁴⁰

³³⁷ DAWSON, Economic Duress — an essay in perspective, op. cit., p. 282.

³³⁸ GIESEL, A realistic proposal for the contract duress doctrine, op. cit., p. 450, nota 32.

³³⁹ DAWSON, John. Duress through civil litigation I. **Michigan Law Review**. Ann Arbor, v. 45, 1947, p. 598.

³⁴⁰ GIESEL, A realistic proposal for the contract duress doctrine, op. cit., p. 484.

Daí a lição de P. S. Atyiah, quando trabalha a indissociabilidade entre os conceitos de “*substantive fairness*” e de “*procedure fairness*”. A primeira concerne aos resultados da transação, e a segunda, ao processo de negociação que os gerou. Isso fica claro quando afirma: “Ninguém deve permanecer com os frutos de uma negociação obtida por fraude ou por força”.³⁴¹ O autor corrobora a necessidade de as duas formas de justiça contratual estarem interligadas, quando assevera que: “Procedimentos, afinal, afetam os resultados, e é por essa razão que estamos interessados nos procedimentos” (de negociação de um contrato).³⁴²

Acrescenta ainda o autor que, se as condições impostas numa contratação ou numa modificação do contrato originário (um dos casos mais comuns de *economic duress*) fossem bem equilibradas ou proporcionais, não haveria a necessidade de uma parte se valer de ameaças para obter o ajuste. Evidentemente, se o ajuste ou a sua modificação forem obtidos por meio de ameaças contra a vida ou contra a integridade física da outra parte, a análise da proporcionalidade do acordo fica dispensada.³⁴³

Essa indisposição das cortes em utilizar a *economic duress* como uma forma de controle da justiça contratual pode ser explicada pela sua preferência em utilizar a figura da “*unconscionability*”. Entretanto, Greice Giesel sustenta que há parâmetros diferentes entre as teorias, e que, na configuração da *economic duress*, além dos requisitos citados acima, deveria haver uma análise das prestações que tenham sido trocadas.³⁴⁴

Outro fator, talvez o mais importante, para não se considerarem questões de equilíbrio contratual na discussão de teorias como a da *economic duress* é a opção política das cortes americanas de não intervir, senão por razões excepcionais, na liberdade contratual, valor por eles considerado primordial para a manutenção da eficiência das trocas econômicas.³⁴⁵

John Dalzell apresenta uma visão crítica da *economic duress*, referindo a ideia de que a segurança jurídica deve ser preservada, principalmente naqueles pactos celebrados entre homens (leia-se: iguais) numa sociedade organizada, considerando-se que é melhor as partes resolverem os seus problemas autonomamente (realizando uma auto composição) do que os

³⁴¹ ATYIAH, P. S. **Essays on Contract**. Oxford: Oxford University Press, 2001, p. 330.

³⁴² Ibid., p. 333.

³⁴³ ATYIAH, **Essays on Contract**, op. cit., p. 346.

³⁴⁴ GIESEL, A realistic proposal for the contract duress doctrine, op. cit., p. 486.

³⁴⁵ Ibid., p. 487.

levar ao Judiciário, pelo menos em normais circunstâncias.³⁴⁶ Observe-se, porém, que o autor redigiu o texto em 1942, sendo a sua maior preocupação, ainda, a segurança no tráfego negocial, e não tanto a justiça nas relações contratuais.

Apresenta, então, o seguinte caso: o devedor de \$4.260 admite ser este o *quantum* debitório; no entanto, oferece \$4.000. O credor aceita o valor oferecido e passa um recibo de quitação do valor total. Isto faz porque estava diante de pressões financeiras perante os seus credores, ou seja, precisava da quantia, naquele curto espaço de tempo, para cumprir as suas obrigações, e por isso aceita a proposta. Posteriormente, o credor pede a anulação do acordo, respaldando a sua pretensão na doutrina da *economic duress*. A Suprema Corte de Michigan, numa de suas mais importantes decisões sobre a matéria, no caso *Hackley et al. v. Headley*,³⁴⁷ de 1881, rejeitou o argumento da *economic duress*, referindo que:³⁴⁸

Em que consiste o alegado *duress* nesse caso? Simplesmente isso: que o devedor se recusou a pagar a quantia devida, sabendo que o requerente tinha grande necessidade de receber o dinheiro e estaria arruinado caso não recebesse. Hackley e McGordon não fizeram nada para colocar Headley nessa situação, em que o dinheiro fosse tão importante para ele, nem são de qualquer outra forma responsáveis por essa situação, exceto se não pagassem a quantia devida. Nesse caso, a *duress* somente poderia ser considerada na possibilidade posta pelos devedores de não pagar no prazo as suas obrigações. Mas isso não constituiria *duress*, mesmo que o requerente estivesse em dificuldades financeiras. A validade das negociações, de acordo com essa demanda, seria determinada não pela conduta do demandado, mas pelas necessidades do requerente. O mesmo contrato seria válido se celebrado com um homem em situação financeira confortável, seria inválido se feito com uma pessoa pressionada por suas próprias necessidades. Porém, isso seria muito perigoso, assim como a maioria das doutrinas de “injustiça”.³⁴⁹

O outro argumento utilizado pela Corte de Michigan contra a admissibilidade da *economic duress* foi este: o devedor não causou a situação financeira difícil em que estava o credor, o que tornou a ameaça realmente efetiva. Ocorre que o devedor, conscientemente, obteve vantagens a partir daquelas circunstâncias. De qualquer maneira, o fato de o devedor

³⁴⁶ DALZELL, *Duress by economic pressure*, I, op. cit., p. 189.

³⁴⁷ O caso *Hackley et al v. Headley* refere-se à situação em que Headley aceitou como pagamento de uma dívida menos do que ele acreditava ser devido, porque estava com severas dificuldades financeiras. Ver em WERTHEIMER, **Coercion**, op. cit., p. 39.

³⁴⁸ DALZELL, *Duress by economic pressure*, I, op. cit., p. 189.

³⁴⁹ *Ibid.*, p. 189-190.

não ter criado as circunstâncias deveria ser tratado com menor importância, pelo menos em casos de *economic duress*. O devedor do caso de Michigan sabia da situação financeira do credor e ameaçou causar um dano (o não pagamento), consciente de que a ameaça seria praticamente irresistível em virtude das circunstâncias.³⁵⁰

Apesar de muitos doutrinadores e até mesmo juízes, atualmente, discordarem da conclusão a que a Corte de Michigan chegou no caso em comento, a premissa da decisão permanece válida: “Uma condição de extrema dificuldade financeira numa empresa não vai ocasionar *duress* quando a outra parte não foi a responsável por tais circunstâncias”.³⁵¹

No caso *Hochman v. Zigler’s Inc.*, citado abaixo, a situação é oposta, pois Zigler criou a situação de dificuldade para a empresa de Hochman, e, nesse caso, foi acolhida a demanda de anulação do acordo feito e determinada a devolução da quantia paga indevidamente.³⁵²

Analisados todos os requisitos para a aplicação da *economic duress*, passa-se à análise de suas possíveis aplicações na *common law*.

2.3. Possibilidades de aplicação da *economic duress*

2.3.1. Ameaça de descumprimento contratual

Considerando-se a complexidade e a velocidade do mercado atual, as partes contratantes não podem ser consideradas “oniscientes”, pois pode ser “muito custoso, senão impossível, prever em seus contratos todas as futuras eventualidades”. Desse modo, o custo com a realização de um contrato pode ser diminuído se “o direito facilitar e encorajar um comportamento adaptativo das partes”, promovendo o que se poderia chamar de “flexibilidade contratual”. A realização de novos acordos com o objetivo de adaptar o contrato originário a situações não previstas inicialmente é considerada benéfica para as

³⁵⁰ DALZELL, *Duress by economic pressure*, I, op. cit., p. 190. WERTHEIMER, *Coercion*, op. cit., p. 24.

³⁵¹ WERTHEIMER, *Coercion*, op. cit., p. 39.

³⁵² *Ibid.*, p. 40.

partes, na medida em que cria a oportunidade de se revelar, por exemplo, uma boa reputação de um negociante justo, impedindo-se uma das partes de ir à bancarrota.³⁵³

Graham Golver defende que a liberdade que as partes têm de modificar um contrato previamente celebrado é uma das mais importantes, sendo inclusive desejável o seu exercício, principalmente em contratos de longo termo que, via de regra, têm ou deveriam conter cláusulas que possibilitem o seu reajustamento, para o adequar às naturais mudanças que perpassam os contratos que se alongam no tempo.³⁵⁴

De acordo com Henry Mather, “a contratação é um jogo que permite aos jogadores alterar as regras enquanto ele está ‘andando’”. Após a formação do contrato, as partes podem modificá-lo por mútuo consentimento. Contudo, ao se exigir o cumprimento dessa modificação, uma das partes poderá alegar que a modificação pactuada é anulável em razão da existência de *duress*. Nesse contexto, as alegações de *duress* são usualmente baseadas na ameaça de uma parte de quebrar o contrato se a outra não concordar com a modificação. A sua existência dependerá, de acordo com o autor, basicamente, de a ameaça ser injusta e de a parte ameaçada não ter nenhuma outra razoável alternativa.³⁵⁵

Nesses casos, a modificação contratual não está baseada na flexibilidade contratual, que permitiria às partes ajustar o contrato, ao longo de sua execução, em razão de eventos supervenientes, ignorados à época da contratação, mas na ideia de “oportunismo”. O termo “oportunismo” é utilizado pelos economistas para indicar “a prática de monopólios bilaterais, i.e., partes que não têm alternativas práticas senão contratar uma com a outra, usando dessa posição estratégica para tirar vantagens”, mas será aqui utilizado na acepção que lhe deu Roger Halson. Para ele, “o oportunismo ocorre quando uma parte explora a vulnerabilidade de seu parceiro, a qual é criada pelo próprio contrato”.³⁵⁶

Portanto, a discussão acerca da exigibilidade desses acordos modificativos de um contrato originário passa pela tensão entre a necessária flexibilidade contratual e o oportunismo.³⁵⁷ Pondera Dalzell que o sistema de livre competição encoraja o vendedor de uma mercadoria a ameaçar não a entregar se não for pago um preço mais alto que o

³⁵³ HALSON, Opportunism, economic duress and contractual modifications, op. cit., p. 649-650.

³⁵⁴ GLOVER, Developing a test for economic duress in the South African Law, op. cit., p. 291.

³⁵⁵ MATHER, Henry. Contract modification under duress. **South Carolina Law Review**. Columbia, v. 33, n. 4, 1982, p. 615 e 621.

³⁵⁶ HALSON, Opportunism, economic duress and contractual modifications, op. cit., p. 650.

³⁵⁷ Ibid., p. 651.

combinado, quando o comprador é incapaz de suprir as suas necessidades com outro fornecedor em tempo razoável.³⁵⁸

Observe-se que a simples ameaça de descumprimento contratual, *per se*, não poder ser considerada uma forma de *economic duress*, por isso, não se pode prescindir da análise da solicitação que é feita com a utilização da pressão. Isso ocorre porque é aceito na jurisprudência contratual, pelo menos na americana, o que lá se convencionou chamar de “direito holmesiano”, que permite a uma parte contratante decidir se quer cumprir o contrato por ela mesma celebrado ou se prefere pagar as perdas e danos decorrentes do deliberado inadimplemento, com o objetivo de “diminuir suas perdas comerciais”. É claro que os casos de *economic duress* não são aqueles em que a parte propõe não cumprir o contrato e oferece, em troca, o pagamento das perdas e danos. O objetivo dessa referência é demonstrar a falta de preocupação americana com o dogma da *pacta sunt servanda*. Esta visão do descumprimento contratual encontra respaldo também nas teorias de “eficiência da quebra contratual”.³⁵⁹ Contudo, como bem pondera Seddon, o argumento da busca da eficiência contratual não tem aplicação nesse contexto, pois os casos de *duress* envolvem também uma pressão que visa a obter algum outro resultado,³⁶⁰ isto é, envolvem sempre a ideia de “luta suja”.³⁶¹

O oportunismo pode ser explicado por meio do caso hipotético analisado por Roger Halson: em 1º de novembro de 1988, “A Co” contratou com “B Co” a construção de um navio a ser entregue em 1º de janeiro de 1990. Após a encomenda do navio, “A Co” realizou um contrato de locação do navio em construção, muito lucrativo, com “C Co” a iniciar em 7 de janeiro de 1990. Em 1º de janeiro de 1989, “B Co” exigiu da “A Co” um aumento no valor do pagamento do navio, na ordem de 10%, sabendo do compromisso que a “A Co” tinha com o contrato de locação e dos custos elevados que teria para obter outro navio no tempo restante.³⁶²

A solução, segundo o autor, seria promover a execução de acordos que não fossem oportunistas, e não executar os que fossem oportunistas, sendo o desafio o estabelecimento de critérios para se realizar a sua diferenciação.³⁶³

³⁵⁸ DALZELL, *Duress by economic pressure*, I, op. cit., p. 191.

³⁵⁹ BIGWOOD, *Coercion in contract*, op. cit., p. 243-244.

³⁶⁰ Seddon, *apud* BIGWOOD, *Coercion in contract*, op. cit., p. 244, nota 193.

³⁶¹ BIGWOOD, *Coercion in contract*, op. cit., p. 245.

³⁶² HALSON, *Opportunism, economic duress and contractual modifications*, op. cit., p. 650.

³⁶³ *Ibid.*, p. 651.

De acordo com Graham Glover, a primeira característica de um caso de *economic duress* por ameaça de descumprimento contratual é a modificação das circunstâncias existentes no momento da celebração do contrato, de forma a alterar a relação de poder existente entre as partes, colocando-se uma delas numa posição mais sólida, e a outra numa posição vulnerável. Além disso, é comum nessa situação que a parte que teve diminuído o seu poder de barganha precise do cumprimento do contrato sob ameaça, em razão de outros compromissos contratuais assumidos com terceiros, por não lhe ser possível encontrar alguém que possa realizar a prestação.³⁶⁴

Nesta esteira, Rick Bigwood afirma que os direitos decorrentes de uma relação contratual devem “ser levados a sério”,³⁶⁵ e, portanto, uma ameaça de descumprimento deve ser considerada:

Então, se nós queremos levar os direitos “a sério”, os direitos decorrentes da celebração de contratos devem ser tratados igualmente, pela doutrina da *duress*, comparativamente aos direitos à integridade física e à propriedade, mesmo que a violação de um direito decorrente de um contrato não seja vista por alguns como um problema sério, ou não seja vista como uma “contrariedade ao direito” no mesmo sentido em que são vistos os crimes e os atos ilícitos. Mas “dizer que ameaçar uma quebra de contrato não é contrário ao direito no mesmo sentido de que ameaçar a prática de um crime (...) seria negar que os contratos criam direitos”.³⁶⁶

Apesar de uma parte contratante, em regra, poder comunicar a outra que não irá cumprir o contrato, optando por pagar as perdas e danos, se um determinado ajuste no acordo não for realizado, esse comunicado constituirá uma ameaça ilegítima se:

(a) o fim que se busca alcançar não guardar nenhuma relação com os propósitos intrínsecos do direito ou poder usado na busca de o obter; ou (b) embora o fim buscado seja suficientemente adequado para os propósitos aos quais o poder ou o direito destinam-se, a exorbitância da solicitação ou a manifesta injustiça dos resultados da transação tende a demonstrar que a demanda foi, não obstante, um excesso em relação àquele direito ou poder; ou (c) se, separado ou em combinação com os fenômenos descritos em (a) e (b), o exercício do direito ou poder é inconscientemente explorador de uma

³⁶⁴ GLOVER, Developing a test for economic duress in the South African Law, op. cit., p. 293.

³⁶⁵ Rick Bigwood utilizou a expressão no sentido que lhe atribuiu Ronald Dworkin, no ensaio “Levando os direitos a sério” publicado em DWORKIN, **Levando os direitos a sério**, op. cit., p. 283-314.

³⁶⁶ BIGWOOD, **Exploitative Contracts**, op. cit., p. 303.

peculiar suscetibilidade de ser pressionado (*stress*, necessidade, afeição natural e assim por diante).³⁶⁷

A questão de as modificações contratuais serem exigíveis ou não, nos Estados Unidos, pode ser vislumbrada pelo viés da *economic duress* e pelo viés da boa-fé com que as relações negociais devem ser pautadas. No *Restatement (Second) of Contracts* há uma previsão específica sobre a prática de ameaças durante uma negociação, enquanto que no *Uniform Commercial Code (UCC)* há a previsão de que os contratos devem ser negociados com boa-fé.³⁶⁸

Ao longo do UCC duas definições de boa-fé podem ser encontradas. Uma na Seção 1-201 (19), que estabelece que a “boa-fé significa honestidade na conduta ou numa transação determinada”. E na Seção 2-103 (1)(b), a boa-fé, nas relações comerciais, significa “honestidade e observância de padrões comerciais razoáveis de justa negociação no mercado”. Há discussão acerca de qual dos dois parâmetros de boa-fé deva ser considerado para avaliação da exigibilidade da modificação contratual. O primeiro teste seria considerado subjetivo, analisando-se a desonestidade da parte que ameaça não cumprir o contrato se uma modificação não for feita. O segundo teste seria aquele que pondera, de forma objetiva, se a ameaça de não cumprir o contrato, se o mesmo não for modificado, constituiria uma negociação injusta e irrazoável.³⁶⁹ Nessa parte do trabalho, será desenvolvido o argumento da *economic duress*. O argumento da boa-fé será analisado na segunda parte do trabalho.

Pondera Glover que os aspectos gerais citados acima para a caracterização de *economic duress* não podem ser tomados de forma absoluta, sendo admissíveis quatro diferentes “cenários”.³⁷⁰

Na primeira hipótese, uma das partes é responsável pela alteração das circunstâncias que estão no entorno da contratação, e vale-se disso para pressionar a outra parte a realizar a modificação contratual desejada, sob pena de inadimplemento.³⁷¹ Ela pode ser exemplificada com o caso *Hochman v. Zigler’s Inc.*

³⁶⁷ BIGWOOD, *Exploitative Contracts*, op. cit., p. 306-307.

³⁶⁸ UCC § 1-203: “Every contract or duty within this Act imposes an obligation of good faith in its performance or enforcement”. Em tradução livre: “A todo contrato ou dever regulado por este Ato será imposta uma obrigação de boa-fé em seu cumprimento ou execução”.

³⁶⁹ HILLMAN, Robert. Policing Contract Modifications under the UCC: Good Faith and the Doctrine of Economic Duress. *Iowa Law Review*. Iowa City, v. 64, 1978/1979, p. 858.

³⁷⁰ GLOVER, Developing a test for economic duress in the South African Law, op. cit., p. 293.

³⁷¹ Ibid.

Hochman conduzia uma loja cujo prédio era locado, sendo o seu termo final no dia 31 de dezembro de 1945. Seu proprietário, *Zigler Inc.*, recusou-se a renovar o contrato por um longo período, mas permitiu que o locatário permanecesse no imóvel com renovações mensais do contrato. Em fevereiro de 1946, Leo Zigler, presidente da companhia, informou que Hochman deveria desocupar o prédio até o mês de abril. Entretanto, uma alternativa foi posta por Leo Zigler: sugeriu que Hochman encontrasse um comprador para sua empresa. Se um comprador satisfatório fosse encontrado, Zigler garantiria ao comprador da empresa de Hochman a celebração de contrato de locação. Hochman encontrou, então, um possível comprador, Darzentas, e Zigler concordou em lhe conceder um contrato de locação de cinco anos. Darzentas chegou a um acordo com Hochman para que a sua empresa fosse adquirida por \$7.800. Na manhã seguinte, Zigler solicitou que Hochman lhe pagasse \$3.500 referente ao valor da venda da empresa e lhe fez a ameaça: se não recebesse a quantia, não realizaria o contrato de locação com Darzentas, conforme prometido. Hochman concordou, pois não haveria condições de celebrar a venda sem a locação. Buscou, a seguir, a devolução do dinheiro, pois o pagamento teria sido feito sob *duress*.³⁷² A corte deferiu o pedido de Hochman, e nessa oportunidade discutiu o conceito de pressão injusta, por meio da manifestação de V. C. Bigelow:

(...) Se a ameaça é feita para induzir a parte oposta a fazer somente o que é razoável, a corte está apta para considerar a ação ameaçada justa, a menos que ela própria seja injusta. Mas, se a ameaça é feita para fins ultrajantes, um *standard* crítico maior é aplicado à ação ameaçada. Então, nós não precisamos inquirir se a promessa feita por Zigler a Hochman de que a empresa de Zigler arrendaria ao comprador, se o comprador fosse satisfatório para Zigler, era baseada numa boa contraprestação, certa e exigível. A situação que surgiu no momento em que Zigler e Darzentas concordaram com o arrendamento, e Hochman e Darzentas fizeram o seu acordo, foi tal que Zigler e a sua empresa tinham uma obrigação moral de executar o arrendamento. A ameaça de não o realizar para exigir uma grande soma de Hochman constitui *duress*.³⁷³

³⁷² WERTHEIMER, *Coercion*, op. cit., p. 25-26.

³⁷³ Bigelow V. C., *apud* RAFFERTY, *The element of wrongful pressure in a finding of duress*, op. cit., p. 450, e em WERTHEIMER, *Coercion*, op. cit., p. 26.

Destaque-se, ainda, que Zigler não apenas criou o problema de Hochman, mas, também, o usou maliciosamente em seu favor, a fim de obter vantagens num acordo celebrado com Hochman, com o único fim de forçar o pagamento de uma soma extra de dinheiro.³⁷⁴

O primeiro cenário é pouco comum na prática, no entanto, o segundo, a ser descrito a seguir, verifica-se com mais frequência. Ocorre quando a alteração das circunstâncias contratuais, com a conseqüente modificação no poder de barganha das partes, ocorre de forma não imputável a estas, colocando em risco a posição contratual de uma delas. Isto pode ocorrer, por exemplo, em razão da mudança do preço de mercado dos bens contratados, da flutuação da moeda ou de erros de cálculo acerca do valor do contrato. Em tal caso, a parte prejudicada pela alteração das circunstâncias tenta resolver o próprio problema explorando uma posição de fragilidade da outra parte. Então a ameaça de descumprimento contratual pode ter dois objetivos: (i) transferir a suportação dos riscos que cabiam a uma parte quando da contratação com a outra ou (ii) adquirir novas vantagens, isto é, vantagens que não estavam previstas no contrato e que, portanto, não poderiam pleitear.³⁷⁵

No caso (i), os referidos riscos eram expressa ou implicitamente previstos para uma das partes, que, valendo-se de uma ameaça de descumprimento contratual, tenta transferi-los para a outra parte, que necessita do adimplemento. Tal situação pode ser exemplificada com o caso *North Ocean Shipping Co. Ltd. v. Hyundai Construction Co. Ltd. (The Atlantic Baron)*, que tratou da variação do preço de um contrato para a construção de um navio-tanque, celebrado em 1972, fixado em dólares americanos.³⁷⁶

A *Hyundai* contratou com a *North Ocean* a construção de um navio-tanque por \$3.095.000, valor a ser pago em cinco prestações. Esta transação foi concluída num período de crise da *OPEC (Organization of the Petroleum Exporting Countries)*, sendo notório que a moeda e a economia americana estavam sob pressão. Apesar de tal fato ser conhecido, a *Hyundai* optou por fixar o preço do contrato em dólares americanos. Após o pagamento da primeira prestação, o dólar desvalorizou-se em 10%, e, na tentativa de cobrir o prejuízo, a *Hyundai* solicitou que o valor das quatro prestações faltantes fosse acrescido de 10%, sob pena de parar a construção do navio-tanque. Acrescente-se a isto o fato de a *Hyundai* ter conhecimento de a *North Ocean* estar negociando um lucrativo contrato de locação do navio-

³⁷⁴ GLOVER, Developing a test for economic duress in the South African Law, op. cit., p. 293-294.

³⁷⁵ Ibid., p. 294.

³⁷⁶ DADSON, *The Atlantic Baron*, op. cit., p. 223. RAFFERTY & ENGLAND, *Contractual variations*, op. cit., p. 636.

tanque com a *Shell*, e qualquer ameaça de o referido navio-tanque não ser entregue colocaria em risco essa lucrativa negociação. Em razão disso, a *North Ocean* concordou em pagar o incremento de 10% sobre as quatro prestações faltantes.³⁷⁷ O navio-tanque foi entregue em novembro de 1974 e, em julho de 1975, a *North Ocean* solicitou a devolução dos 10% pagos adicionalmente.³⁷⁸

A ação postulada pela *North Ocean* foi baseada em dois argumentos: o primeiro foi no sentido de considerar que o acordo para pagamento de 10% a mais sobre o preço contratado não continha *consideration*, e o segundo: o contrato era anulável em razão da existência de *economic duress*.³⁷⁹

A partir dos fatos colocados, a conclusão a que se chegou para a caracterização da *economic duress* foi a de que a “*Hyundai* deliberadamente explorou a delicada posição de barganha em que se encontrava *North Ocean* diante da *Shell*, ameaçando uma quebra de contrato, e, portanto, induziu a *North Ocean* a concordar com a realocação dos riscos de desvalorização do dólar, um risco previsível que a *Hyunday* contratualmente assumiu.”³⁸⁰

Além disso, Mr. J. Mocatta considerou também como “crucial” para a caracterização da *economic duress* a “inadequação dos remédios legais disponíveis para a *North Ocean*”, nos seguintes termos:

Eu penso que os fatos encontrados nesse caso estabelecem que o acordo de aumento do preço em 10% realizado no final de junho de 1973 foi causado pelo que pode ser chamado de *economic duress*... Os proprietários (do navio-tanque) poderiam ter postulado uma indenização contra o estaleiro, com todas as inevitáveis incertezas do litígio, mas, tendo em vista a posição dos proprietários em sua relação com a *Shell*, não seria razoável afirmar que este era o caminho que deveriam ter seguido.³⁸¹

Outro aspecto que poderia ser destacado no caso em comento é a utilização da doutrina designada “*frustration*”, em razão da superveniência de fatores externos que

³⁷⁷ GLOVER, Developing a test for economic duress in the South African Law, op. cit., p. 294-295. Para a descrição dos fatos, ver também DADSON, The Atlantic Baron, op. cit., p. 223-224.

³⁷⁸ DADSON, The Atlantic Baron, op. cit., p. 224. GOFF & JONES, **The Law of Restitution**, op. cit., p. 229. OGILVIE, Economic duress, inequality of bargaining power..., op. cit., p. 299.

³⁷⁹ DADSON, The Atlantic Baron, op. cit., p. 224.

³⁸⁰ GLOVER, Developing a test for economic duress in the South African Law, op. cit., p. 295.

³⁸¹ Mr. J. Mocatta, *apud* DADSON, The Atlantic Baron, op. cit., p. 227.

escapam do campo de atuação das partes. Contudo, esse argumento sequer veio à baila porque as prestações principais decorrentes do contrato permaneceram intactas, e, além disso, uma desvalorização de 10% no valor do dólar era razoavelmente previsível naquele momento.³⁸²

Rick Bigwood considera este um caso típico em que a pressão utilizada para o “convencimento” da parte para que concorde com a modificação do contrato tem uma natureza “exploradora”, “pois não ocorreu nenhuma mudança no ambiente contratual que justificasse a demanda feita”. São exemplos flutuações no mercado, erro no cálculo do preço do contrato ou simplesmente uma tentativa de recuperar oportunidades perdidas no momento da contratação.³⁸³

M. H. Ogilvie, inclusive, questiona a adequação da figura da *economic duress* num caso em que a doutrina da “*frustration*” não pôde ser utilizada, concluindo pela sua inaplicabilidade, a não ser que os elementos configuradores da *economic duress* sejam bem demarcados.³⁸⁴

Observe-se a contrariedade de M. H. Ogilvie ao reconhecimento de *duress* no caso citado acima, pois considera que a decisão de pagar 10% a mais no valor da prestação, concernente à desvalorização da moeda americana, foi uma decisão comercial válida, como resultado de uma pressão comercial ordinária. Vários argumentos sustentam esse ponto de vista: o comprador do navio teve acesso a aconselhamento jurídico ao longo da negociação e, nessa oportunidade, foi-lhe informado que a solicitação de pagamento extra não possuía respaldo, e, ainda assim, o pagamento foi efetuado. Além disso, o autor presume que os advogados da *North Ocean* a tenham informado acerca de outras alternativas legais que poderiam ser eficientes na situação. Acrescente-se o fato de a *North Ocean* não ter tido dificuldade de encontrar a soma extra solicitada, que foi, inclusive, pontualmente adimplida, com recursos próprios. Outros aspectos ainda podem ser destacados: as negociações com a *Shell* não se revelaram, de nenhuma forma, prejudicadas ou influenciadas em razão da solicitação feita pela *Hyundai*. O fato é que a *North Ocean* teria mais benefícios com o pagamento dos 10% solicitados do que com a sua recusa. A real reclamação da *North Ocean* foi que auferiu um lucro menor do que tinha planejado. “Será a avareza excessiva um

³⁸² OGILVIE, *Economic duress, inequality of bargaining power...*, op. cit., p. 300.

³⁸³ BIGWOOD, **Exploitative Contracts**, op. cit., p. 336-337.

³⁸⁴ OGILVIE, *Economic duress, inequality of bargaining power...*, op. cit., p. 300.

fundamento suficiente para uma restituição judicial decorrente de um contrato?”, pergunta Ogilvie.³⁸⁵

Cabe aqui analisar com mais vagar o argumento da inexistência de *consideration* como fator determinante, ou não, para a caracterização de *economic duress*. Tal discussão passa pela análise da assim chamada “*pre-existing duty rule*”.

A “*pre-existing duty rule*” tem como pressuposto que “uma modificação contratual é, propriamente, um contrato que requer a existência de *consideration*, e a regra do ‘dever preexistente’ proclama que uma promessa de fazer a alguém o que já se está legalmente obrigado a fazer não constitui *consideration* válido”. Dessa forma, uma promessa de um comprador de pagar um preço mais alto é inexigível se, em contrapartida, o vendedor promete, meramente, realizar a mesma prestação a qual já estava obrigado pelo contrato originário.³⁸⁶ Dito de outra forma, quando alguém se obriga contratualmente perante outra pessoa, não é permitido que se obtenha uma remuneração maior para a realização de algo que já estava, anteriormente, prometido.³⁸⁷

De acordo com Corbin, a razão para a recusa em reconhecer como *consideration* uma promessa para cumprimento de um dever preexistente é que tal reconhecimento encorajaria os contratantes a “jogar desonestamente”.³⁸⁸ Contudo, a exigência de novo *consideration* para o contrato modificado é apenas um “pequeno obstáculo, e não um efetivo desencorajador da *duress*”, pois a parte que dela se vale para obter a modificação do contrato pode inserir um *consideration* mínimo na alteração contratual, para buscar descaracterizar a inexistência de contrapartida no novo ajuste.³⁸⁹

³⁸⁵ OGIIVIE, *Economic duress, inequality of bargaining power...*, op. cit., p. 300-301.

³⁸⁶ MATHER, *Contract modifications under duress*, op. cit., p. 616. Ver também SUTTON, *Duress by Threatened Breach of Contract*, op. cit., p. 554.

³⁸⁷ HALSON, *Opportunism, economic duress and contractual modifications*, op. cit., p. 662. Ver também VIRGO, *The Principles of the Law of the Restitution*, op. cit., p. 199-200, e FRIED, *Contrato como Promessa*, op. cit., p. 43: “O mecanismo formal para tratar desses casos de modificação de promessas é a doutrina de que não apenas a contraprestação (*consideration*) deve ser negociada, mas também ser ‘fresca’ — de que o promitente não pode, na verdade, vender duas vezes a mesma coisa. Assim, talvez pudéssemos acrescentar a A e B uma nova premissa: o que é dado ou prometido em troca de uma promessa não pode ser algo já devido ao promitente”. BIGWOOD, *Exploitative Contracts*, op. cit., p. 330, quando define a regra do dever preexistente como “uma regra que determina que uma modificação contratual não será exitosa, a menos que seja suportada por novo *consideration*, o qual não é fornecido pelo cumprimento ou pela promessa de cumprimento de suas obrigações contratuais preexistentes”.

³⁸⁸ Corbin, *apud* MATHER, *Contract modifications under duress*, op. cit., p. 616.

³⁸⁹ MATHER, *Contract modifications under duress*, op. cit., p. 616.

Dois casos clássicos da jurisprudência americana ilustram a utilização da regra do dever preexistente para anular ajustes obtidos mediante *duress*. O primeiro é o *Lingenfelder v. Wainwright Brewing Co.*, de 1891. A última, uma cervejaria, fez uma promessa de pagar uma compensação adicional a um arquiteto que se recusou a continuar a cumprir o seu contrato. A corte considerou o pagamento da soma extra inexigível pela falta de *consideration* e indicou, expressamente, a natureza extorsiva do novo ajuste. O segundo é o *Alaska Packers' Ass'n v. Domenico*, de 1902, no qual uma promessa de pagamento de salários maiores por parte do empregador aos pescadores empregados foi considerada sem *consideration* e, portanto, inexigível, pois a modificação nos contratos, em ambos os casos, foi obtida mediante a utilização de *duress*.³⁹⁰

Outro caso da jurisprudência australiana, decidido pela Suprema Corte de New South Wales, pode ser também colacionado. É o *Sundell & Sons v. Emm Yannoulatos (Overseas) Pty. Ltd.*, em que uma quantidade de ferro foi encomendada de *Emm Yannoulatos (Overseas) Pty. Ltd.* para que *Sundell* pudesse cumprir contrato previamente celebrado com a *Queensland Housing Commission*. Ocorre que *Emm Yannoulatos (Overseas) Pty. Ltd.* se recusou a entregar a encomenda de ferro contratado, a menos que *Sundell* pagasse soma extra, pois sabia que, se a encomenda não fosse entregue, a *Sundell* inadimpliria o seu contrato com *Queensland Housing Commission* (órgão governamental da Austrália), pois não havia possibilidade de o referido insumo ser obtido de outra forma. A corte permitiu que a *Sundell* pedisse a restituição da quantia paga em excesso a *Emm Yannoulatos (Overseas) Pty. Ltd.*³⁹¹

A principal objeção da parte ré foi no sentido de que a ameaça de descumprimento contratual não constituiu *duress*, e, além disso, argumentou que os direitos previstos para a *Sundell* no primeiro acordo foram substituídos pelos novos termos do segundo ajuste. Em relação a esse argumento, a corte australiana assim se manifestou:³⁹²

Mesmo que tal promessa (de pagar a soma extra) tenha sido feita como alegado, nós somos da opinião de que ela não obrigará porque, para ela, não havia *consideration*... Toda promessa alegadamente dada ao autor pelo réu

³⁹⁰ MATHER, Contract modifications under duress, op. cit., p. 616, nota 2.

³⁹¹ BEATSON, Duress as a vitiating factor in contract, op. cit., p. 114. SUTTON, Duress by Threatened Breach of Contract, op. cit., p. 567-568, e GOFF & JONES, **The Law of Restitution**, op. cit., p. 227. RAFFERTY & ENGLAND, Contractual variations, op. cit., p. 635.

³⁹² SUTTON, Duress by Threatened Breach of Contract, op. cit., p. 568.

por meio do assim chamado “segundo acordo” era idêntica à promessa dada no acordo original.³⁹³

Contudo, a ineficácia da regra do dever preexistente para tal intento já foi percebida, tanto pelas cortes americanas quanto pelas inglesas. As primeiras atentaram para a sua “artificialidade”, e as segundas notaram a necessidade de “refinamento e limitação de sua aplicação”.³⁹⁴ No mesmo sentido o *Uniform Commercial Code*, na Seção 2-229 (1), quando descarta a necessidade de observância da regra “*pre-existing duty rule*”. O substrato dessa compreensão passa pelo reconhecimento de que às práticas comerciais saudáveis é indispensável a possibilidade de os contratos serem modificados ao longo de sua execução.³⁹⁵

M. H. Ogilvie conclui no mesmo sentido, isto é, de que a análise da existência de *consideration* no novo acordo não pode ser um critério primário para a caracterização de *economic duress*.³⁹⁶ Também Rick Bigwood defende a ideia de que a simples análise do *consideration* é insuficiente para se aferir se uma modificação contratual foi obtida por meio de coerção. Por isso, destaca que a análise dos elementos da *economic duress* é, para tal finalidade, mais importante.³⁹⁷

Aleck Dadson, ao analisar *The Atlantic Baron*, já descrito acima, também considerou impróprio o argumento da falta de *consideration* para tornar inexigível o segundo acordo realizado no sentido de se evitar o descumprimento do contrato. Afirma que grandes companhias, como as envolvidas no *The Atlantic Baron*, *Hyundai* e *North Ocean*, têm capacidade de avaliar as vantagens e desvantagens de cada decisão. Assim, a parte demandada a pagar mais somente aceitará tal solicitação depois de analisar fontes alternativas de fornecimento. Por exemplo, a *North Ocean* “deve ter concluído que pagar uma soma extra de dinheiro para o estaleiro é mais barato e mais conveniente do que encomendar outro navio

³⁹³ Corte Australiana, *apud* SUTTON, *Duress by Threatened Breach of Contract*, op. cit., p. 568.

³⁹⁴ BIGWOOD, *Coercion in contract*, op. cit., p. 240. OGILVIE, *Economic duress, inequality of bargaining power...*, op. cit., p. 316. Contra: Calamari e Perillo afirmam que “as Cortes defenderam a regra do dever preexistente como sendo um método salutar na prevenção de modificações contratuais coercivas. Agora que o *Uniform Commercial Code* e outra legislação permitem uma modificação contratual sem *consideration*, parece claro que outras técnicas precisam ser desenvolvidas para se evitarem modificações coercitivas”. Calamari e Perillo, *apud* MATHER, *Contract modifications under duress*, op. cit., p. 624. HALSON, *Opportunism, economic duress and contractual modifications*, op. cit., p. 657, quando afirma que a “*pre-existing duty rule*” ainda tem papel importante na Inglaterra para proteger os contratantes de extorsão.

³⁹⁵ HILLMAN, *Policing Contract Modifications under the UCC*, op. cit., p. 849.

³⁹⁶ OGILVIE, *Economic duress, inequality of bargaining power...*, op. cit., p. 316.

³⁹⁷ BIGWOOD, *Exploitative Contracts*, op. cit., p. 331.

para outro estaleiro ou alugar outro navio”, de modo que, aqui, a satisfação da pretensão terá um valor ainda maior para a *North Ocean*, o que justificaria o aumento do preço do contrato. A vantagem então auferida pela *North Ocean* nada mais seria do que o cumprimento do contrato originalmente assinado. Este caso pode bem demonstrar a insuficiência do critério da falta de *consideration* para a caracterização da *economic duress*.³⁹⁸

Isso fica também claro pela redação da Seção 2-209 (1) do *Uniform Commercial Code* (UCC) e da Seção 89 (a) do *Restatement*. A Seção 2-209 (1) do UCC diz:

Um acordo de modificação de um contrato neste artigo não precisa de *consideration* para ser obrigatório. Embora o texto do UCC não faça referência à *duress*, o Comentário 2 à Seção 2-209 indica que a modificação do contrato deve “passar pelo teste” da boa-fé, de forma que a extorsão de uma modificação sem uma razão comercial legítima será inexigível. Passar por esse teste significa que os termos do ajuste contratual devem ser justos, no que concerne ao preço aumentado. Essa conclusão pode ser retirada da previsão do UCC no que se refere a uma negociação feita de acordo com a boa-fé. Esse dever de boa-fé é criado pela Seção 1-203, que impõe uma obrigação de boa-fé durante o cumprimento do contrato. Para o caso de relações comerciais, boa-fé significa “honestidade de fato e a observância de *standards* comerciais razoáveis ou de justa negociação no mercado”.³⁹⁹

Em síntese, o UCC impõe dois requisitos para que uma modificação contratual seja exigida, dentre os quais não está incluída a necessidade de novo *consideration*:

(1) A parte que requer a modificação do contrato deve ter uma razão comercial legítima; e (2) os termos da modificação devem ser justos quando visualizados no contexto da legítima razão comercial e à luz de *standards* comerciais de justa negociação. Pela Seção 2-209 (1) do UCC, *consideration* não é exigido.⁴⁰⁰

Já a Seção 89(a) do *Restatement (Second) of Contracts* estabelece que “uma promessa modificadora de um dever de um contrato ainda não completamente cumprido será obrigatória (...) se a modificação é justa e equitativa em vista de circunstâncias não previstas pelas partes quando o contrato foi feito”. Regra esta aplicada para modificações contratuais

³⁹⁸ DADSON, The Atlantic Baron, op. cit., p. 225.

³⁹⁹ MATHER, Contract modifications under duress, op. cit., p. 617.

⁴⁰⁰ Ibid., p. 618.

em que falte *consideration*.⁴⁰¹ Logo, pela Seção 89 do *Restatement*, para uma modificação contratual ser exigível, devem estar presentes dois requisitos: “(1) A razão para a modificação deve estar relacionada a circunstâncias não previstas quando o contrato original foi formado; e (2) a modificação deve ser justa e equitativa”. Mas, como o próprio Henry Mather acrescentou, a justiça e a equidade da modificação devem ser analisadas quando vistas “no contexto da razão para a modificação e à luz de aplicáveis *standards* de justiça”.⁴⁰²

Acrescente-se à análise a Seção 176 (1)(d) do *Restatement*, que estabelece que uma ameaça de quebra de contrato é “imprópria” se “a ameaça é uma quebra do dever de boa-fé e justa negociação sob um contrato com o receptor” (da ameaça). De acordo com o diploma citado acima, a boa-fé requer “fidelidade a um propósito comum acordado e consistência com as expectativas justificadas da outra parte; isso exclui a variedade de tipos de conduta caracterizados como de má-fé porque elas violam padrões de decência, justiça ou razoabilidade”.⁴⁰³

No caso (ii), ainda referente ao segundo cenário, uma das partes aproveita-se de uma alteração das circunstâncias para retirar novas vantagens da relação contratual, por meio da modificação do contrato original ou da criação de um segundo contrato. O caso a seguir exemplifica a hipótese aqui descrita: *Occidental Worldwide Investment v. Skibs (The Siboen and The Sibotre)*.⁴⁰⁴

No *Occidental Worldwide Investment v. Skibs (The Siboen and The Sibotre)*, dois navios-tanque (*The Siboen* e *The Sibotre*) foram locados, em 1970, pelo valor de £4,40, por tonelada, por mês, pela *Concord Petroleum Ltd.*, subsidiária da *Occidental Worldwide Investment*, para transportar petróleo do Golfo Pérsico. Devido à crise instaurada no mercado petrolífero, a empresa locatária solicitou a redução do valor da locação e criou uma situação para que a proprietária dos navios tivesse a falsa percepção de que a *Occidental* não tinha patrimônio e que, em razão da crise, sofrera graves prejuízos. A *Occidental* ameaçou que não reconheceria o contrato de locação e que permitiria que a *Concord Petroleum* fosse à falência se o valor do contrato não fosse reduzido. A pressão exercida sobre os proprietários do navio foi intensificada pelo fato de o potencial inadimplemento do contrato de locação colocar a empresa proprietária dos navios em dificuldades em razão da depressão do mercado.

⁴⁰¹ MATHER, Contract modifications under duress, op. cit., p. 618.

⁴⁰² Ibid., p. 619-620.

⁴⁰³ Ibid., p. 622, baseado nos *Comments* feitos ao *Restatement*.

⁴⁰⁴ OGILVIE, Economic duress, inequality of bargaining power..., op. cit., p. 297 e segs.

Acrescente-se a isso o fato de os navios estarem hipotecados e os proprietários contarem com a renda do contrato de locação para adimplir a referida hipoteca, o que era de conhecimento dos locatários. Diante de tal pressão, os proprietários pareciam não ter alternativa, a não ser conceder a redução da taxa. Por volta de 1973, houve uma retomada gradual do mercado petrolífero, e, com isso, os locatários voltaram a auferir grandes lucros. Dessa forma, os proprietários solicitaram o retorno ao valor original do contrato de locação, sob pena de ele ser cancelado. Os locatários recusaram a proposta e então os proprietários dos navios-tanque suspenderam o transporte, sendo, por isso, processados pela *Occidental*.⁴⁰⁵

Os proprietários do navio, em seara judicial, alegaram que os termos da renegociação eram nulos, ou em razão de *misrepresentation* ou em razão de *economic duress*. No julgamento, Mr. Justice Kerr entendeu que os locatários eram responsáveis pela fraude, mas não poderiam ser condenados por *misrepresentation* ou por *duress*, pois, conforme afirmação do juiz:

... não houve coerção da vontade nem protesto, e os proprietários admitiram que consideraram o acordo voluntário, então agiram sob grande pressão, mas somente pressão comercial, mas não sob algo que o direito pudesse considerar como coerção da vontade que pudesse viciar o consentimento.⁴⁰⁶

M. H. Ogilvie critica a posição de Kerr, pois acredita que de fato o acordo foi voluntário, mas assim o foi porque, para o proprietário do navio, somente existiam alternativas piores, como a falência e a possibilidade de talvez não conseguir adimplir a hipoteca dos referidos navios. Então, na mesma esteira de Mr. Holmes, estando-se diante de dois males e escolhendo-se o menor, presta-se genuíno consentimento. Ogilvie, em razão disso, considera que a análise do consentimento não é o melhor caminho para a distinção do que seja uma mera pressão comercial de *economic duress*.⁴⁰⁷

Este caso está apto a demonstrar os argumentos que caracterizam o segundo cenário, no qual uma alteração nas circunstâncias, não imputável a nenhuma das partes, é manejada por uma delas a fim de exigir da outra vantagens a que não teria direito.

⁴⁰⁵ OGILVIE, *Economic duress, inequality of bargaining power...*, op. cit., p. 297.

⁴⁰⁶ *Ibid.*, p. 297-298.

⁴⁰⁷ *Ibid.*, p. 298.

O terceiro cenário trazido por Graham Glover é aquele em que uma das partes explora a posição da outra acreditando que teria o direito de fazer isso, isto é, acreditando que a sua proposta de renegociação é razoável e justificável e que a outra parte se recusa a negociar um acordo justo. Tal hipótese difere das duas primeiras citadas, pois nelas a parte que explora faz isso deliberadamente.⁴⁰⁸ Entretanto, destaca Glover que o fato de a parte agir de boa-fé, acreditando não lesar direito alheio, não torna lícita a conduta do autor da ameaça.⁴⁰⁹

São os casos em que, embora não existam mudanças nas circunstâncias que possam afetar os riscos assumidos pelas partes, ainda assim uma parte propõe uma renegociação do contrato, ou o seu rompimento, acreditando que faz isso honestamente. Contudo, mesmo que nesse caso a parte esteja agindo de boa-fé, nada sustenta a sua posição, podendo ocorrer, apesar da boa-fé, *economic duress*.⁴¹⁰

Rick Bigwood também trabalha com esta hipótese, chegando à mesma conclusão, em razão de dois argumentos:

Primeiro, a menos que haja uma mudança nas circunstâncias que afete a distribuição original dos riscos entre as partes contratantes, não deveria importar o que a parte que pressiona acredita ter direito de fazer. Todas as coisas estando iguais, a obrigação de cumprir o contrato é estrita, e não há nada que objetivamente justifique a exigência feita. Segundo, considerando que nesses tipos de casos de *economic duress* há, virtualmente, sempre, uma ameaça de um lado que vai além da mera ameaça de propor uma ação em razão de seus direitos honestamente percebidos, é claro que a boa-fé de uma parte não deve impedir que se encontre *duress*.⁴¹¹

O quarto cenário refere-se a situações em que determinada circunstância imprevista ocorre e, portanto, tal risco não era de responsabilidade de nenhuma das partes. Então, uma das partes propõe a renegociação do contrato, sabendo que a possibilidade de a outra se recusar ou de se retirar não é tão forte quanto a que existia no momento da contratação. Tal cenário pode ser explicado pela situação hipotética citada por Glover. “P” contrata a execução de uma obra de um grande empreendimento imobiliário. Durante as

⁴⁰⁸ GLOVER, Developing a test for economic duress in the South African Law, op. cit., p. 296.

⁴⁰⁹ Ibid., p. 297.

⁴¹⁰ BIGWOOD, Coercion in contract, op. cit., p. 249.

⁴¹¹ BIGWOOD, **Exploitative Contracts**, op. cit., p. 337-338.

escavações, os operários colidem num veio de granito que não foi identificado nos estudos do solo feitos preliminarmente. “P” tem conhecimento de que não poderá realizar a obra no valor inicialmente orçado. “P” então propõe uma modificação do contrato, a fim de cobrir o custo extra causado pela descoberta do veio de granito, e, em não sendo atendido, avisa que poderá ocorrer alguma forma de quebra do contrato. Considerando o desgaste ocasionado por uma discussão judicial nesse momento da contratação, “Q” concorda com a proposta de modificação do contrato.⁴¹²

No exemplo citado, “a exploração da posição de ‘Q’ por ‘P’ não poderia ser considerada imprópria, pois foi apenas uma forma de resolver um problema causado por uma pressão comercial legítima”, eis que a renegociação implementada teria sido justa e razoável naquelas circunstâncias, pautando-se por um critério de proporcionalidade.⁴¹³

Este é o caso, então, em que as circunstâncias supervenientes não foram criadas, nem pela parte que ameaça, nem pela materialização de riscos previstos e assumidos pelas partes, expressa ou implicitamente. São os casos em que o evento ocorrido afeta os riscos assumidos, pelo menos pela parte que ameaça. Nesta situação, a solicitação feita de pagamento de mais do que aquilo inicialmente acordado pode ser perfeitamente razoável e justificável. É o caso de alguém que assume a obrigação de realizar uma escavação mas que inesperadamente encontra uma rocha muito dura. Nesse caso, não é razoável afirmar que o pedido de alteração contratual seja explorador ou oportunista, a menos que o valor solicitado esteja além do necessário para proteger os seus interesses.⁴¹⁴

Desta forma, a modificação demandada seria justa e equitativa quando ela é uma resposta à alteração de circunstâncias que não foram previstas no contrato, refletindo apenas o impacto da alteração. Portanto, se há uma “relação de proporcionalidade entre a mudança das circunstâncias e a magnitude das modificações contratuais ocorridas, então a proposta de quebra sob aquelas circunstâncias não deveria ser considerada como uma ameaça ilegítima”.⁴¹⁵

⁴¹² GLOVER, Developing a test for economic duress in the South African Law, op. cit., p. 299-300. Ver também BIGWOOD, **Exploitative Contracts**, op. cit., p. 339.

⁴¹³ GLOVER, Developing a test for economic duress in the South African Law, op. cit., p. 300.

⁴¹⁴ BIGWOOD, Coercion in contract, op. cit., p. 250.

⁴¹⁵ Ibid., p. 251.

A partir dos “cenários” citados acima, é possível retirar-se um guia para a definição de se determinada ameaça de descumprimento contratual pode ser caracterizada como sendo caso de *economic duress*.

Por meio dessas considerações, Rick Bigwood defende que se deve presumir que a ameaça de quebra contratual é ilegítima. A ele parece razoável, pois em todos os casos a parte que ameaça tem conhecimento da situação de vulnerabilidade da outra parte e busca manipular ou controlar o processo de tomada de decisão. Contudo, deve-se considerar a possibilidade de a parte dissolver essa presunção, demonstrando que a modificação em questão não é o resultado de uma ilegítima pressão, mas, ao contrário, seria justificável em qualquer circunstância. Deverá, para tanto, buscar demonstrar que: (1) não causou o risco que levou a mudança das circunstâncias e que (2) a alternativa apresentada era razoável, o que pode ficar evidente pela presença de proporcionalidade entre as novas prestações, isto é, a nova prestação é apenas o necessário para cobrir os “custos-consequências” da continuidade do cumprimento contratual nas novas circunstâncias.⁴¹⁶

Quando a ameaça de abandonar uma negociação ou de quebrar um contrato já existente é séria, as únicas opções reais para a parte ameaçada são aceitar ou rejeitar a ameaça e suportar as consequências. Quando a parte ameaçada não possui razoáveis alternativas, ela não quer suportar as consequências da quebra do contrato e prefere render-se às ameaças. A única maneira de assegurar a performance desejada é aceitar a concessão exigida. Mas, de acordo com a atual doutrina da *economic duress*, a parte ameaçada não precisa fazer tal concessão, porque o direito a considera uma coação, e como tal torna o contrato anulável, precisamente, quando razoáveis alternativas não estão disponíveis. Antecipando que a concessão feita vai ser revogada, a parte “armada” com uma ameaça não vai importar-se com a *nonperformance*, pois irá simplesmente desistir do acordo. Assim, quando a ameaça é crível, é do interesse da parte ameaçada que a sua concessão seja forçada. Somente quando a ameaça não é crível (*credible*) é que a parte ameaçada poderá obter algum benefício com a anulação posterior do contrato, sem comprometer os interesses que tentou tutelar cedendo à coação.⁴¹⁷

É o que ocorre no seguinte caso de *business compulsion* enunciado por Hamish Stewart: “B” tem um contrato de fornecimento de radar para “Y” e um subcontrato com “A”

⁴¹⁶ BIGWOOD, Coercion in contract, op. cit., 251.

⁴¹⁷ BAR-GRILL & BEM-SHAHAR, Credible Coercion, op. cit., p. 754.

de fornecimento de alguns componentes a um certo preço. Depois que o contrato foi celebrado, o preço de mercado dos componentes sobe substancialmente. “A” ameaça não entregar os componentes a que se comprometeu, a menos que “B” pague um preço maior. “B” sabe que pode conseguir os componentes em outro lugar e ajuizar uma ação por quebra de contrato, porém não consegue obter os componentes em tempo de evitar uma quebra do contrato com “Y” e ser obrigado a pagar uma pesada penalidade pelo inadimplemento.⁴¹⁸

A ameaça de quebra contratual ocorre, então, quando uma parte sofre a pressão de pagar uma soma extra em dinheiro para receber bens ou serviços que já tinha contratado. Usualmente, os bens ou serviços são únicos e somente podem ser obtidos da outra parte. Exemplifica-se com o seguinte caso: a companhia *Cheatum* é a única fabricante de um aparelho e concordou em vender cem deles para a *Wicket Corporation* por \$2.500. Notando um aumento nos pedidos, a vendedora disse que somente entregaria a mercadoria por \$5.000. A corte, notando a vantagem que *Cheatum* possuía e o fato de ser a única a disponibilizar o produto no mercado, ordenou o vendedor a manter o preço inicial, obrigando-o a restituir os \$2.500 por aparelho.⁴¹⁹

Outro caso citado nessa esteira é o *Austin Instruments Inc. v. Loral Corp.*⁴²⁰ A *Loral Corp.* realizou contrato com a marinha americana para o fornecimento de radares e uma subcontratação com a *Austin Instruments* para fornecimento de 23 das 40 peças de precisão necessárias para a fabricação de tais radares. *Austin* propôs à *Loral* a realização de um novo contrato para o fornecimento não mais das 23 mas das 40 peças necessárias para a fabricação dos radares, o que foi negado pela *Loral*, que manifestou o desejo de subcontratar o fornecimento das peças faltantes para um dos concorrentes da *Austin*, cujo preço era inferior ao praticado por ela.⁴²¹

A *Austin* recusou-se a aceitar a decisão e afirmou que, se a *Loral* não realizasse com ela o segundo subcontrato de fornecimento, bem como pagasse um aumento no preço dos suprimentos, não iria entregá-los. A *Loral* concordou com a realização do segundo contrato, bem como com o incremento do preço no primeiro contrato de fornecimento, em razão de seu compromisso com a marinha, uma vez que ela seria incapaz, no espaço de tempo disponível, de obter os componentes com outro fornecedor. Além disso, mais dois fatores

⁴¹⁸ STEWART, A Formal Approach to Contractual Duress, op. cit., p. 181.

⁴¹⁹ BALDWIN & WHITESIDE, **Introduction to contracts**, op. cit., p. 46.

⁴²⁰ GLOVER, Developing a test for economic duress in the South African Law, op. cit., p. 296.

⁴²¹ Ibid.

preocupavam a *Loral*: (i) o contrato com a marinha tinha uma cláusula penal cujo valor era substancial para o caso de descumprimento contratual; (ii) boa parte dos negócios da companhia estava sendo direcionada ao governo, e o descumprimento daquele contrato em especial poderia colocar em risco futuros negócios.⁴²²

Assim se manifestou-se a *Loral Corp.*, ao aceitar os termos das exigências da *Austin Instruments*:

Nós fervorosamente examinamos outras fontes de fornecimento e vimos que, em razão das exigências militares imperantes, e como eles teriam que começar do nada, tais fornecedores não teriam como, mesmo remotamente, entregar em tempo os equipamentos com as exigências feitas pelo Governo... Por conseguinte, fomos deixados sem nenhuma escolha ou alternativa, senão aceitarmos as condições.⁴²³

Bar-Grill e Bem-Shahar comentaram que a Corte de Apelação de Nova Iorque utilizou dois argumentos para autorizar a devolução dos valores cobrados em excesso da companhia: a inexistência de razoáveis alternativas para o comprador e a inadequação do remédio disponível para uma eventual quebra de contrato. Os juízes entenderam, no entanto, que era necessário que o comprador demonstrasse que não encontrou no mercado outro fornecedor que pudesse entregar a mercadoria no prazo necessário para o cumprimento da obrigação para a credora da mercadoria.⁴²⁴

Foi exatamente neste sentido o comentário de C. J. Fuld:

Entretanto, uma mera ameaça de uma parte de quebrar um contrato, não entregando os itens encomendados, embora injusta, não constitui, ela própria, *economic duress*. É necessário também que a parte ameaçada não possa obter os bens de outra fonte de fornecimento e que o ordinário remédio de uma ação por quebra de contrato não seja adequado.⁴²⁵

⁴²² RAFFERTY, The element of wrongful pressure in a finding of duress, op. cit., p. 439, e GLOVER, Developing a test for economic duress in the South African Law, op. cit., p. 296.

⁴²³ *Loral Corporation*, apud GIESEL, A realistic proposal for the contract duress doctrine, op. cit., p. 455.

⁴²⁴ BAR-GRILL & BEM-SHAHAR, Credible Coercion, op. cit., p. 754.

⁴²⁵ RAFFERTY, The element of wrongful pressure in a finding of duress, op. cit., p. 438. MATHER, Contract modifications under duress, op. cit., p. 621, nota 20, e SUTTON, Duress by Threatened Breach of Contract, op. cit., p. 570.

Pode-se concluir, então, que não houve dificuldade para a corte perceber que a conduta de *Austin* foi extorsiva, pois “ela não tinha direito ao segundo contrato, mas usou o prazo que a *Loral* tinha para com a marinha para a induzir a reverter a sua decisão original e concordar com as modificações, bem como com a realização de um subcontrato com *Austin*”.⁴²⁶

Os casos descritos acima são explicados por Rick Bigwood como sendo situações em que, após a formação do contrato, as circunstâncias se alteram de modo a proporcionar uma mudança no poder de barganha de uma das partes. O resultado da alteração é uma “tentação” de se valer dessa vantagem estratégica recém adquirida ou descoberta para se extraírem concessões ou renegociações dos termos de um contrato. Tal tentação pode ser evitada em razão de uma preocupação com a reputação da empresa no mercado ou com a manutenção de uma relação contratual de longo prazo (incluindo aí a perda de futuras contratações).⁴²⁷ Entretanto, se a parte que ameaça quebrar o contrato tem conhecimento de que a sua solicitação significa mais do que o permitido, a sua conduta somente será justificável excepcionalmente como, por exemplo, numa situação em que o contrato original se tornou inexecutável em razão de alterações inesperadas nas circunstâncias.⁴²⁸

Nos casos de *duress* por ameaça de quebra de contrato, outro obstáculo com que se defronta a vítima da coerção (que terminou por se submeter ao pagamento extra solicitado para que o acordo contratual fosse cumprido) é o princípio geral segundo o qual um pagamento feito em razão de um pedido honesto não deve ser restituído. A honestidade do pedido pode ser aferida por eventual protesto ou reclamação que a vítima realiza no momento de efetuar o pagamento.⁴²⁹

Há um consenso no sentido de que uma modificação num contrato não poderá ser exigida se tiver sido extraída de forma “opressiva, extorsiva, exploradora ou inescrupulosa”. Todos estes adjetivos descrevem, basicamente, a preocupação do direito em impedir que alguém tire vantagem estratégica injusta de alguém em situação de vulnerabilidade, que pode se desenvolver: “(1) durante o curso do cumprimento contratual; e (2) somente porque a parte, estando isolada de outras razoáveis alternativas, deve confiar na relação contratual originalmente existente”. Disto decorre que modificações contratuais assim obtidas e nessas

⁴²⁶ GLOVER, Developing a test for economic duress in the South African Law, op. cit., p. 296.

⁴²⁷ BIGWOOD, Coercion in contract, op. cit., p. 238-239.

⁴²⁸ SUTTON, Duress by Threatened Breach of Contract, op. cit., p. 575.

⁴²⁹ RAFFERTY, The element of wrongful pressure in a finding of duress, op. cit., p. 438.

circunstâncias são consideradas ofensivas porque resultam de uma consciente exploração da conhecida situação de vulnerabilidade de outro, além de serem ineficientes economicamente.⁴³⁰

Essa modificação contratual oportunista foi justamente o que aconteceu no caso *Alaska Packers' Ass'n. v. Domenico*.⁴³¹ A companhia *Alaska* contratou pescadores, em São Francisco, para uma viagem de pesca de salmão. Quando o barco chegou às águas do Alasca, os trabalhadores declararam que somente realizariam a tarefa se o pagamento combinado antes da viagem aumentasse. Diante da impossibilidade de substituir os trabalhadores em virtude da curta estação de pesca de salmão no Alasca, a companhia aceitou pagar o aumento solicitado quando do retorno a São Francisco.⁴³²

Pode-se concluir que modificações contratuais que atendam a novas circunstâncias inesperadas pelas partes serão exigíveis, não caracterizando o dito oportunismo e atendendo aos critérios de eficiência econômica.⁴³³ A lição abaixo transcrita, de Henry Mather, elucida a ideia:

Quando um contrato é formado, as partes se tornam prisioneiras de uma relação que criaram. Embora não possam escapar das obrigações dessa relação, deve-lhes ser garantida a possibilidade de modificar aquelas obrigações quando ambas desejarem. Mas uma relação contratual envolve dependência, e a dependência atrai a coerção e a exploração. Confrontada com uma modificação contratual coerciva, a corte deve fazer o que as partes foram incapazes de fazer. Deve impedir a exploração...⁴³⁴

Por meio das discussões acima, uma noção contemporânea da *duress* por ameaça de quebra de contrato pode ser resumida da seguinte forma:

⁴³⁰ BIGWOOD, *Coercion in contract*, op. cit., p. 245.

⁴³¹ POSNER, *Economic Analysis of Law*, op. cit., p. 115.

⁴³² *Ibid.*, p. 100. Deve-se ponderar que, para a análise econômica do direito contratual, a existência de voluntariedade ou de coerção é irrelevante. Nesse sentido, “para Posner, o direito contratual tem três funções: prover incentivos para um comportamento eficiente, reduzir os custos de transação pelo fornecimento de ‘cláusulas contratuais implícitas’ e facilitar o planejamento. Dessa forma, quando um juiz está decidindo se deve ou não executar um determinado contrato, não precisa considerar os direitos ou os interesses das partes individuais, mas somente os efeitos que a sua decisão terá em contratos futuros”. STEWART, *A Formal Approach to Contractual Duress*, op. cit., p. 224.

⁴³³ CSERNE, *Duress in Contracts*, op. cit., p. 14.

⁴³⁴ MATHER, *Contract modifications under duress*, op. cit., p. 658.

Uma modificação é anulável por “A” com base em *duress* se (1) “B” injustamente ameaçou quebrar o contrato original se “A” não concordasse com a modificação, e se (2) “A” concorda com a modificação porque não tem razoáveis alternativas; a ameaça de “B” era injusta se os termos da modificação são injustos quando vistos no contexto da razão para a ameaça e à luz dos padrões de justiça comunitários.⁴³⁵

Contudo, considerada a vagueza da expressão “justiça”, Henry Mather propõe que a existência de *duress* nas ameaças de quebra de contrato seja analisada com base em dois parâmetros: (1) modificações que não ocasionem dano para a outra parte e (2) que a ameaça ocorra em circunstâncias justificáveis.⁴³⁶

De acordo com o pensamento do autor, não haverá *duress* se o cumprimento da modificação feita no contrato não colocar a parte que o alega em situação econômica pior, comparativamente à situação em que estaria se houvesse o adimplemento do contrato em seus termos originais. Isto é, para que haja *duress* a ameaça deve causar dano.⁴³⁷

A interpretação das circunstâncias justificáveis a ocasionar modificação contratual sem caracterização de *duress* aproxima-se daquela feita pelo *Comment b* ao §89 do *Restatement*, que requer “razões objetivamente demonstráveis para buscar a modificação”, que não precisam ser nem imprevistas nem imprevisíveis. O referido *Comment* sugere que “uma circunstância superveniente pode justificar uma modificação contratual, mesmo que ela fosse prevista como uma possibilidade remota”. Se alguma circunstância prevista pode justificar uma modificação contratual, nenhum evento previsto deve ser excluído com fundamento de que foi previsto como uma forte probabilidade, ao invés de uma remota possibilidade, porque na prática a sua diferenciação é difícil.⁴³⁸

Seguem alguns exemplos de circunstâncias justificáveis:

(1) o vendedor solicita uma modificação para aumentar o preço do contrato porque o valor de uma matéria-prima necessária subiu desde a formação do contrato; (2) o vendedor requer um aumento do preço porque uma terceira

⁴³⁵ MATHER, Contract modifications under duress, op. cit., p. 622.

⁴³⁶ Ibid., p. 625 e segs.

⁴³⁷ Ibid., p. 625. Observe-se contraponto feito por DAWSON, Economic Duress — an essay in perspective, op. cit., p. 253 e segs., quando afirma que pode haver *duress* mesmo quando o segundo acordo coloca as duas partes numa situação melhor, comparativamente ao contrato originário. Isso ocorreria quando da exploração de superior poder de barganha para impor os novos termos que resultam numa excessivamente desigual troca de valores.

⁴³⁸ MATHER, Contract modifications under duress, op. cit., p. 628, nota 36.

parte ofereceu pagar mais que o preço estabelecido no contrato com o comprador para os mesmos bens ou serviços (assumindo que o vendedor não é um fornecedor com uma inesgotável produção e não consegue fornecer os bens ou serviços para a parte e para o terceiro ao mesmo tempo); (3) o vendedor descobre que, devido a um erro no cálculo dos custos, contratou a um preço abaixo do seu preço de custo e solicita, portanto, um aumento no preço; (4) o comprador descobre que não pode usar os bens encomendados do vendedor para o propósito que tinha em mente quando realizou o contrato original e solicita, então, uma modificação no sentido de reduzir o preço do contrato.⁴³⁹

Deve-se olhar também para a situação econômica da parte coagida ao tempo da assunção da modificação contratual, isto é, deve-se ponderar se “a melhor alternativa que a parte tinha além da alteração do contrato a colocaria em situação pior do que aquela ocasionada pelo cumprimento da alteração contratual”. Se isto ocorrer, considera-se que a parte tinha apenas “alternativas piores”. O objetivo dessa análise é descobrir se o consentimento da parte foi coagido. Se a parte teria concordado com a modificação, mesmo na ausência da pressão da outra, não se poderá falar de coação.⁴⁴⁰

Se a parte que alega a existência de *duress* tinha apenas piores alternativas, presumidamente, concordará com a modificação contratual proposta, mesmo que a última lhe cause prejuízo, pois as alternativas eram, economicamente, ainda mais gravosas. Logo, na ausência de outros motivos como a generosidade, pode-se concluir que a parte “não teria concordado com a modificação na ausência de ameaça, e, então, o seu consentimento para a modificação foi coagido”.⁴⁴¹

Entretanto, se a parte que alega sofrer *duress* tivesse uma alternativa que não fosse economicamente prejudicial ou uma que melhorasse a sua posição econômica e, ainda assim, concorda em realizar a modificação do contrato, e com isso perde a oportunidade de evitar um prejuízo, pode-se inferir que a parte detinha um motivo de ordem não econômica para consentir com a modificação.⁴⁴²

Destaque-se que, ordinariamente, a parte coagida possui alternativas piores porque o remédio legal disponível para uma ameaça de descumprimento contratual, além de ser inadequado para atender às expectativas da parte diante do contrato original, coloca a

⁴³⁹ MATHER, Contract modifications under duress, op. cit., p. 628-629.

⁴⁴⁰ Ibid., p. 629-630.

⁴⁴¹ Ibid., p. 630.

⁴⁴² Ibid.

parte numa situação pior do que aquela causada pela aceitação da modificação contratual. Normalmente, o remédio jurídico para a quebra de um contrato é inadequado em razão da incerteza do sucesso da demanda judicial. Além disso, toda quebra contratual envolve os chamados custos de transação, que, isoladamente, já são suficientes para tornar a quebra contratual e o seu respectivo remédio uma alternativa economicamente pior do que a modificação contratual proposta.⁴⁴³

A partir da análise dos elementos necessários para a configuração de *economic duress* em casos de ameaça de quebra contratual — quais sejam: (1) a ausência de justificativas para a proposta de modificação contratual e (2) a existência de apenas alternativas piores para a parte que sofre a ameaça —, Henry Mather desenvolveu quatro tipos de modificações contratuais, que serão, a seguir, analisadas: “*the sympathetic amendment*”, “*the unlikely amendment*”, “*the holdup amendment*” e “*the dual distress amendment*”.⁴⁴⁴

No primeiro caso, “*the sympathetic amendment*”, ou “modificação solidária”: a parte que ameaça descumprir o contrato, a menos que ele seja modificado, apresenta a superveniência de circunstâncias que justificam o fato de o cumprimento contratual, nos termos nos quais foi celebrado, ser menos vantajoso do que o previsto quando da contratação. Nesse caso, a parte ameaçada possui algumas alternativas à modificação do contrato; alternativas que são melhores ou tão boas quanto a aceitação da modificação do contrato.⁴⁴⁵

Seria, por exemplo, a situação de uma compra e venda de bens acordada no valor de \$50.000. Os custos previstos pelo vendedor eram de \$45.000, mas, depois, descobre que os seus custos são, na realidade, de \$60.000 e indica ao comprador que não poderá cumprir o contrato pelo preço inicial acordado de \$50.000. A partir disso, existem duas possibilidades: (1) o comprador rejeita a proposta de modificação e o vendedor quebra o contrato. Se considerarmos que o comprador pode adquirir os mesmos bens por \$55.000 e que pode recuperar \$5.000 a título de perdas e danos, e que, para isso, gastará \$1.000, depreende-se que o custo líquido para a obtenção dos bens é de \$51.000, isto é, bem menos do que o valor de \$60.000 solicitado pelo vendedor. Nessa situação, o comprador teria uma boa alternativa à proposta de \$60.000 feita pelo vendedor. (2) O comprador concorda com a solicitação de aumento de preço do contrato para o valor de \$60.000. Discute-se, aqui, se esse acordo será exigível em razão da ameaça de descumprimento do contrato. O fato de o comprador ter uma

⁴⁴³ MATHER, Contract modifications under duress, op. cit., p. 631-632.

⁴⁴⁴ Ibid., p. 632 e segs.

⁴⁴⁵ Ibid., p. 633.

alternativa mais eficiente economicamente e, ainda assim, realizar o novo acordo faz presumir que o comprador possuía razões de outra ordem para assentir, e, dessa forma, presume-se que não haverá *duress* e o acordo será exigível.⁴⁴⁶

A segunda possibilidade é chamada pelo autor de “*unlikely amendment*”, ou “modificação improvável”, que ocorrerá quando a parte que ameaça quebrar o contrato não apresenta circunstâncias que demonstrem que o cumprimento do contrato em seus termos originais será menos lucrativa do que o previsto no momento da contratação. Nessa situação, se a parte ameaçada tiver alternativas que a coloquem numa posição mais vantajosa ou tão vantajosa quanto a que detinha no momento da contratação, não poderá alegar que apenas aceitou a modificação do contrato porque estavam disponíveis apenas alternativas piores. Tal cenário é chamado pelo autor de improvável porque, se o comprador sequer dispõe de alguma situação que agravou a posição do vendedor para “simpatizar” com a solicitação, é realmente improvável que a modificação contratual ocorra. Contudo, se ela vier a ocorrer por motivos que não são de ordem econômica, deverá, na opinião do autor, ser exigível, pois, assim como na “modificação solidária”, se deve observar a política de que os acordos necessitam ser exigíveis, a menos que não tenham sido celebrados de forma voluntária.⁴⁴⁷

A terceira hipótese é chamada de “*holdup amendment*”, ou, numa tradução livre, “modificação à mão armada”. Nela, a parte que ameaça inadimplir o contrato não apresenta circunstâncias que justifiquem a necessidade de sua modificação, e, além disso, a parte ameaçada dispõe somente de piores alternativas àquela proposta pela parte que ameaça descumprir o contrato. Seria o caso, citado pelo autor, de um contrato de compra e venda de bens, cujo preço foi ajustado em \$10.000. Após a formação do contrato, sem nenhuma circunstância superveniente que altere a previsão de lucro para o contrato, o vendedor solicita uma modificação contratual em que o preço passaria para \$11.000, e, caso ela não seja aceita, ameaça então com o descumprimento contratual.⁴⁴⁸

A partir do exemplo enunciado, decorrem algumas possibilidades: na primeira, o comprador rejeita a modificação do contrato e busca os bens em outro fornecedor, a um preço de \$12.000. O comprador pode buscar uma indenização de \$2.000 com o vendedor, mas as despesas legais alcançarão \$1.500. Então, o custo líquido para a obtenção dos bens, em caso

⁴⁴⁶ MATHER, Contract modifications under duress, op. cit., p. 633.

⁴⁴⁷ Ibid., p. 634-635.

⁴⁴⁸ Ibid., p. 636.

de quebra, será de, pelo menos, \$11.500. Lembre-se: caso ele tivesse aceito a modificação, o seu custo para a obtenção dos mesmos bens seria de \$11.000.⁴⁴⁹

De acordo com Henry Mather, tais acordos “parecem com um assalto à mão armada”, por isso a denominação escolhida para tal hipótese. Esses acordos não têm sido considerados exequíveis pelas cortes americanas, pois o comprador dispõe apenas de alternativas piores, e, nesse caso, por certo que também não estão presentes justificativas de ordem não econômica para tal. Desta forma, depreende-se que essa modificação contratual, economicamente danosa para o comprador, foi obtida mediante coação. Para aprofundar a justificativa para a inexigibilidade de tais acordos, o autor sugere seja a análise das eventuais crenças do vendedor sobre as suas possibilidades de ganhos com o contrato celebrado abandonada em favor de uma análise de circunstâncias objetivamente econômicas.⁴⁵⁰

Parte então da ideia de que a principal função do direito contratual é a de facilitar trocas que tragam benefícios mútuos. Isto leva a crer que, se duas partes acordam a realização de uma futura troca de recursos econômicos, será porque essa troca, presumidamente, acarreta benefícios mútuos. Caso contrário, o contrato sequer teria sido celebrado.⁴⁵¹ Tais trocas alcançariam o “ótimo de Pareto”, isto é, colocariam pelo menos uma pessoa numa situação melhor e ninguém em situação pior. Dito de outra forma, uma troca que traga benefícios mútuos atinge o “ótimo de Pareto” se a “troca não produz efeitos danosos em terceiros”.⁴⁵²

Observe-se, entretanto, que, quando as partes realizam um acordo considerado um “*holdup amendment*”, a probabilidade de se alcançar o “ótimo de Pareto” será pequena, pois, como demonstrado no exemplo acima, o comprador concorda com a modificação que o coloca em posição economicamente pior se comparada à posição em que estava no contrato originário, assim fazendo para evitar situação economicamente ainda mais desvantajosa se, eventualmente, aceitasse a quebra contratual e fosse buscar os referidos bens no mercado.⁴⁵³

⁴⁴⁹ MATHER, Contract modifications under duress, op. cit., p. 636.

⁴⁵⁰ Ibid., p. 636-637.

⁴⁵¹ Ibid., p. 637.

⁴⁵² Ibid., p. 637, nota 54.

⁴⁵³ Ibid., p. 639.

Em alguns casos, as circunstâncias exploradoras, embora não tenham sido criadas pela parte que ameaça, são insuficientes para afetar os riscos assumidos pelas partes. Tais casos envolvem circunstâncias antecipadas ou, pelo menos, previstas pelas partes ao tempo da contratação, porque é possível identificar a assunção do risco por qualquer das partes. E a exploração ocorre justamente quando uma parte percebe a vulnerabilidade da outra e busca utilizar a sua posição de superioridade para realocar riscos por ela própria previamente assumidos. Esses casos envolvem uma simples mudança ou flutuação do mercado, a posterior descoberta de um erro na negociação que prejudica a posição da parte que realiza a ameaça. Nesse contexto, o uso da pressão é explorador e injusto, na medida em que envolve um poder para se alcançarem fins estranhos ao contrato e buscar vantagens não negociadas pelas partes.⁴⁵⁴

Na situação hipotética enunciada acima, o cumprimento do contrato de compra e venda, estando o preço entre \$10.000 e \$11.000, será melhor para ambas as partes do que a quebra do contrato, que seria mais onerosa.⁴⁵⁵

A quarta hipótese trata da modificação contratual chamada de “*dual distress amendment*” ou, numa tradução livre, “modificação duplamente difícil”, que ocorreria quando a parte que ameaça quebrar o contrato demonstra a existência de circunstâncias que justificam a demanda por uma modificação do contrato, aliada ao fato de a parte ameaçada dispor apenas de alternativas piores comparadas à proposta feita para que o contrato não seja rompido. O autor exemplifica a hipótese: o vendedor (um industrial) realiza contrato de compra e venda de bens com o comprador no valor de \$10.000, estimando que os seus custos seriam de \$8.000 e que o seu lucro seria de \$2.000. Entretanto, o vendedor descobre que os seus custos serão \$12.000 e solicita ao comprador que o preço do contrato seja, então, \$13.000, informando-lhe que não poderá cumprir o contrato se o seu valor se mantiver em \$10.000. O comprador aceita pagar \$13.000 pelos bens porque tem apenas alternativas piores, considerando que a quebra do contrato custaria ao comprador, pelo menos, \$14.500.⁴⁵⁶

Considerando-se que a proposta de modificação seja aceita, podem-se vislumbrar duas situações: uma delas passa pela dificuldade de se exigir o acordo, em razão da presunção de que foi assinado em razão de *duress*, e a outra, pela real existência de circunstância que

⁴⁵⁴ BIGWOOD, Coercion in contract, op. cit., p. 247-248.

⁴⁵⁵ MATHER, Contract modifications under duress, op. cit., p. 640.

⁴⁵⁶ Ibid., p. 643.

justifica ao vendedor solicitar a modificação do contrato original, a fim de evitar prejuízo de \$2.000.⁴⁵⁷

Presumindo-se que a parte ameaçada aceita a modificação proposta porque reconhece que o novo acordo a coloca em posição mais vantajosa do que a colocaria a quebra do contrato e que a parte que ameaça quebrar o contrato planeja cumprir o novo acordo também por ser mais vantajoso do que o inadimplemento do contrato, deveria o direito contratual incentivar o cumprimento do referido acordo, ou seja, o atingimento, aqui, do “ótimo de Pareto”.⁴⁵⁸

Pondera Henry Mather que, em casos de “*dual distress amendment*”, o cumprimento do acordo ou a sua total desconsideração talvez não seja a melhor alternativa, na medida em que o cumprimento parcial do novo acordo pode ser preferível a uma decisão extrema, para qualquer dos lados. Contudo, a ferramenta da análise econômica do direito, que poderia contribuir para a busca da medida desse cumprimento parcial do novo acordo, indica apenas qual a medida mais eficiente, mas não necessariamente a mais equitativa.⁴⁵⁹

Como alternativa à solução proposta pelas teorias da análise econômica do direito, Henry Mather propõe a busca de um “*equitable term*”, isto é, que as partes busquem uma justa e equilibrada distribuição dos prejuízos. Por esta perspectiva, seria exigível o acordo modificativo que distribuísse o prejuízo de \$4.000 de forma equânime, de modo a que cada uma das partes suportasse \$2.000. O autor faz, inclusive, uma crítica às teorias que considerariam exigíveis acordos de qualquer valor, desde que abaixo daquilo que a parte ameaçada despenderia com a quebra contratual.⁴⁶⁰

Estudados os cenários em que se admite a aplicação de *economic duress* como ameaça de descumprimento contratual, continua-se a análise com a hipótese de ameaça de não realização de contratos futuros.

2.3.2. Ameaça de não realização de contratos futuros

⁴⁵⁷ MATHER, Contract modifications under duress, op. cit., p. 643.

⁴⁵⁸ Ibid., p. 645.

⁴⁵⁹ Ibid., p. 646 e 648.

⁴⁶⁰ Ibid., p. 649.

A ameaça de não realização de negócios futuros constitui uma das situações mais comuns de ameaças legítimas e tem o efeito de aplicar considerável pressão sob a outra parte. Ordinariamente, tal ameaça não está apta a constituir *duress*, pois não consegue atender aos critérios estabelecidos por Wertheimer⁴⁶¹ para a sua caracterização: “*two-pronged duress inquiry*”, isto é, “*the choice prong*” e “*the proposal prong*”.⁴⁶² Nesse caso, especialmente o teste “*choice prong*” apresenta dificuldades para ser atendido, pois, “considerando-se um mercado competitivo, estarão disponíveis outras alternativas de fontes de fornecimento, e a vítima de tal coerção deveria ser obrigada a optar por essas (outras fontes de fornecimento disponíveis), ao invés de se submeter à ameaça”.⁴⁶³

Em contrapartida, Goff e Jones, citando o *Restatement (Second) of Contracts* americano, entendem que a ameaça de não celebrar novos contratos poderá constituir *duress*, mediante a análise do processo de realização e dos resultados da referida transação. Entendem, então, que a ameaça de não realizar negócios futuros poderá ser considerada imprópria se, e somente se, a parte que sofre a ameaça está, substantivamente, em posição de desvantagem na negociação e se, de acordo com as circunstâncias do caso, um elemento de impropriedade no procedimento das negociações está presente.⁴⁶⁴

A discussão dessa possibilidade de *duress* foi pautada pelo caso *Smith v. William Charlick Ltd.*, ocorrido na Austrália, na segunda década do século XX. O demandante, proprietário de um moinho, comprava o seu trigo da *Wheat Harvest Board*, que detinha um monopólio estatutário. Tanto a *Wheat Harvest* quanto o demandante tinham conhecimento de que não havia outra fonte de fornecimento de trigo. A empresa *Wheat Harvest* solicitou ao demandante, em relação ao trigo já vendido e pago, uma “sobretaxa”, além e acima do preço do contrato original. *Wheat Harvest* deixou claro que o não pagamento da referida “sobretaxa” resultaria na não realização de contratos futuros de fornecimento de trigo. Embora sob protesto, o proprietário do moinho efetuou o pagamento solicitado, pois temeu que o seu negócio fosse à ruína se não aceitasse a referida solicitação. Em juízo, o

⁴⁶¹ WERTHEIMER, *Coercion*, op. cit., p. 29 e segs.

⁴⁶² BIGWOOD, *Coercion in contract*, op. cit., p. 222 e 223.

⁴⁶³ *Ibid.*, p. 223, nota 109.

⁴⁶⁴ Goff & Jones, *apud* BIGWOOD, *Coercion in contract*, op. cit., p. 223. Lembre-se o texto do §176 (2) do *Restatement (Second) of Contracts*: “... (2) Uma ameaça é imprópria se o resultado da troca não é justo, e se (a) o ato ameaçado causaria dano ao receptor e não beneficiaria de forma significativa a parte que faz a ameaça; (b) a efetividade da ameaça na indução da manifestação do consentimento é significativamente aumentada por um anterior acordo injusto feito pela parte que faz a ameaça; ou (c) o que é ameaçado é, por outro lado, o uso de poder para fins ilegítimos”.

demandante solicitou a devolução da “sobretaxa”, com fundamento no fato de a nova negociação ter sido feita sob *duress*. A maioria da Suprema Corte da Austrália considerou improcedente o pedido, pois entendeu que a exigência feita por *Wheat Harvest* não era ilegal, pois ela seria perfeitamente livre para ameaçar não celebrar contratos futuros. Além disso, o pagamento feito seria uma forma de impedir que a *Wheat Harvest* fizesse algo que possui a liberdade de fazer. É de se observar, entretanto, que essa decisão data de 1924.⁴⁶⁵

Para demonstrar a correção da decisão, pelo menos para os padrões da época, Rick Bigwood retoma a diferenciação feita alhures entre ameaça e oferta, tendo como ponto de partida a posição em que se encontrava *William Charlick* (o proprietário do moinho). Inicialmente, cabe referir que é compreensível o fato de *William Charlick* ter considerado a oferta da *Wheat Harvest* uma ameaça, pois colocaria a sua companhia numa posição pior em relação ao que estava antes. Entretanto, de acordo com o autor, é justamente aqui que deve haver adequada ponderação entre uma abordagem de *duress* psicológica e outra normativa. De acordo com os padrões da época, a *Wheat Harvest* tinha o direito de se recusar a realizar novos negócios com *William Charlick*, e o risco de o primeiro realmente o exercer deveria ser considerado e previsto pelo segundo (estando este risco em sua esfera jurídica de atuação comercial). Desta forma, mesmo assumindo que *William Charlick* tivesse a expectativa de que a *Wheat Harvest* continuasse a lhe fornecer trigo, tal expectativa não poderia ser sustentada de maneira razoável. Apesar do comportamento aparentemente ameaçador do fornecedor do trigo, ele estava, na realidade, em 1920, propondo deixar *William Charlick* numa posição melhor em relação à sua posição inicial, na medida em que haveria garantia para novas contratações. É de se reconhecer que a oferta feita (e não a ameaça) não era de fato generosa; pelo contrário, foi um exercício egoísta de um direito, que *Charlick* não poderia razoavelmente recusar, mas que ainda assim não o torna coercivo.⁴⁶⁶

Em casos modernos de ameaça a interesses econômicos da outra parte, deve-se ponderar que não há um dever incondicional, para a parte em posição de superioridade, de assistir aos interesses daqueles com problemas no mercado, mas, em contrapartida, há um dever negativo de não explorar, conscientemente, as necessidades dos outros. E foi dessa maneira que a *Wheat Harvest* agiu no caso em comento, considerando-se que tinha um monopólio de venda do trigo e estava ciente das sérias necessidades do comprador. Uma

⁴⁶⁵ BIGWOOD, *Coercion in contract*, op. cit., p. 225, 226 e 232. Ver também: SUTTON, *Duress by Threatened Breach of Contract*, op. cit., p. 562, e HALSON, *Opportunism, economic duress and contractual modifications*, op. cit., p. 660-661. GOFF & JONES, **The Law of Restitution**, op. cit., p. 237.

⁴⁶⁶ BIGWOOD, *Coercion in contract*, op. cit., p. 232.

eventual recusa da “oferta” feita resultaria na ruína de seus negócios, para o que não existia um adequado remédio.⁴⁶⁷

A vantagem estratégica significativa que resultou das respectivas posições das partes e o conhecimento da *Wheat Harvest Board* da mesma foram abusadas quando a *Board* usou a sua posição dominante para vantagem própria; usou o seu poder para garantir um benefício ao qual não tinha direito — legal ou moral — e que não estava, de nenhuma maneira, conectado às funções ou aos poderes destinados à *Board* pela legislação do momento. Além disso, aqui foi oficialmente criado um monopólio público atrativo em ações privadas, em detrimento de um cidadão que era dependente, para a sua subsistência, da provisão do monopólio.⁴⁶⁸

Entretanto, o que na época do caso foi entendido como uma mera oferta, na conjuntura atual poderia ser claramente considerado como uma ameaça coercitiva. Em sua obra *Exploitative Contracts*, Rick Bigwood manifesta a sua opinião no sentido de considerar legítima a “proposta” feita pela *Wheat Harvest*, de acordo com os padrões da época, destaque-se. Embasa o seu ponto de vista:

A possibilidade ou o risco de a *Wheat Harvest* exercer este direito deve estar “inscrito” no rol (*baseline*) de direitos de *Charlick*, em 1920. Mesmo assumindo que *Charlick* tinha, de fato, a expectativa de que a *Wheat Harvest* continuasse fornecendo trigo no futuro, tal expectativa seria, por uma análise normativa do rol de direitos atribuíveis a *Charlick* no momento, e dos *standards* prevalecentes no momento, irrazoável. Então, apesar do aparente comportamento ameaçador da *Wheat Harvest*, ele estava, em 1920, de fato, propondo colocar *Charlick* numa posição melhor relativamente ao seu rol de direitos inicial (*baseline*): a *Wheat Harvest* estava aumentando as opções de *Charlick*, fazendo uma oferta. Pode não ter sido uma oferta generosa, mas foi uma oferta. E, mesmo que se tratasse de um exercício interessado de um direito por parte da *Wheat Harvest* ou de uma oferta que *Charlick* não poderia razoavelmente recusar, isso não torna a oferta feita coerciva.⁴⁶⁹

Vale citar o voto dissonante de J. Higgins, que, à época dos fatos, já considerou a pressão exercida pela *Wheat Harvest* como ilegítima:

⁴⁶⁷ BIGWOOD, *Coercion in contract*, op. cit., p. 234.

⁴⁶⁸ *Ibid.*, p. 234-235.

⁴⁶⁹ BIGWOOD, *Exploitative Contracts*, op. cit., p. 324.

Na minha opinião, a pressão foi claramente ilegítima. A *Wheat Board* não tinha o direito ou o poder de se recusar a vender para a companhia no futuro, quaisquer que fossem as circunstâncias, ou insistir em pagamentos como condição de fazer futuras vendas. O que foi feito será em excesso de seus poderes, e até mesmo em fraude de seus poderes.⁴⁷⁰

Visão diferente dos fatos foi apresentada por Graham Virgo, no sentido de não considerar o caso acima caracterizador de *economic duress*, mas de *undue pressure*, pois, se a parte que ameaça não mais contratar detiver monopólio no fornecimento do milho, não restaria à parte ameaçada senão contratar nos termos solicitados, sob pena de prejudicar o andamento de sua empresa. Diante da situação monopolística apresentada e da ausência de ilegitimidade na ameaça, seria caso de pressão indevida.⁴⁷¹

O fato é que as cortes, como regra, não reconhecem a ameaça de não realizar futuros negócios como um caso de *economic duress* com base no princípio de que não poderá constituir *duress* a ameaça de realização de atos legítimos, pois, nesse caso, o opressor está, meramente, ameaçando exercer determinados privilégios para os quais não há nenhuma previsão de sanção: a não realização de contratos no futuro.⁴⁷²

O caso que pautou a discussão da admissibilidade de ameaças de não celebração de contratos futuros constituíram *duress*, no Canadá, foi o *Morton Construction Co. Ltd. v. City of Hamilton*, analisado pela Corte de Apelação de Ontário, em 1961. A referida companhia construiu calçadas para o município de Hamilton, em razão de contratos que exigiam da primeira que fizesse também a sua manutenção, por doze meses, desde o momento em que elas estivessem prontas. Após um tempo, a companhia foi informada de que algumas calçadas estavam tão danificadas que deveriam ser por ela reconstruídas. Contudo, algumas dessas calçadas estavam além da responsabilidade de um ano que a companhia detinha.⁴⁷³

O argumento utilizado pela companhia, em sua defesa, foi de que os danos nas calçadas tinham a sua origem no sal utilizado para a remoção da neve das ruas, não sendo ela, portanto, responsável. Entretanto, o município de Hamilton ameaçou a companhia: se a

⁴⁷⁰ Higgins, Justice, *apud* BIGWOOD, Coercion in contract, op. cit., p. 236.

⁴⁷¹ VIRGO, *The Principles of the Law of the Restitution*, op. cit., p. 201-202. De acordo com o autor (p. 215), *undue pressure* pode ser assim definida: "... em determinadas circunstâncias, uma parte pode ameaçar a outra, dizendo que — a menos que ela contrate em determinados termos ou renegocie um contrato ou pague uma soma de dinheiro que não é devida — vai fazer algo que é perfeitamente lícito".

⁴⁷² RAFFERTY, The element of wrongful pressure in a finding of duress, op. cit., p. 454.

⁴⁷³ *Ibid.* Ver também SUTTON, Duress by Threatened Breach of Contract, op. cit., p. 582.

reposição das calçadas não fosse efetuada, às suas expensas, a companhia não seria considerada em futuras contratações. Diante da ameaça, as calçadas foram reparadas. A seguir a companhia ajuizou uma ação postulando os valores gastos com a atividade, sob o argumento de que o município se teria enriquecido às suas custas. A Corte de Apelação de Ontário rejeitou a demanda sob o argumento de que o consentimento dado para o fim de assumir a realização dos reparos foi voluntário. Além disso, a ameaça feita pelo município, de acordo com a Corte, foi legítima.⁴⁷⁴

O consentimento do demandante para a realização do trabalho em questão não foi privado de seu caráter voluntário em razão das ameaças feitas por alguns membros do Conselho Municipal de que o demandante não mais realizaria contratos com o município, a menos que fossem efetuados os reparos solicitados às suas próprias expensas. O réu tinha o direito de fazer uma ameaça dessa natureza.⁴⁷⁵

Na opinião de Rafferty, o município não poderia exigir da construtora que mantivesse o conserto das calçadas sem nenhum pagamento, por meio da ameaça de prejudicar futuras relações, pois não seria uma resposta adequada afirmar que o município tem o direito de não contratar com a construtora no futuro. Nesse sentido, a discussão seria a seguinte: o município poderia atingir uma relação contratual atual por meio da ameaça de suas futuras relações jurídicas?⁴⁷⁶

As cortes americanas também possuem dificuldade em reconhecer *duress* nos casos em que a ameaça se constitui na não realização de contratos futuros. No caso *Pompton Stationery Corp. v. Passaic County News Co.*, o reconhecimento de *duress* foi possível, nos seguintes termos: *Pompton Stationery* era um comerciante de jornais, e relatou que *Passaic County News*, o único distribuidor na sua região dos jornais *Eastern*, lhe entregou uma quantidade de jornais superior àquela que havia encomendado, obrigando-o a efetuar o pagamento também da quantia extra de jornais, sob a ameaça de não mais lhe fornecer o *Eastern*. A decisão da Corte de New Jersey reconheceu a existência de *duress*, sob o argumento de que o distribuidor abusou de sua posição de monopólio.⁴⁷⁷

⁴⁷⁴ RAFFERTY, The element of wrongful pressure in a finding of duress, op. cit., p. 454.

⁴⁷⁵ Corte de Apelação de Ontário, *apud* SUTTON, Duress by Threatened Breach of Contract, op. cit., p. 582.

⁴⁷⁶ RAFFERTY, The element of wrongful pressure in a finding of duress, op. cit., p. 455.

⁴⁷⁷ *Ibid.*, p. 456.

Concluída a análise da hipótese de aplicação de *duress*, segue-se discutindo a viabilidade de a *economic duress* ocorrer por meio de ameaça de proposição de ação judicial.

2.3.3. Ameaça de proposição de ação judicial

A ameaça de propositura de uma ação judicial, em regra, não é injusta e não constitui *duress*, a menos que a demanda seja feita de má-fé ou que o direito de processar seja usado para algum propósito considerado impróprio. Em geral, pode-se ver como impróprio um propósito contrário ou estranho àqueles que o direito de promover ações busca tutelar.⁴⁷⁸ Essencial para esta discussão é a retomada da máxima “Nunca é *duress* ameaçar fazer o que se tem o direito de fazer”.

Normalmente, a ameaça de propor uma ação judicial nada mais é do que a manifestação do desejo de uma parte de buscar o judiciário para resolver uma questão privada.⁴⁷⁹ E já perguntava Dalzell: “Como pode ser *duress* dizer à parte adversa que um tribunal será chamado para administrar a justiça de acordo com o direito estabelecido?”⁴⁸⁰

O uso próprio, isto é, adequado, do processo não constitui *duress*, pois todas as pessoas podem exercer o seu direito de petição. Em regra, se um contrato é feito sob tal tipo de pressão, não haverá margem para interferência na transação, pois uma ameaça de instauração de processo, se feita de boa-fé, não constitui *duress*.⁴⁸¹

De acordo com Rick Bigwood, somente de forma excepcional é que a ameaça de um litígio judicial pode ser considerada ilegítima. Não obstante, uma posição absoluta contra a possibilidade de análise de tais ameaças “ignora o fato de que o litígio, ou a ameaça de litígio, é usado diariamente por poderosos *players* para coagir aqueles mais fracos”.⁴⁸²

⁴⁷⁸ BIGWOOD, Coercion in contract, op. cit., p. 218.

⁴⁷⁹ Id., **Exploitative Contracts**, op. cit., p. 310.

⁴⁸⁰ DALZELL, Duress by economic pressure, II, op. cit., p. 344.

⁴⁸¹ GOFF & JONES, **The Law of Restitution**, op. cit., p. 207. Ver também BIGWOOD, **Exploitative Contracts**, op. cit., p. 310.

⁴⁸² BIGWOOD, Coercion in contract, op. cit., p. 219.

O direito passou, por isso, a reconhecer que, em determinadas situações, ameaças de litígios judiciais podem ser ilegítimas. Para esta verificação será essencial a distinção entre demandas de boa-fé e de má-fé, ou entre procedimentos regulares e irregulares.⁴⁸³

Se a parte que ameaça sabe, ou teria razões para saber, que não possui nenhuma “causa” para promover uma ação contra a parte ameaçada, e considerando que o requisito da ausência de razoáveis alternativas existia para a parte que sofreu a ameaça, o contrato resultante desta ameaça deverá ser anulado por *duress*. Entretanto, numa demanda proposta de boa-fé, isto é, em que o demandante possui uma honesta crença na sua chance de sucesso, a ação via de regra não constituirá *duress*, mesmo que, ao final, seja considerada improcedente. Pode-se concluir, a partir daqui, que a realização de um contrato sob a ameaça de um processo que se sabe será considerado, ao fim, improcedente, caracterizará uma pressão ilegítima. Em contrapartida, a pressão será considerada legítima quando se acredita que a demanda será procedente.⁴⁸⁴

John Dalzell considera que o exercício de uma ação judicial é um poder, e não um direito a ser utilizado para fins impróprios. Qualquer abuso desse poder será considerado injusto (*wrong*). Exemplifica com o caso de um filho que ameaça o pai, pessoa idosa e fraca: se determinada propriedade não for transferida ao filho, uma ação de interdição será proposta. Tal ameaça, por esse raciocínio, é injusta, pois o poder de promover uma ação de interdição está sendo usado não para proteger o idoso, mas para assegurar a obtenção de benefícios próprios, a transferência da propriedade.⁴⁸⁵

Assim, no que se refere à ameaça de ajuizamento de ação judicial, considera-a John Dalzell uma manifestação de uma noção mais ampla de abuso de poder:

Então, quando a ameaça de realização de um processo judicial é feita de má-fé, por alguém que tem plena consciência de que a sua posição é insustentável, há um deliberado uso do poder de iniciar um litígio para um propósito estranho ao seu fim próprio.⁴⁸⁶

⁴⁸³ BIGWOOD, *Coercion in contract*, op. cit., p. 219, e em WERTHEIMER, *Coercion*, op. cit., p. 42.

⁴⁸⁴ *Ibid.*, p. 219-220.

⁴⁸⁵ DALZELL, *Duress by economic pressure*, II, op. cit., p. 355.

⁴⁸⁶ *Ibid.*

No mesmo sentido segue o entendimento de Nicolas Rafferty, ao afirmar que uma pessoa pode abusar do seu direito de propor uma ação judicial se houver má-fé. Um acordo não poderá ser mantido se a ação ou a ameaça de sua proposição não foi usada em favor de uma demanda justa, mas com o propósito de causar sofrimento ou alguma forma de opressão à vítima. A má-fé existente é de difícil comprovação, o que faz com que as cortes somente tenham possibilidade de intervenção em casos em que ela esteja muito clara.⁴⁸⁷

Bigwood destaca que a chave para se distinguir entre legítimas e ilegítimas pressões que ameaçam submeter a parte a um indesejado processo judicial não é a natureza da pressão, mas aquilo que se busca obter por meio da referida pressão.⁴⁸⁸ Seria o caso, por exemplo, de o opressor tentar exigir da vítima algum benefício totalmente desconectado com o processo ameaçado. Exemplo foi o caso *Link v. Link*, em que a esposa ajuizou uma ação com o objetivo de anular uma transferência de ações ao seu esposo. Ele obteve a transferência das ações ameaçando ajuizar contra a esposa uma ação para obter a guarda de seus filhos, depois de ela confessar ter cometido adultério. A corte anulou a transferência, pois o marido abusou do direito de processar, empregando-o para buscar garantir um benefício que não estava vinculado ao caso.⁴⁸⁹ E ainda argumentou a corte:

(...) o ato feito ou ameaçado pode ser injusto mesmo que não seja contrário ao direito, *per se*; e que a ameaça de propor ações civis ou penais, as quais podem ser justificáveis *per se*, se torna injusta, no sentido desta regra, se feita com o intento corrupto de coagir uma transação grosseiramente injusta para a vítima e não relacionada com o objeto de tal processo.⁴⁹⁰

Quando alguém propõe invocar um processo, sem crença honesta no sucesso de sua demanda, a negociação ocorrerá com o uso de uma influência que a parte tem conhecimento de não dispor. Sem uma crença honesta na demanda, há uma tentativa de manipulação para a obtenção de uma vantagem. Entretanto, havendo uma crença honesta no sucesso da demanda (e, possivelmente, razoáveis fundamentos para essa crença), o uso de uma ameaça de ajuizamento de ação judicial será um meio adequado para se reforçar a solicitação feita por meio dela. Nesse caso, há a exposição de uma consequência — o

⁴⁸⁷ RAFFERTY, The element of wrongful pressure in a finding of duress, op. cit., p. 446-447.

⁴⁸⁸ BIGWOOD, Coercion in contract, op. cit., p. 220.

⁴⁸⁹ RAFFERTY, The element of wrongful pressure in a finding of duress, op. cit., p. 447.

⁴⁹⁰ *Ibid.*, p. 448.

processo — sobre a qual a parte que ameaça possui influência, diferentemente do que ocorre no primeiro caso.⁴⁹¹

Conclui Rafferty que...

... a *duress*, entretanto, já há um longo tempo, não vem sendo limitada a ameaças de atos contrários ao direito. Vem sendo reconhecido, desde o século XIX, que a *duress* pode ser constituída pela aplicação imprópria de processo legal, em que o opressor está, meramente, ameaçando o exercício de seus direitos. O direito de ajuizar uma ação civil ou penal é limitado, e não absoluto, e não deve ser usado com abuso. Ao determinar se o direito está sendo abusivo, as cortes devem olhar para o propósito com que a ameaça está sendo feita. Se está sendo feita com um propósito impróprio, então a pressão exercida será caracterizada como injusta e suficiente para a *duress*. Afirma-se que uma abordagem similar deve ser usada para outros tipos de ameaça de atos legítimos para se determinar se tal pressão é injusta. As cortes devem ir além de simplesmente determinar se o opressor está ameaçando um “injusto acionável” e descobrir o propósito com o qual a ameaça está sendo feita.⁴⁹²

Além da ameaça de ajuizamento de ação civil, pode ocorrer também ameaça de proposição de ação penal. Há muito reconhece-se que a ameaça de proposição de uma ação penal com o objetivo de alcançar interesses privados é uma forma de caracterização de *duress*. Tal pressão é considerada imprópria, em razão da vindicação de direito público para a obtenção de vantagens privadas. Em 1892, J. Knowlton, no caso *Morse v. Woodworth*, manifestou-se no seguinte sentido:

A prisão suportada por meio da execução da ameaça, feita com a finalidade de forçar uma pessoa culpada a realizar um contrato, pode ser justa diante das autoridades e do público, mas injusta perante a parte que ameaça, quando considerada em relação à sua tentativa de usar em seu benefício privado processos que servem à proteção da população e à punição de um crime. Aquele que dominou a mente e a vontade de outro para a sua própria vantagem, sob tais circunstâncias, é culpado de uma perversão e de abuso do direito.⁴⁹³

⁴⁹¹ BIGWOOD, Coercion in contract, op. cit., p. 220-221.

⁴⁹² RAFFERTY, The element of wrongful pressure in a finding of duress, op. cit., p. 456.

⁴⁹³ Knowlton, J., *apud* RAFFERTY, The element of wrongful pressure in a finding of duress, op. cit., p. 446. Ver também HALE, Bargaining, Duress and Economic Liberty, op. cit., p. 619.

A ameaça de exercício de direito de ação civil ou de ação penal é situada na *common law* como uma forma de abuso do direito. O direito não encoraja a utilização de ameaça de acusação criminal para compelir a outra parte a atender a interesses privados da primeira — como se observa no caso *Williams v. Bayley*: um contrato de empréstimo com garantia hipotecária, proporcional, obtido por um pai numa tentativa de assegurar algumas notas promissórias aceitas pelo banco, mas fraudulentamente assinadas em nome do pai por seu filho, em circunstâncias onde ficou claro que o banco tinha a possibilidade de processar criminalmente o filho, cuja punição seria o seu exílio ou a sua deportação.⁴⁹⁴

O “abuso do processo” ocorre quando um processo é usado de forma contrária aos seus próprios fins ou para assegurar benefícios impróprios ou que a ele não estejam relacionados.⁴⁹⁵

Pode-se concluir então, que a ameaça de prisão — isto é, de realização de uma denúncia que leve a processo criminal com a consequente condenação de uma pessoa culpada — pode ser realizada por qualquer cidadão, “não para o seu próprio benefício, mas para a proteção da sociedade”.⁴⁹⁶

Vista a terceira hipótese de aplicação da *economic duress*, passa-se a analisar a coação direcionada aos meios de subsistência da vítima.

2.3.4. Ameaça aos meios de subsistência da vítima

Há hoje um reconhecimento do efeito extremamente coercivo que a ameaça de perda do emprego, com o consequente impacto na subsistência, pode ocasionar à vítima. Por isso houve a possibilidade de as cortes deixarem de exigir que a ameaça praticada fosse contrária ao direito, pois o empregador possui o direito de terminar a relação de emprego, justamente por reconhecer esta fragilidade.⁴⁹⁷

⁴⁹⁴ BIGWOOD, Coercion in contract, op. cit., p. 221-222.

⁴⁹⁵ Ibid., p. 222.

⁴⁹⁶ HALE, Bargaining, Duress and Economic Liberty, op. cit., p. 619.

⁴⁹⁷ RAFFERTY, The element of wrongful pressure in a finding of duress, op. cit., p. 451-452. Ver também GLOVER, Developing a test for economic duress in the South African Law, op. cit., p. 287.

É comum também que a ameaça de término da relação de emprego seja acompanhada da ameaça de se impedir que a vítima obtenha outro emprego em outro lugar. Neste caso, a decisão mais comentada é a relativa ao caso *Perkins Oil Co. v. Fitzgerald*. O empregado sofreu um acidente de trabalho no qual perdeu os seus braços, e em razão disso fez um acordo com a companhia no valor de \$5.000. A seguir buscou a anulação do acordo, sob o argumento de que teria sido celebrado em razão de *duress*. A ameaça, no caso, foi a demissão do padraço do funcionário, bem como a impossibilidade de o mesmo conseguir outro emprego no ramo do mercado de óleo. A pressão foi realmente intensa, pois o emprego do padraço seria a única fonte de renda da família, após o acidente ocorrido.⁴⁹⁸

Observe-se, contudo, que a ameaça de perda do emprego é apenas uma parte das ameaças que podem ocorrer aos meios de subsistência da vítima. Foi o que aconteceu no caso *Fuerst v. Musical Mutual Protective Union*. O autor da ação era integrante do sindicato (réu), e foi ameaçado de expulsão se não efetuasse o pagamento de uma taxa ilegal. O pagamento foi feito, pois era essencial ao exercício da profissão que o músico fizesse parte do sindicato, e por isso entendeu a corte que o pagamento foi feito sob *duress*.⁴⁹⁹

A primeira parte desta tese teve por objetivo apresentar a *economic duress*, a sua configuração, os seus requisitos e as suas possibilidades de aplicação. Na próxima parte serão discutidas as possíveis vias de sua recepção no direito brasileiro, tendo-se como pressuposto para tal análise a existência de paralelismo funcional entre a *economic duress* e as suas possíveis vias de recepção: a lesão, o abuso de direito e a coação.

⁴⁹⁸ RAFFERTY, The element of wrongful pressure in a finding of duress, op. cit., p. 452.

⁴⁹⁹ Ibid., p. 453.

3. A RECEPÇÃO DA *ECONOMIC DURESS* NO DIREITO BRASILEIRO

Nesta parte do trabalho analisaremos as três figuras que poderiam recepcionar a *economic duress* no direito brasileiro. Para tanto, as possíveis vias de recepção serão examinadas em sua essência, a fim de se verificarem similitudes e diferenças entre a lesão, a coação e o abuso do direito em relação à *economic duress*.

3.1. A lesão

3.1.1. A lesão e os seus elementos conformadores

A lesão é figura que serve de tutela ao equilíbrio contratual, isto é, ao equilíbrio material entre as prestações intercambiadas.⁵⁰⁰ A proteção das partes contratantes contra negócios lesionários demonstra uma preocupação com a justiça comutativa, insculpida como paradigma do Código de Defesa do Consumidor e do Código Civil, ambos contendo dispositivos regulando a lesão. Neste trabalho, será analisada apenas a lesão positivada no Código Civil, eis que as relações que a *economic duress* procura tutelar, em regra, não são as de consumo.

Para que um desequilíbrio contratual possa ser submetido ao conceito de lesão, a desproporção entre as prestações deverá ocorrer no momento da formação do contrato. Além disso, o negócio jurídico deve pressupor relação de equivalência entre as prestações. Por isso será excluído da análise o desequilíbrio entre as prestações de um contrato, caracterizado no momento da sua execução e conformador da excessiva onerosidade superveniente.⁵⁰¹

⁵⁰⁰ BECKER, Anelise. **Teoria Geral da Lesão nos Contratos**. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 87.

⁵⁰¹ Para análise da excessiva onerosidade superveniente, ver o nosso FRANTZ, Laura Coradini. **Revisão dos Contratos**. São Paulo: Saraiva, 2007.

A noção de lesão está intimamente relacionada com a de quebra do sinalagma genético,⁵⁰² pois este é a reciprocidade existente entre prestação e contraprestação, no momento da formação do contrato. Na lesão ocorre, justamente, a desproporção entre as prestações de um contrato já no momento de sua formação.⁵⁰³ Para Antunes Varela, o sinalagma genético significa que, na gênese do contrato, a obrigação assumida por cada um dos contratantes constitui a razão de ser da obrigação contraída pelo outro.⁵⁰⁴

Para Junqueira de Azevedo, o “sinalagma nos contratos bilaterais é uma espécie de estrutura imanente ao contrato, que liga prestação e contraprestação; ele estabelece um ‘programa’ para as partes, que é tanto mais evidente quanto mais prolongada for a sua execução”.⁵⁰⁵

É antiga a preocupação com o equilíbrio nas trocas. Vem sendo discutida desde Aristóteles, por meio do conceito de “justiça comutativa”, que tem na justiça contratual uma de suas faces, regulando as trocas entre os patrimônios, de acordo com uma igualdade simples ou aritmética.⁵⁰⁶ Nesse sentido, também, Teresa Negreiros:

A preocupação com o equilíbrio das prestações contratuais esteve presente nas civilizações antigas, como exigência moral. No direito romano, em 286 d.C. (Lei Segunda), a lesão foi referida pela primeira vez como fundamento para a rescisão, assim se mantendo em 294 d.C. (Lei Oitava), sob a designação de *laesio enormis*. Ao que parece, as referências à lesão enorme — entendida esta como a venda de uma coisa imóvel por menos da metade de seu valor — tiveram origem em uma resposta a uma consulta concreta. No entanto, ao serem transcritas no *Corpus Iuris Civilis*, as soluções concretas assumiram a condição de norma geral, advindo daí a difusão que a

⁵⁰² DERNBURG, Arrigo. **Diritto delle Obligazioni**. Trad. Francesco Bernardino Cicala. Torino: Fratelli Bocca Editore, 1903, p. 75-76, nota 1: “Bechmann distingue una bilateralità ‘genetica’ della vendita, per cui questa risulta dallo scambio di due promesse reciproche, e riposa quindi sulla costituzione di contro crediti, che sono connessi al momento in cui sorgono, — ed una bilateralità ‘funzionale’ per la quale le obbligazione reciproche sono vicende volmente dipendenti nei loro effetti.”

⁵⁰³ ADIERS, Moacir. A suportação dos riscos na compra e venda na visão do sinalagma funcional. **Jurídica**, Belo Horizonte, out./nov. 1972, p. 260.

⁵⁰⁴ VARELA, João de Matos Antunes. **Das Obrigações em Geral**. 7. ed. v. I. Coimbra: Almedina, 1991, p. 378-379.

⁵⁰⁵ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Interpretação do contrato pelo exame da vontade contratual. O comportamento das partes posterior à celebração. Interpretação e efeitos do contrato conforme o princípio da boa-fé objetiva. Impossibilidade de *venire contra factum proprium* e de utilização de dois pesos e duas medidas (*tu quoque*). Efeitos do contrato sinalagma. Assunção pelos contratantes de riscos específicos e a impossibilidade de fugir do “programa contratual” estabelecido. **Revista Forense**. Rio de Janeiro, n. 351, jul./set., 2000, p. 281.

⁵⁰⁶ ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Livro V, 1132a-1133b. Trad. Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2003.

figura viria a conquistar ao longo dos tempos, chegando até aos nossos dias.⁵⁰⁷

James Gordley, em seu clássico “Equality in Exchange”, trabalha, a partir do texto de Aristóteles, as diferenças entre a justiça distributiva e a comutativa, que se aplica, como dito acima, às trocas contratuais:

Justiça distributiva, de acordo com Aristóteles, “é manifestada na distribuição de honra ou dinheiro ou outras coisas que devam ser divididas entre aqueles que possuem uma parcela na constituição”. Justiça comutativa exerce “papel retificador nas transações entre os homens”. Justiça distributiva segue uma proporção geométrica. Cada cidadão recebe uma parte daquilo que deve ser dividido. É a matemática da divisão de uma torta. (...) Justiça comutativa, ao contrário, segue uma proporção aritmética. Sua preocupação não é com a divisão de recursos, mas com a preservação da parcela de cada cidadão. (...) Parafraseando Aristóteles, ligeiramente, justiça comutativa opera com base no princípio de que ninguém deve ganhar com base na perda de outrem. (...) Ele distinguiu dois tipos de justiça comutativa: a “voluntária”, a qual inclui “transações como venda, compra, empréstimo para consumo, empréstimo para uso, depósito, locação, e a “involuntária”, a qual inclui atos “clandestinos”, como o furto, o adultério e os atos “violentos”, como a ameaça de prática de ato violento, cárcere, homicídio, roubo, mutilação (...). Essa distinção pode ser o ancestral linear que fazemos hoje entre contrato e delito.⁵⁰⁸

Anelise Becker assim exemplifica:

... se o comprador retira um valor do patrimônio do vendedor ao lhe adquirir um certo objeto, a atenção à justiça comutativa determina que ele restitua o equilíbrio, repondo no patrimônio deste o equivalente, de modo a manter ou restabelecer em valor o estado de coisas preexistente entre ambos sobre uma base de igualdade.⁵⁰⁹

⁵⁰⁷ NEGREIROS, Teresa. **Teoria dos Contratos: Novos Paradigmas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 169.

⁵⁰⁸ Aristóteles, *apud* GORDLEY, James. Equality in Exchange. **California Law Review**. Berkeley, v. 69, 1981, p. 1589-1590.

⁵⁰⁹ BECKER, **Teoria Geral da Lesão nos Contratos**, op. cit., p. 58.

Por isso compreende-se a justiça contratual como uma forma de não destruir o equilíbrio existente entre os patrimônios das partes anteriormente à contratação, o que faz com que cada uma delas deva receber o equivalente ao que haja dado.⁵¹⁰

No terreno da moral e na órbita da justiça comutativa, nada existe de mais simples: se num contrato ocorrer o aproveitamento de uma das partes sobre a outra, isso não deverá prevalecer, pois contraria o preceito geral de que as leis devem promover o bem comum, não sendo aceitável que uma pessoa receba uma vantagem excessiva diante do empobrecimento da outra.⁵¹¹

Teresa Negreiros corrobora a ideia de que o princípio do equilíbrio encerra uma preocupação com o justo:

Com efeito, a noção de equilíbrio no contrato traz para o seio da teoria contratual a preocupação com o justo, entendido tal valor sob a ótica acima definida, isto é, o justo como sendo um critério paritário de distribuição dos bens. Justo é o contrato cujas prestações de um e de outro contratante, supondo-se interdependentes, guardam entre si um nível razoável de proporcionalidade. Uma vez demonstrada a exagerada ou a excessiva discrepância entre as obrigações assumidas por cada contratante, fica configurada a injustiça daquele ajuste, exatamente na medida em que configurada está a inexistência de paridade. O princípio do equilíbrio econômico do contrato remete, portanto, a uma dada definição filosófica de justiça, sintetizada na ideia de “meio termo”.⁵¹²

Karl Larenz assevera que as relações contratuais devem estar permeadas pela “justiça compensatória”, que não se refere apenas à estrita equivalência das prestações, mas também, e com maior alcance, a uma justa distribuição dos encargos e riscos relacionados a um contrato.⁵¹³

Depreende-se daí que a força obrigatória dos contratos não advém, exclusivamente, do exercício de autonomia das partes, mas, principalmente, da justiça e da utilidade do contrato. Veja-se a passagem de Jacques Ghestin:

⁵¹⁰ GHESTIN, Jacques. L' utile et le just dans les contrats. **Archives de Philosophie du Droit**. Paris, n. 26, 1981, p. 47-48.

⁵¹¹ PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Lesão nos Contratos**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 108.

⁵¹² NEGREIROS, **Teoria dos Contratos**, op. cit., p. 166-167.

⁵¹³ LARENZ, Karl. **Derecho Civil: Parte General**. Caracas: Editoriales de Derecho Reunidas, 1978, p. 61.

É finalmente a procura, pelo direito objetivo, do útil e do justo, que justifica a força obrigatória do contrato, e que, da mesma forma, fixa as condições e os limites do regime dos contratos em seu conjunto. Nesta ótica, o justo e o útil não aparecem mais como elementos objetivos, exteriores ao contrato, permitindo o controle em nome do interesse geral e da justiça contratual. O útil e o justo são os fundamentos mesmos da força obrigatória dos contratos, de onde se deduz o conjunto de seu regime.⁵¹⁴

Na Idade Média, a figura da lesão foi fortemente influenciada pela moral cristã, que considerava a usura, praticada por meio da cobrança de juros, um pecado.⁵¹⁵ Ver, nesse sentido, Jacques Le Goff:

A usura é um dos grandes problemas do século XIII. Nessa data, a cristandade, no auge da vigorosa expansão que empreendia desde o Ano Mil, gloriosa, já se vê em perigo. O impulso e a difusão da economia ameaçam os velhos valores cristãos. Um novo sistema econômico está prestes a se formar, o capitalismo, que para se desenvolver precisa senão de novas técnicas, ao menos do uso massivo de práticas condenadas desde sempre pela Igreja. Uma luta encarniçada, cotidiana, assinalada por proibições repetidas, articuladas a valores e mentalidades, que tem por objetivo a legitimação do lucro lícito, que é preciso distinguir da usura ilícita.⁵¹⁶

⁵¹⁴ GHESTIN, L'utile et le juste dans les contrats, op. cit., p. 40.

⁵¹⁵ NEGREIROS, **Teoria dos Contratos**, op. cit., p. 169.

⁵¹⁶ LE GOFF, Jacques. **A bolsa e a vida**. Trad. Rogério Silveira Muoio. São Paulo: Brasiliense, 2004, p. 10. Nas páginas 24 e 26, lista as principais normativas do direito canônico acerca da proibição da prática da usura: “Quando a economia monetária se generaliza, durante o século XII, e a roda da fortuna gira mais rápida para os cavaleiros e os nobres, assim como para os burgueses das cidades, que se agitam em trabalhos e negócios e se emancipam, a senhora Usura torna-se uma grande personagem. A Igreja se revolta com isso, o Direito Canônico nascente e em breve a escolástica, que se esforça para pensar e ordenar as relações da nova sociedade com Deus, procuram reprimir a expansão usurária. Listo aqui a litania das principais medidas conciliares e dos textos mais importantes apenas para assinalar a força e a extensão do fenômeno, e a obstinação da Igreja em combatê-lo. Cada concílio, Latrão II (1139), Latrão III (1179), Latrão IV (1215), o segundo concílio de Lyon (1274), o concílio de Viena (1311), traz sua pedra para a muralha da Igreja, determinada a conter a vaga usurária. O Código de Direito Canônico se enriquece também com uma legislação contra a usura. Graciano, por volta de 1140, em seu *Decreto*, reúne a documentação escriturária e patristica (29 “autoridades”). A decretal *Consuluit* de Urbano III (1187) terá, no segundo quartel do século XIII, seu lugar no Código junto às *Decretais* de Gregório IX. (...) A decretal *Consuluit* de Urbano III (1187), integrada ao Código de Direito Canônico, expressa melhor, sem dúvida, a atitude da Igreja diante da usura no século XIII: — Usura é tudo aquilo que é pedido em troca de um empréstimo além do próprio bem emprestado; — Receber uma usura é um pecado proibido pelo Antigo e Novo Testamento; — A simples esperança de uma devolução de um bem, além do próprio bem é um pecado; — As usuras devem ser integralmente restituídas a seu verdadeiro dono; — Preços mais elevados por uma venda a crédito são usuras implícitas”.

No período da Idade Média, a usura era compreendida como uma forma de furto de propriedade, pois o usurário, de acordo com Thomas de Chobham, “recebe um bem alheio contra a vontade do ‘proprietário’, isto é, de Deus”.⁵¹⁷ E continua Le Goff:

Que vende ele, de fato, senão o tempo que passa entre o momento em que empresta e aquele em que é reembolsado com juros? Ora, o tempo pertence somente a Deus. Todos os contemporâneos o dizem, depois de Santo Anselmo e de Pedro Lombardo: “O usurário não vende ao devedor nada que lhe pertença, somente o tempo, que pertence a Deus. Ele, portanto, não pode tirar proveito da venda de um bem alheio”.⁵¹⁸

A lesão teve o seu ocaso apenas no final da Idade Média, em razão da compreensão da teoria contratual nesse período, que foi, marcadamente, voluntarista; teoria dentro da qual a justiça era inerente ao contrato. E neste quadro ninguém melhor do que as próprias partes para tutelar os seus interesses. Enzo Roppo assim descreve esse período:

Neste sistema, fundado na mais ampla liberdade de contratar, não havia lugar para a questão da intrínseca igualdade, da justiça substancial das operações econômicas de vez em quando realizadas sob a forma contratual. Considerava-se e afirmava-se, de facto, que a justiça da relação era automaticamente assegurada pelo facto de o seu conteúdo corresponder à vontade livre dos contratantes, que, espontânea e conscientemente, o determinavam em conformidade com os seus interesses, e, sobretudo o determinavam num plano de recíproca igualdade jurídica (dado que as revoluções burguesas, e as sociedades liberais nascidas destas, tinham abolido os privilégios e as discriminações legais que caracterizavam os ordenamentos em muitos aspectos semifeudais do “antigo regime”, afirmando a paridade de todos os cidadãos perante a lei): justamente nesta igualdade de posições jurídico-formais entre os contraentes consistia a garantia de que as trocas, não viciadas na origem pela presença de disparidade nos poderes, nas prerrogativas, nas capacidades legais atribuídas a cada um deles, respeitavam plenamente os cânones da justiça comutativa. Liberdade de contratar e igualdade formal das partes eram portanto os pilares — que se completavam reciprocamente — sobre os quais se formava a asserção peremptória, segundo a qual dizer “contratual” equivale a dizer “justo” (“*Qui dit contractuel dit juste*”,⁵¹⁹,⁵²⁰).

⁵¹⁷ Thomas de Chobham, *apud* LE GOFF, **A bolsa e a vida**, op. cit., p. 39.

⁵¹⁸ LE GOFF, **A bolsa e a vida**, op. cit., p. 39.

⁵¹⁹ A célebre frase foi cunhada na segunda metade do século XIX por Fouillée. GHESTIN, *L'utile et le juste dans les contrats*, op. cit., p. 36.

⁵²⁰ ROPPO, Enzo. **O Contrato**. Coimbra: Almedina, 1988, p. 35.

O *Code Civil*, de 1804, expressão máxima dessa concepção liberal e individualista do direito contratual, não acolheu de forma genérica a figura da lesão;⁵²¹ previu-a de forma excepcional, em seu art. 1.674,⁵²² que trata da compra e venda de bens imóveis, com preço inferior a 7/12 do preço de mercado.⁵²³ O objetivo dessa codificação com a forma de tratamento da lesão não foi buscar a proteção da justiça contratual, mas “realizar a vontade das partes, obrigando-as a se manter fiéis à palavra dada”.⁵²⁴ Apesar de o *Code* não ter acolhido de forma geral a lesão (à exceção da venda de imóveis em contratos com menores não emancipados), Pothier, em seu Tratado das Obrigações, manifestava a sua preocupação com a equidade:

A equidade deve reinar em todas as convenções. Disso se deduz que nos contratos interessados, nos quais um dos contratantes dá ou faz algo para receber qualquer coisa, por exemplo, o preço da coisa que dá ou faz, a lesão que sofre um dos dois contratantes, mesmo quando não tenha empregado artifício algum para enganar o outro, é bastante, por si só, para que se considere vicioso o contrato. A equidade, sob o ponto de vista comercial, consiste na igualdade, e assim, a partir do momento em que esta igualdade for ferida e que um dos contratantes dê mais do que receba, o contrato é vicioso; pois peca contra a igualdade que nele deve reinar.⁵²⁵

O Código Civil alemão (*BGB*), de 1896, não manteve a autonomia como um valor intocável, admitindo a invalidação de negócios jurídicos que atentassem contra os bons costumes, em seu §138, assim redigido:

I – Um negócio jurídico que infrinja os bons costumes é nulo.

⁵²¹ Art. 1.118 do *Code Civil*: “La lésion ne vicie les conventions que dans certains contrats ou à l’égard de certaines personnes, ainsi qu’il sera expliqué en la même section”. Em tradução livre: “A lesão não vicia as convenções senão em certos contratos ou considerando determinadas pessoas, assim como será explicado nesta seção”.

⁵²² Art. 1.674 do *Code Civil*: “Si le vendeur a été lésé de plus de sept douzièmes dans le prix d’un immeuble, il a le droit de demander la rescision de la vente quand même il aurait expressément renoncé dans le contrat à la faculté de demander cette rescision, et qu’il aurait déclaré donner la plus-value”. Em tradução livre: “Se o vendedor foi lesado em mais de sete doze avos no valor do preço de um imóvel, tem o direito de demandar a rescisão da venda mesmo quando tenha expressamente renunciado no contrato a faculdade de demandar essa rescisão, e que tenha declarado doar a mais-valia”.

⁵²³ NEGREIROS, *Teoria dos Contratos*, op. cit., p. 171.

⁵²⁴ *Ibid.*

⁵²⁵ POTHIER, Robert Joseph. *Tratado das Obrigações*. Trad. Adrian Sotero de Witt Batista e Douglas Dias Ferreira. Campinas: Servanda, 2001, p. 54.

II – Nulo é, particularmente, um negócio jurídico pelo qual alguém, explorando o estado de necessidade, a leviandade ou a inexperiência de um outro, faz prometer, para si, ou para um terceiro, em troca de uma prestação, vantagens patrimoniais das quais o valor excede de tal modo a prestação que, de acordo com as circunstâncias, as vantagens patrimoniais estão em manifesta desproporção com a prestação.⁵²⁶

Sobre a evolução da lesão no sistema jurídico brasileiro, desde as Ordenações Manuelinas (1521) e Filipinas (1603), até o seu reconhecimento pelo Código de Defesa do Consumidor, em 1990, e o seu reconhecimento como norma de alcance geral, positivada no Código Civil de 2002, veja-se a passagem de Ruy Rosado de Aguiar Jr.:

A ideia de lesão, como causa de rescisão do contrato, remonta a uma Constituição de Diocleciano. Respondendo a uma consulta o imperador considerou que o vendedor de um imóvel por preço irrisório (inferior a metade do valor real) tem o direito de obter do juiz o desfazimento do negócio ou a integralização do preço. Caracterizada ali uma lesão *ultra dimidium* (além da metade), cujo único requisito era o dado objetivo do desequilíbrio entre as prestações. Os canonistas expandiram a ideia para todos os contratos e nela incluíram o *dolo in re ipsa*, pela qual o dolo está na própria conduta de quem usa o negócio para causar lesão enorme (1/2 de justo valor) ou lesão enormíssima (2/3 do justo valor). Surgiu aqui, com a referência ao dolo, um elemento subjetivo. Nas Ordenações Filipinas (Livro IV, Título XIII) admitiu-se a lesão em contrato versando sobre bens, alegável por qualquer das partes. (...) O nosso antigo direito contemplava a hipótese de lesão enorme, definida na Consolidação das Leis Civis de Teixeira de Freitas, art. 359: “Todos os contratos em que se dá ou deixa uma coisa por outra podem ser rescindidos por ação da parte lesada, se a lesão for enorme, isto é, se exceder a metade (1/2) do justo valor da coisa”. (...) O Código Comercial de 1850 proibiu a invocação para rescindir contratos entre comerciantes. O Código Civil de 1917 não repetiu a regra que estava na Consolidação de Teixeira de Freitas. Só mais tarde, o Decreto nº 22.626/33 (Lei da Usura) proibiu a cobrança de juros além do dobro da taxa legal (6%) (...) A Lei nº 1.521/50 (Lei da Economia Popular), no seu art. 4º, b, definiu a usura real como “obter ou estipular em qualquer contrato, abusando da premente necessidade, inexperiência, leviandade da outra parte, lucro patrimonial que exceda o quinto do valor corrente ou justo cuja consequência é a nulidade”. Em 1990 foi o Código de Defesa do Consumidor o responsável pela inserção no direito pátrio da lesão pura, fundada apenas no elemento objetivo.⁵²⁷

⁵²⁶ Código Civil alemão, traduzido por Souza Diniz, *apud* BECKER, **Teoria Geral da Lesão nos Contratos**, op. cit., p. 37, nota 144.

⁵²⁷ AGUIAR JR., Ruy Rosado de. Cláusulas abusivas no Código do Consumidor. In: MARQUES, Cláudia Lima (Org.). **A proteção do consumidor no Brasil e no Mercosul**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1994, p. 15-16.

Após essa pequena incursão histórica à figura da lesão, passa-se ao seu estudo tal como foi positivada no art. 157 do Código Civil.

O atual Código Civil veio imbuído do espírito não só de superar os pressupostos individualistas que condicionaram a elaboração do Código Civil de 1916, mas também de os dotar de figuras novas, reclamadas pela sociedade atual em todos os domínios da vida privada.⁵²⁸ Nesse sentido, positivou a lesão, figura que vem sendo lapidada desde o direito romano.

Impõe-se, *a priori*, uma precisão terminológica acerca da lesão. Existe a lesão enorme, enormíssima, ou lesão propriamente dita, que se caracteriza somente pela existência de excesso entre as vantagens e desvantagens. O defeito é exclusivamente objetivo, tendo-se como exemplo a própria noção romana de lesão⁵²⁹ e a lesão do atual Código de Defesa do Consumidor. Há, também, a lesão usurária, usura real ou qualificada, que exige para a sua caracterização, além da desproporção entre as prestações, a situação de necessidade, inexperiência de uma das partes com dolo de aproveitamento da outra parte. É o caso do ilícito, do crime de usura tipificado na Lei de Economia Popular. E a última, que, por falta de outra denominação, se chama “especial” e que se limita à exigência de excesso nas vantagens e desvantagens. É causada pela necessidade ou inexperiência de uma das partes ao contratar, e não indaga da má-fé ou ilicitude do comportamento da outra parte. Esta é a lesão prevista no Código Civil.⁵³⁰

Rodrigo Toscano de Brito também anota tal distinção:

Entre todas as vertentes, há que se destacar um ponto comum: o benefício excessivo de uma das partes, em um contrato oneroso, com o prejuízo de outra. A lesão enorme é a tradicional, de origem romana. Para sua configuração, basta haver o excesso nas vantagens e desvantagens, ou seja, o defeito é exclusivamente objetivo, caracterizado apenas pela desproporção entre as prestações. Para a caracterização da lesão usurária, exige-se também uma situação de necessidade, inexperiência ou leviandade de uma das partes, como o dolo de aproveitamento da outra (má-fé). (...) só sendo reintegrado

⁵²⁸ REALE, Miguel. **O projeto de Novo Código Civil: Situação após aprovação no Senado Federal**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 49.

⁵²⁹ A lesão no direito romano encontra-se desvinculada do elemento anímico. O direito justiniano institui a lesão baseada na equidade, para o caso de uma venda ter sido realizada por preço mínimo, beneficiando apenas o vendedor. Foi a Igreja, durante a Idade Média, que introduziu na lesão o fator subjetivo, impondo-lhe maior cunho de espiritualidade. PEREIRA, **Lesão nos Contratos**, op. cit., p. 119.

⁵³⁰ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio Jurídico e Declaração Negocial**. São Paulo: [s.e.] 1986, p. 204-206.

[o instituto da lesão usurária] por meio do Decreto-lei 869/1938, que versava sobre “crimes contra a economia popular”, cujo art. 4º tem a seguinte redação: “Art. 4º. Constitui crime da mesma natureza a usura pecuniária ou real, assim se considerando: a) cobrar juros superiores à taxa permitida por lei, ou comissão ou desconto, fixo ou percentual, sobre a quantia mutuada, além daquela taxa; b) obter ou estipular, em qualquer contrato, abusando da premente necessidade, inexperiência ou leviandade da outra parte, lucro patrimonial que exceda o quinto do valor corrente ou justo da prestação feita ou prometida”. (...) Interessa-nos olhar de perto a lesão especial. É ela que está contemplada no art. 157 do CC (...).⁵³¹

O art. 157 do Código Civil prescreve o seguinte:

Ocorre a lesão quando uma pessoa sob premente necessidade, ou por inexperiência, se obriga a prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta. §1º Aprecia-se a desproporção das prestações segundo os valores vigentes ao tempo em que foi celebrado o negócio jurídico. §2º Não se decretará a anulação do negócio, se for oferecido suplemento suficiente, ou se a parte favorecida concordar com a redução do proveito.

O Código Civil de 2002 incluiu a lesão, bem como o estado de perigo, entre os defeitos do negócio jurídico, ao lado dos vícios do consentimento. Todavia, não o fez da forma mais adequada, pois causou confusão entre eles e os verdadeiros vícios do consentimento. A lesão é situação em que a causa de anulabilidade de tais contratos decorre da injustiça contratual, e não de vontade viciada do contratante lesado. Mesmo que o Código a inclua entre os defeitos do negócio jurídico, não se pode falar em vício do consentimento, em divergência entre o contrato e a declaração. O aspecto fundamental a se perceber é a injustiça contratual como verdadeiro fundamento de anulabilidade do negócio celebrado.⁵³²

Nesse sentido, o entendimento de Ghestin de que “o contrato tira a sua força obrigatória da vontade do legislador de o sancionar”,⁵³³ considerando-se que o “contrato será obrigatório se for útil e na condição de ser justo”.⁵³⁴

⁵³¹ BRITO, Rodrigo Toscano. Estado de perigo e lesão: entre a previsão de nulidade e a necessidade de equilíbrio nas relações contratuais. In: DELGADO, Mário Luiz & ALVES, Jones Figueirêdo (Coords.). **Questões controvertidas no novo Código Civil**. v. 4. São Paulo: Método, 2005. p. 68-69.

⁵³² NORONHA, Fernando. **O Direito dos Contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual**. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 235.

⁵³³ GHESTIN, L'utile et le juste dans les contrats, op. cit., p. 44.

⁵³⁴ Ibid., p. 50.

A partir desta introdução, passamos a analisar os pressupostos para a caracterização da lesão. A seguir, verificar-se-ão as razões de sua inadequação como meio de recepção da *economic duress*.

3.1.1.1. Elemento objetivo: a desproporção entre as prestações

O momento em que a desproporção lesionária entre as prestações se deve verificar é o da conclusão do negócio, isto é, a desproporção deverá ser concomitante ao momento da conclusão do contrato, pois, se a desproporção for posterior à formação do contrato, haverá a configuração da excessiva onerosidade superveniente.⁵³⁵

A existência de desproporção entre as prestações deve ser avaliada segundo os valores vigentes do tempo do ato. Isto se justifica, pois é necessário situar o momento da conclusão do negócio para se verificar se houve lesão.⁵³⁶ Além disso, a lesão requer que o prejuízo seja aferido no momento da celebração do negócio jurídico.⁵³⁷

Além disso, ordenamentos jurídicos como o da Argentina e o da Itália ainda exigem que a desproporção perdure até a data da propositura da demanda. Conforme assevera Ripert,

... o contrato é um ato de previsão e de posse do futuro. A lesão causada no dia do contrato pode transformar-se em excelente negócio pelo jogo dos acontecimentos ulteriores. Nas épocas de crise, em que a subversão dos valores e dos preços é particularmente rápida, essas transformações podem fazer com que lesão não subsista.⁵³⁸

A necessidade de a desproporção entre as prestações se manter até, pelo menos, a propositura da ação justifica-se, pois seria uma desconformidade com a equidade a possibilidade de uma das partes acionar a outra por lesão se, no momento em que ingressar

⁵³⁵ BECKER, **Teoria Geral da Lesão nos Contratos**, op. cit., p. 88. Para análise da teoria da excessiva onerosidade superveniente, ver FRANTZ, **Revisão dos Contratos**, op. cit.

⁵³⁶ ANDORNO, Luis O. La lesion. **Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial**, São Paulo, n. 18, out./dez., 1981, p. 23.

⁵³⁷ ANDORNO, La lesion, op. cit., p. 23.

⁵³⁸ RIPERT, Georges. **A Regra Moral nas Obrigações Civis**. São Paulo: Saraiva e Cia., 1937, p. 129.

em juízo, as prestações já se equipararam, ainda que por motivo independente da vontade das partes. Configura injustiça contratual a possibilidade de o contratante alegar desvantagem desproporcional quando, no momento em que a invoca, inexistir prejuízo.⁵³⁹

A lesão é aplicável aos contratos bilaterais, onerosos e comutativos, cuja essência é a sinalgmaticidade entre as prestações, isto é, contratos em que há uma relação de proporcionalidade entre os aportes realizados por cada uma das partes. Entretanto, poderá ser estendido aos contratos unilaterais onerosos, caso do mútuo feneratício. É um contrato unilateral, pois só o mutuário fica adstrito a obrigações (de restituir o dinheiro, mais os juros), embora oneroso, pois se verifica correspondência de atribuições patrimoniais para ambas as partes (o mutuário se beneficia da disponibilidade da soma de dinheiro ou de outras coisas fungíveis durante certo prazo, e o mutuante recebe os respectivos juros).⁵⁴⁰

A possibilidade de se estender a lesão aos contratos unilaterais onerosos decorre da presença do sinalagma nos contratos onerosos, independentemente de serem unilaterais ou bilaterais.⁵⁴¹ No caso do mútuo, se os juros forem excessivos, não mais vai existir correspondência entre as vantagens recíprocas, o que vai abalar o sinalagma. No caso de a quebra ser de sinalagma genético, estar-se-á diante da lesão, classicamente somente aplicável aos contratos bilaterais, onerosos e comutativos.⁵⁴²

Além disso, a doutrina tradicional também não admite a possibilidade de se estender a lesão aos contratos aleatórios. Pode-se, todavia, admitir a sua aplicabilidade aos contratos aleatórios quando a vantagem que obtém uma das partes é excessiva, desproporcional em relação à álea normal do contrato, desde que se configurem os demais requisitos da lesão.⁵⁴³

⁵³⁹ PEREIRA, **Lesão nos Contratos**, op. cit., p. 176.

⁵⁴⁰ COSTA, Mario Julio de Almeida. **Direito das Obrigações**. 9. ed. Coimbra: Almedina, 2001, p. 333.

⁵⁴¹ Para a doutrina italiana, os contratos bilaterais e os contratos unilaterais onerosos são *contratti con prestazione corrispettiva*, cuja característica não é uma relação causal de interdependência entre obrigações, mas um nexó sinalagmático entre as atribuições. GATTI, Serafino. L'adeguatezza fra le prestazioni nei contratti con prestazione corrispettiva. **Rivista di Diritto Commerciale**. gr. 4. n. 11-12, ano LXI, nov./dez., 1963, p. 452, nota 2.

⁵⁴² Contra: BECKER, **Teoria Geral da Lesão nos Contratos**, op. cit., p. 92-93, entendendo que, no caso de juros excessivos, se trata de usura real, não se podendo falar nos contratos de mútuo, onerosos em "relação de correspondência entre os efeitos patrimoniais a cargo e em benefício das partes".

⁵⁴³ BECKER, **Teoria Geral da Lesão nos Contratos**, op. cit., p. 98. Contra: o art. 1.448, *comma* 4º do *Codice Civile* refere que "non possono essere rescissi per causa di lesione i contratti aleatori". Em tradução livre: "Não podem ser rescindidos por lesão os contratos aleatórios".

Não é necessário que as prestações recíprocas sejam equivalentes segundo um critério objetivo. Basta que cada parte considere a outra prestação uma compensação suficiente para a sua prestação, interessando um juízo subjetivo de cada parte contratante.⁵⁴⁴ Eventual desequilíbrio objetivo que possa ocorrer não tem influência sobre a natureza do contrato, que conservará a sua essência onerosa se as partes atribuíram às respectivas vantagens e aos sacrifícios uma relação de equivalência. Não se exige, desta forma, que a valoração das prestações, feita pelas partes contratantes, coincida com aquela objetiva de mercado.⁵⁴⁵

É suficiente que a relação de equivalência entre prestação e contraprestação seja aproximada. Em regra, não é possível a obtenção de uma equivalência perfeita entre o que se presta e o que se contrapresta. A valoração do equilíbrio será “objetiva-subjetiva”, e não estritamente objetiva, isto é, regulada por uma escala objetiva de valores. Cada contratante inclui na sua valoração os elementos subjetivos, comuns ao lugar ou a algumas pessoas ou a si próprios.⁵⁴⁶

Nesse sentido, também Humberto Theodoro Junior, quando afirma:

É claro que não se pode exigir uma absoluta igualdade na equação contratual, porque no comércio jurídico é natural procurar-se o lucro que só é atingível se um dos contratantes conseguir uma certa vantagem sobre o outro. O intolerável é a exorbitância do lucro, obtida por meio de imposições que representem a exploração desonesta de uma parte sobre a outra.⁵⁴⁷

Além disso, a afirmação de que a adequação entre as prestações deveria ser objetiva representaria um “golpe no coração” da autonomia privada. Longe de se sancionar um princípio contrastante com a autonomia privada, alçou-se a adequação objetiva a critério supletivo em relação à adequação subjetiva.⁵⁴⁸ Isto porque a todo contrato é ínsita uma

⁵⁴⁴ LARENZ, Karl. **Derecho de Obligaciones**. v. I. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1958, p. 267. Ver COSTA, **Direito das Obrigações**, op. cit., p. 332: “Os contratos onerosos não supõem forçosamente um perfeito equilíbrio objetivo ou absoluta contrapartida econômica das prestações. O que em regra importa é a equivalência subjetiva, quer dizer, a que corresponde à avaliação ou vontade dos contraentes”.

⁵⁴⁵ GATTI, L'adeguatezza fra le prestazione nei contratti com prestazione corripettive, op. cit., p. 441.

⁵⁴⁶ PONTES DE MIRANDA, Francisco. **Tratado de Direito Privado**. 2. ed. v. XXV. Rio de Janeiro: Borsó, 1959, p. 236-237.

⁵⁴⁷ THEODORO JUNIOR, Humberto. **Comentários ao Novo Código Civil**. 2. ed. v. III. t. I. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 221.

⁵⁴⁸ GATTI, L'adeguatezza fra le prestazione nei contratti com prestazione corripettive, op. cit., p. 440.

vontade de contratar. “A intensidade do desejo e, em sentido inverso, a moderação da necessidade têm relevo na fixação do preço, e não têm em si nada de ilegítimo.”⁵⁴⁹ Veja-se: há lesão quando um comprador paga “a preço de ouro” um prédio que para ele tem valor histórico, ou quando um colecionador somente vende um quadro ou uma estátua a um alto valor.⁵⁵⁰

Nesses casos, o mais relevante na verificação da equivalência entre as prestações recíprocas é realmente uma adequação subjetiva, pois as partes é que devem contentar-se com a prestação recebida, mesmo que esteja além do valor de mercado. Entretanto, os primeiros juristas e filósofos a tratar do assunto não acreditavam que o valor dos bens intercambiados pudesse ser medido pela satisfação pessoal ou pelas vantagens que eles conferem à pessoa que os recebeu. Ao contrário, entendiam que o vendedor não seria capaz de determinar nada mais do que o preço verdadeiro, mesmo que o comprador tenha retirado muito mais proveito de sua aquisição. Como é possível perceber, estes primeiros escritores identificavam o verdadeiro valor ou o preço justo dos bens com o preço de mercado, sob condições competitivas normais.⁵⁵¹

Embora Aristóteles não tenha tratado da ideia de preço de mercado, tal identificação ao preço justo logo foi elaborada por aqueles que estudaram a sua obra no Oeste. Um exemplo é Albertus Magnus, um dos fundadores da tradição aristotélica, que já descrevia o justo preço como o valor que os bens possuem numa estimativa de mercado ao tempo da venda.⁵⁵² Já os juristas escolásticos, dos séculos XVI e XVII, usualmente explicavam que o preço de mercado reflete a necessidade dos compradores, a escassez dos bens e os seus custos de produção — fatores já considerados pelos autores da tradição aristotélica —, não sendo, portanto, tal preço de mercado um preço fixo, podendo variar de um dia para o outro e de uma região para outra, em resposta a diferentes necessidades, à escassez e aos custos.⁵⁵³

Evidencia-se que as prestações de um contrato são balanceadas numa relação de adequação, e não de equilíbrio estrito ou de equivalência, ou seja, deve haver uma justa relação de recíproca conveniência, cuja valoração é remetida às partes.⁵⁵⁴

⁵⁴⁹ RIPERT, *A Regra Moral nas Obrigações Civis*, op. cit., 1937, p. 126.

⁵⁵⁰ Ibid.

⁵⁵¹ GORDLEY, *Equality in Exchange*, p. 1604.

⁵⁵² Albertus Magnus, *apud* GORDLEY, *Equality in Exchange*, op. cit., p. 1604.

⁵⁵³ GORDLEY, *Equality in Exchange*, op. cit., p. 1605.

⁵⁵⁴ GATTI, *L'adeguatezza fra le prestazione nei contratti com prestazione corripettive*, op. cit., p. 443.

No entanto, esta adequação subjetiva subsiste somente em princípio, ou seja, considerando-se que as partes contratantes sejam paritárias e que realmente tenha ocorrido negociação dos termos do contrato. Atualmente, tal situação não mais pode ser presumida como nos tempos do voluntarismo contratual, em que a justiça do contrato era decorrência necessária da vontade dos contratantes. Hoje, o justo é aquilo tido concretamente como o justo numa determinada situação, traduzido no antigo conceito de justiça comutativa, que exige que o contrato não destrua o equilíbrio que existia anteriormente entre os patrimônios, implicando que cada uma das partes receba o equivalente àquilo que deu.⁵⁵⁵

Assim, a incidência do princípio da equivalência das prestações, em seu viés objetivo, será mais intensa naquelas situações em que, ausente a negociação, se presume o desequilíbrio de poderes, não bastando a adequação subjetiva entre as prestações para que o contrato seja considerado válido.⁵⁵⁶

Bernard Gilson afirma que cada contratante se obriga — em função da totalidade da prestação que a outra parte cumprirá, incluindo, além da prestação principal e acessória, o que num contrato de compra e venda seria a entrega do produto mediante o pagamento do preço — aos deveres anexos, como, por exemplo, a prestação de garantia por parte do fornecedor do bem, pois o adquirente deve estar protegido contra eventuais vícios que o bem adquirido possua.⁵⁵⁷

Fundamentalmente, o equilíbrio contratual é verificado através da equivalência (ainda que não seja matematicamente perfeita) entre prestação e contraprestação. Não se deve olvidar, porém, que um conjunto de cláusulas abusivas pode tornar o contrato, como um todo, lesionário. É necessário que se comparem todos os direitos e as obrigações assumidos pelas partes para que se possa concluir acerca do equilíbrio ou do desequilíbrio do negócio jurídico. Tal verificação deve pautar-se pela análise de toda a complexidade do contrato, pois a “desproporção entre prestação e contraprestação pode não existir, por parecerem equilibradas e, não obstante, haver aproveitamento em virtude de vantagens excessivas nas circunstâncias de tempo ou lugar, modo ou outras cláusulas do contrato”.⁵⁵⁸

⁵⁵⁵ BECKER, **Teoria Geral da Lesão nos Contratos**, op. cit., p. 100.

⁵⁵⁶ Ibid.

⁵⁵⁷ Bernard Gilson, *apud* BECKER, **Teoria Geral da Lesão nos Contratos**, op. cit., p. 103.

⁵⁵⁸ BECKER, **Teoria Geral da Lesão nos Contratos**, op. cit., p. 107.

Por outro lado, Jacques Ghestin assevera que a análise da lesão deve cingir-se apenas aos deveres principais do contrato, isto é, à análise de suas prestações principais, não às suas cláusulas acessórias, mesmo que elas possam desequilibrar o contrato em favor de uma das partes. O problema de eventuais cláusulas acessórias aptas a desequilibrar o contrato estaria abrangido pela proibição de cláusulas abusivas; proibição que, segundo a sua opinião, não pode ser confundida com a noção de “justo preço” que caracteriza a lesão em seu sentido técnico. A proibição de cláusulas abusivas não visa “a corrigir uma falta de equivalência entre o objeto do contrato e o seu preço, mas a eliminar tais cláusulas, que, embora parecendo acessórias, são suscetíveis de ter uma incidência importante sobre a execução do contrato”.⁵⁵⁹

A lesão tem o escopo de manter o equilíbrio entre as prestações principais, pois se ocupa do núcleo da relação contratual, da conservação do sinalagma genético, relacionado à prestação e à contraprestação, que devem ser equânimes desde o momento da contratação. Se outras cláusulas do contrato o tornarem iníquo, deve-se utilizar o recurso da invalidação das cláusulas abusivas, e não da lesão.

Quando se discute o justo valor de um contrato, isto é, o justo preço, a justiça não pode ser vista somente sobre o prisma da igualdade. A igualdade absoluta das prestações é tão difícil de se realizar como a igualdade dos contratantes.⁵⁶⁰ Por isso, a equivalência entre as prestações deve ser observada de forma relativa, a ser analisada no caso concreto, a partir de critérios de razoabilidade. Diante disso, fica claro que pequenas desproporções não estão cobertas pela figura da lesão, sendo necessário, na visão de Iturraspe, uma “evidente desproporção, diante da qual não há remédio... Uma diferença entre preço convencionado e preço real não basta, posto que é comum nos negócios, e, se toda vez que ela se apresentasse, fosse causa de anulação, desapareceria a segurança das transações econômicas e das relações jurídicas”.⁵⁶¹

Ressalte-se que o ideal de justiça nos contratos deve ser compatibilizado com a segurança no tráfico das relações negociais, por isso é que nem toda desigualdade importa. A

⁵⁵⁹ GHESTIN, Jacques. **Traité de Droit Civil: Les Obligations**. Paris: L.G.D.J., 1988, p. 622 e 675.

⁵⁶⁰ RIPERT, A **Regra Moral nas Obrigações Civis**, op. cit., 1937, p. 127.

⁵⁶¹ ITURRASPE, Jorge Mosset. **Interpretacion Economica de los Contratos: Justicia Contractual**. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni Editores, 1994, p. 264. Nesse sentido, PEREIRA, **Lesão nos Contratos**, op. cit., p. 115, entende que: “Essa igualdade no contrato é tão impossível do ponto de vista subjetivo como objetivo. E a menor dose de senso comum faz ressaltar que, se se condicionar a validade do ato à rigorosa equivalência das prestações, os negócios se ressentirão de segurança e estímulo, e, pois, ninguém faria nenhum”.

margem de tolerância possui como fronteira os limites de uma prestação que seja iníqua, exagerada, excedente à álea normal do contrato.⁵⁶²

O que se deve avaliar é que nem toda desproporção importa juridicamente. Existe uma certa margem de tolerância para a desproporção entre as prestações; margem na qual se insere o lucro, pois é “incontestável a licitude — e por certo também a moralidade — da elaboração ou aquisição de mercadorias para lucrar sobre a diferença entre o preço de custo da produção ou da compra e o preço da venda ou revenda”.⁵⁶³

Em alguns ordenamentos jurídicos, a desproporção entre as prestações, que configura a figura lesão, foi tarifada pela legislação.⁵⁶⁴ Mas é evidente que o recurso ao tarifamento não satisfaz, por não conseguir compreender a variedade das relações negociais.⁵⁶⁵ Além disso, instituindo o legislador tarifamento, qualquer que seja, estará agindo com uma dose de arbítrio⁵⁶⁶ que poderá impedir uma ideal adequação da equivalência entre as prestações.

Entre os ordenamentos que se utilizaram do critério do tarifamento, estão o francês, no qual a desproporção deve ser de 7/12, e o italiano, onde se considera o critério da lesão *ultra dimidium*. Na Espanha, onde a lesão tem aplicação restrita, o tarifamento ficou na proporção da quarta parte.⁵⁶⁷

A tendência das legislações mais modernas é deixar ao prudente critério do julgador a verificação, no caso concreto, do efetivo desequilíbrio entre as prestações.⁵⁶⁸ Foi neste sentido que o Código Civil estabeleceu que será lesionário o contrato cuja prestação for manifestamente desproporcional.

⁵⁶² BECKER, **Teoria Geral da Lesão nos Contratos**, op. cit., p. 111.

⁵⁶³ Ibid., p. 110. No mesmo sentido, PEREIRA, **Lesão nos Contratos**, op. cit., p. 114, acrescenta que: “Mas é lógico que em todo negócio as partes devem contar com uma margem de lucro, sob pena de se paralisar todo o comércio e cessarem as transações. Compreendido no justo preço o lucro razoável, haveria lesão desde que se configurasse qualquer diferença, por mínima que fosse, em relação a ele”.

⁵⁶⁴ Assevera PEREIRA, **Lesão nos Contratos**, op. cit., p. 111, que a fonte romana reputava bom o preço não inferior à metade do justo, e honesto o negócio desde que a desproporção de valor não excedesse a metade. A base imposta emprestou inclusive o nome da figura — *lesão ultra dimidian*.

⁵⁶⁵ Ibid.

⁵⁶⁶ Ibid., p. 114.

⁵⁶⁷ SILVA, Luís Renato Ferreira da. A lesão enorme e o direito brasileiro. In: MEDEIROS, Antônio Cachapuz de (Org.). **Faculdade de Direito na PUCRS: O ensino jurídico no limiar do novo século**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1997, p. 101.

⁵⁶⁸ BECKER, **Teoria Geral da Lesão nos Contratos**, op. cit., p. 112.

Na Alemanha, o *BGB*, em seu parágrafo 138, estabeleceu que deve haver uma “desproporção manifesta”, segundo as circunstâncias, entre prestações estabelecidas num contrato bilateral. O legislador renunciou conscientemente ao estabelecimento de uma relação de valor determinada, tal como acontecia no direito romano. Por exemplo, tratando-se de uma compra e venda, o preço a pagar será aquele pago usualmente em determinadas circunstâncias de tempo e lugar. Somente se poderá falar de uma desproporção manifesta se a mesma é tão grande que os limites do que se pode ainda justificar, de acordo com todas as circunstâncias, foram ultrapassados.⁵⁶⁹

Nesta esteira vale lembrar a passagem de Pedro Eiró:

Determinar se o benefício prometido ou concedido é excessivo ou injustificado, isto é, se a lesão é ou não relevante, fica entregue caso por caso ao prudente arbítrio do julgador. No fundo, o julgador terá que decidir se aquele negócio concreto é ou não injusto. (...) Terá de determinar se os benefícios prometidos ou concedidos pelo declarante têm uma justificação em face das concepções gerais existentes em cada momento, acerca da justiça interna dos negócios, acerca da justiça própria do ordenamento jurídico.⁵⁷⁰

A fixação do “preço justo” apresenta dificuldades. Todavia, não falta um ponto de apoio para se estabelecerem os limites máximo e mínimo além dos quais um preço não pode mais ser avaliado como equivalente: “... custos, trabalho empregado, riscos, situação do mercado e relação entre oferta e procura”. Além disso, deve-se considerar que nem sempre o estabelecimento do preço justo pode ser deixado ao alvedrio do mercado. Isto ocorre quando o equilíbrio do próprio mercado está prejudicado, em razão de uma grande escassez ou em virtude de um monopólio.⁵⁷¹

Na França, quando da preparação do *Code Civil*, a intenção de seus elaboradores era no sentido de rejeitar a possibilidade de se conferir qualquer forma de alívio para negócios jurídicos evitados de lesão. Berlier argumentava que: “... as coisas não têm, em geral, um preço verdadeiro, um preço justo. Elas são menos valiosas para uma pessoa, mais para outra... mas o preço somente é conhecido pelo acordo propriamente”.⁵⁷² Sua posição foi acolhida apenas

⁵⁶⁹ LARENZ, **Derecho Civil: Parte General**, op. cit., p. 620.

⁵⁷⁰ EIRÓ, Pedro. **Do negócio usurário**. Coimbra: Almedina, 1990, p. 64.

⁵⁷¹ LARENZ, Karl. **Derecho Justo: Fundamentos de Ética Jurídica**. Madrid: Civitas, 1993, p. 81-82.

⁵⁷² Berlier, *apud* GORDLEY, Equality in Exchange, op. cit., p. 1593.

parcialmente, pois o art. 1.118 do *Code Civil* considerou que uma desproporção existente entre as prestações de um contrato não seria suficiente para o invalidar, como regra geral. Contudo, por uma insistente solicitação de Napoleão Bonaparte, uma exceção foi feita no art. 1.674 do *Code Civil*, possibilitando o reconhecimento da lesão em venda de terras por menos que 5/12 do seu valor.⁵⁷³

O argumento de Napoleão era o seguinte: “A maneira como uma pessoa dispõe da terra não é sem importância para a sociedade, e o direito deve garantir que não se façam sacrifícios, num momento de loucura, em relação à herança de seus pais e ao patrimônio de seus filhos, em razão da violência das paixões”.⁵⁷⁴

Ripert, em 1937, já criticava o tarifamento da lesão. Dizia ele que as proporções já estabelecidas para a lesão pouco significam. “A limitação da lesão à metade, dizia o conselheiro Fabry à Sociedade de Estudos Legislativos, parece-me arbitrária, injusta e inaplicável. É impossível submeter o direito às matemáticas. Esta limitação vem duma antiga concepção do direito segundo a qual o direito deve consistir em regras rígidas que o juiz deve aplicar sem comentários”.⁵⁷⁵

Desta forma, a vantagem de se utilizarem conceitos indeterminados para a verificação da desproporção das prestações é permitir-se ao juiz uma real aproximação do caso concreto, possibilitando-lhe verificar a desproporção da forma mais consentânea possível com a realidade. Isto poderá ser realizado compatibilizando-se o equilíbrio subjetivo e objetivo, pois a “qualidade de lesionado não pode ser extraída da simples desproporção objetiva do contrato, mas do contexto, do quadro de circunstâncias consideradas pelo direito”.⁵⁷⁶

A indeterminação do elemento objetivo permite uma maleabilidade maior da lesão perante o tarifamento utilizado anteriormente, tornando o conceito, por si só, mais apto a realizar a justiça do caso concreto.⁵⁷⁷

⁵⁷³ GORDLEY, Equality in Exchange, op. cit., p. 1593.

⁵⁷⁴ Ibid.

⁵⁷⁵ RIPERT, **A Regra Moral nas Obrigações Civis**, op. cit., 1937, p. 125. No mesmo sentido, DEMOLOMBE, G. **Traité des Contrats ou des Obligations Conventionnelles en Général**. v. 24. t. I. Paris: Tipografia Lahure, 1877, p. 180, ao defender que o valor das coisas é relativo e subjetivo.

⁵⁷⁶ BECKER, **Teoria Geral da Lesão nos Contratos**, op. cit., p. 114.

⁵⁷⁷ SILVA, Luís Renato Ferreira da. **Revisão dos Contratos: do Código Civil ao Código de Defesa do Consumidor**. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 81.

O conceito de lesão, apoiado exclusivamente no elemento objetivo da desproporção entre as prestações, implicará deturpações incompatíveis com os seus objetivos, permitindo que a regra seja invocada com má-fé por quem não tenha sido explorado pelo outro contratante, perturbando a imprescindível segurança jurídica no tráfego negocial.⁵⁷⁸

Após a discussão acerca do elemento objetivo da lesão e de seus desdobramentos, passamos a analisar os elementos subjetivos necessários à conformação da lesão.

3.1.1.2. Elementos subjetivos: a inferioridade do contratante lesado e o dolo de aproveitamento do contratante beneficiado

Numa situação normal de mercado, diante da possibilidade de contratar, as partes estarão diante de duas alternativas: podem simplesmente trocar uma coisa pela outra, sem que qualquer das partes enriqueça ou empobreça, ou, se uma delas desejar enriquecer a outra, pode realizar, por exemplo, uma doação. O direito valoriza os dois exercícios de autonomia:

... a troca, porque ela possibilita a cada parte receber o que precisa sem mudar a distribuição da riqueza; o presente, porque ele muda a distribuição da riqueza, o que é provável que seja positivo, ao invés de arbitrário, desde que a decisão seja feita pela pessoa que decide tornar-se mais pobre.⁵⁷⁹

Ao contrário, quando uma pessoa não está apta a dispor das regras do mercado em razão de ignorância ou necessidade, não se pode afirmar que ela esteja, verdadeiramente, diante das opções citadas acima, e o direito não valoriza esse exercício da autonomia.⁵⁸⁰

Observe-se, entretanto, que tal formato de lesão, que considera, além da desproporção, a exploração de uma precária situação ou um defeito no consentimento, é

⁵⁷⁸ BECKER, **Teoria Geral da Lesão nos Contratos**, op. cit., p. 85. No mesmo sentido, ver PEREIRA, **Lesão nos Contratos**, op. cit., p. 116: “Escrevendo ainda no regime do Código Italiano de 1865, o Prof. Alerto Montel (...) observava que manter o critério de uma proporcionalidade aritmética fixa, *rigida tra la viltà di una prestazione e l’entità di quella che sarebbe la giusta*, não basta. O que lhe parece relevante, útil para conceituar a lesão é o aproveitamento de um dos contratantes sobre o *stato di bisgno in cui l’altro so trova, della sua leggerezza od inesperienza degli affari*. O fundamento último da rescisão deve ser a iniquidade do negócio, a qual não se encontra na simples desproporção de valores, mas no abuso da situação da outra parte que faz presumir a falta de espontaneidade e de liberdade do consentimento”.

⁵⁷⁹ GORDLEY, *Equality in Exchange*, op. cit., p. 1619.

⁵⁸⁰ *Ibid.*

criticado por James Gordley, que crê ser ele compatível com a visão de contrato que se tinha no século XIX, que o definia não pelos termos do seu “arranjo”, mas pelos termos do consentimento, propriamente. Ele opta por uma versão da lesão que considera apenas a questão da desproporção,⁵⁸¹ que, como se verá abaixo, não coincide com a perspectiva adotada pelo Código Civil de 2002, mas que se aproxima daquela adotada pelo Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 6º, V, 1ª parte.⁵⁸²

Considerando-se que o Código Civil optou por valorar também elementos subjetivos para a configuração da lesão, passa-se, então, à sua análise, iniciando-se pela situação de inferioridade em que se encontra o contratante lesado.

Situação de inferioridade é qualquer circunstância apta a reduzir sensivelmente a efetividade da autonomia negocial do contratante lesado,⁵⁸³ não se tratando de uma minoração do querer, mas das condições negociais.⁵⁸⁴ O Código Civil brasileiro requer que o contratante lesado esteja em situação de “premente necessidade ou inexperiência”. Já o Código Civil alemão (*BGB*) faz referência à situação de necessidade, ligeireza ou inexperiência, enquanto o Código Civil italiano exige apenas um *stato di bisogno*.⁵⁸⁵

O estado de necessidade não está relacionado com a pobreza em que vive a parte prejudicada, mas com a impossibilidade de se evitar o contrato, que não decorre da capacidade econômica ou financeira do lesado, mas das circunstâncias de não poder deixar de efetuar o negócio jurídico.⁵⁸⁶ A necessidade premente, de acordo com Humberto Theodoro Junior, é a decorrente tanto de aspectos materiais quanto de espirituais, que coloquem o

⁵⁸¹ GORDLEY, Equality in Exchange, op. cit., p. 1636-1637.

⁵⁸² Em sentido contrário, NEGREIROS, **Teoria dos Contratos**, op. cit., p. 191: “É diversa a orientação do CDC em comparação com aquela dada pelo novo Código Civil ao instituto da lesão. Enquanto o CDC declara a nulidade da cláusula que coloca o consumidor em desvantagem exagerada, sem fazer referência a aspectos subjetivos, o novo Código Civil, ao contrário, condiciona a anulação do negócio à demonstração de que a parte prejudicada se encontrava numa situação de inferioridade. No entanto, a diversidade é mais aparente do que real: o reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor constitui uma presunção legal instituída pelo CDC (art. 4, I). Assim é que, no âmbito das relações de consumo, o traço subjetivo da lesão não deixa de estar igualmente presente na lógica funcional do instituto”.

⁵⁸³ PEREIRA, **Lesão nos Contratos**, op. cit., p. 120.

⁵⁸⁴ SILVA, A lesão enorme e o direito brasileiro, op. cit., p. 104.

⁵⁸⁵ *Ibid.*, p. 103.

⁵⁸⁶ BECKER, **Teoria Geral da Lesão nos Contratos**, op. cit., p. 121-122. No mesmo sentido, PEREIRA, **Lesão nos Contratos**, op. cit., p. 165, quando exemplifica: “Um indivíduo pode ser milionário. Mas, se num momento dado ele precisa de dinheiro de contado, urgente e insubstituível, e para isso dispõe de um imóvel a baixo preço, a necessidade que o leva a aliená-lo compõe a figura da lesão”.

contratante numa situação tão angustiante que não consiga evitar a necessidade de realizar o contrato.⁵⁸⁷

Messineo entende o estado de necessidade como uma situação que diminui a liberdade de eleição e que induz o sujeito a concluir o contrato. Ele deverá ser o motivo determinante da celebração do contrato.⁵⁸⁸ A necessidade, para fins de caracterização da lesão, não precisa ser de ordem econômica, “sendo suficiente que seja tal que se possa considerar tolhida ou significativamente reduzida a liberdade contratual”.⁵⁸⁹

Acrescenta Pedro Eiró que a necessidade deve ser analisada casuisticamente, tendo-se como parâmetro o mínimo existencial:

A situação de necessidade econômica, embora tenha de ser avaliada casuisticamente, deve sempre respeitar as necessidades mínimas de sustento ou condições de vida condizentes com a dignidade da pessoa humana. O critério a ser utilizado deverá ser o perigo que ameaça a existência econômica do declarante.

Não se pode traduzir, por exemplo, na falta de dinheiro para a realização de despesas supérfluas ou *ad pompam et ostentationem*. Essas situações não podem ser comparadas às anteriores. Uma igualdade de tratamento jurídico para todas elas seria injusto e não teria razão de ser.⁵⁹⁰

O estado de necessidade não se confunde com o estado de perigo, na medida em que aquele tem natureza patrimonial, enquanto este tem natureza pessoal.⁵⁹¹ Outro elemento que pode diferenciá-lo é o fato de que, na lesão, a outra parte não precisa saber da necessidade ou da inexperiência, o que se exige no estado de perigo, em que a parte beneficiada deve saber que a obrigação foi assumida para que a outra parte se salve de grave dano.⁵⁹² Leva-se em consideração no estado de perigo o elemento subjetivo do dolo de aproveitamento, que não é exigido na lesão, na forma adotada pelo Código Civil. Neste sentido, a manifestação de Humberto Theodoro Junior:

⁵⁸⁷ THEODORO JUNIOR, *Comentários ao Novo Código Civil*, op. cit., p. 228.

⁵⁸⁸ MESSINEO, Francesco. *Doctrina General del Contrato*. v. II. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-América, 1952, p. 293-294.

⁵⁸⁹ EIRÓ, *Do negócio usurário*, op. cit., p. 29.

⁵⁹⁰ *Ibid.*, p. 30.

⁵⁹¹ MESSINEO, *Doctrina General del Contrato*, op. cit., p. 295.

⁵⁹² MOREIRA ALVES, José Carlos. *A Parte Geral do Projeto do novo Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1986, p. 144.

No estado de perigo, o que determina a submissão da vítima ao negócio iníquo é o risco pessoal (perigo de vida ou de grave dano à saúde ou à integridade física de uma pessoa). Na lesão (ou estado de necessidade), o risco provém da iminência de danos patrimoniais, como a urgência de honrar compromissos, de evitar a falência ou a ruína dos negócios.⁵⁹³

É o caso de um indivíduo habitante de uma cidade do interior, que possui um filho à beira da morte, a quem o médico prescreveu certo medicamento que só existe numa farmácia. O farmacêutico vende o remédio a um preço extorsivo. Ainda que o comprador seja um homem de negócios e de posses, terá efetuado o negócio sob premente necessidade, face à alternativa de ver o filho morrer ou se submeter à exigência do vendedor.⁵⁹⁴

A inexperiência, também elencada no Código Civil, indica a “inexperiência contratual, a falta de conhecimentos ou habilidades relativos à natureza daquilo que se realiza, excludente ou prejudicial, da capacidade de exata percepção ou entendimento de coisas ou fatos, sob o ponto de vista econômico”.⁵⁹⁵

Não se confunde com o erro, pois não se trata de desconhecimento ou falso conhecimento de uma realidade. O inexperiente reconhece a desproporção, mas, por falta de experiência da vida, concorda com ela, sem atentar para as consequências economicamente prejudiciais.⁵⁹⁶

O vocábulo inexperiência caracteriza a situação de desigualdade existente entre as partes, que irá ser aproveitada pelo mais forte, capaz, inteligente, em detrimento do débil ou inexperimentado. A referida figura não alcança o dolo porque a parte beneficiada não se utiliza de nenhum artifício enganoso ou de uma omissão para induzir a outra parte a contratar. A hipótese também não se configura como erro ou ignorância, porque a vítima contratou voluntariamente.⁵⁹⁷

⁵⁹³ THEODORO JUNIOR, Humberto. Dos defeitos do negócio jurídico no novo código civil: fraude, estado de perigo e lesão. **Revista Forense**. Rio de Janeiro: Forense, v. 98, n. 364, nov./dez., 2002, p. 174.

⁵⁹⁴ PEREIRA, **Lesão nos Contratos**, op. cit., p. 165.

⁵⁹⁵ BECKER, **Teoria Geral da Lesão nos Contratos**, op. cit., p. 122-123.

⁵⁹⁶ MOREIRA ALVES, **A Parte Geral do Projeto de Código Civil Brasileiro**, op. cit., p. 145. Trata-se de manifestação da Comissão Revisora do Projeto em relatório que respondia à sugestão de retirada do termo “inexperiência do projeto”. Contra: BECKER, **Teoria Geral da Lesão nos Contratos**, op. cit., p. 123, entende que a inexperiência se aproxima da figura do erro.

⁵⁹⁷ Jorge Mosset Iturraspe, *apud* ANDORNO, La lesion, op. cit., p. 23.

Ela não quer significar, todavia, incultura, pois que um homem erudito, letrado, inteligente, muitas vezes se acha, em contraposição com o outro contratante arguto, na situação de não perceber bem o alcance do contrato que faz, por escapar de sua atividade comum. Deve-se considerar, além da inexperiência geral, decorrente de grau modesto de desenvolvimento, a inexperiência contratual, que se aferirá tanto em relação à natureza da transação, quanto à pessoa da outra parte.⁵⁹⁸

A inexperiência residiria no fato de o contratante:

... pelo seu estado de espírito, ou por não ser afeito aos negócios, ou pela ausência de conhecimento sobre a natureza do que realiza — não dispor de meios adequados de informação sobre o contrato que celebra, ou sobre o preço da coisa ou ainda sobre as condições de mercado. Desafeito ao negócio, ajusta uma avença em tais termos que proporciona ao co-contratante um “lucro maior da marca”, ao mesmo tempo que sofre um grande prejuízo.⁵⁹⁹

A inexperiência significa falta de uma experiência geral de vida ou inexperiência em matéria de negócios, não sendo suficiente para caracterizar a lesão a falta de experiência precisamente em negócios do tipo em questão.⁶⁰⁰

Nada impede que à inexperiência se relacionem pessoas de escassa cultura ou que, por sua juventude, não tenham adquirido conhecimentos suficientes a respeito da vida, desde que esse requisito não seja exigido sempre. Acrescente-se a isto o fato de a complexidade dos negócios se ampliar a cada dia, e até mesmo muitos produtos, em decorrência de avanços tecnológicos disponíveis a qualquer um, deixam pessoas com inteligência até mesmo acima da média, em domínios alheios ao seu conhecimento, totalmente vulneráveis diante do co-contratante.⁶⁰¹

A retomada da lesão no ordenamento jurídico brasileiro vem num momento de renovação da teoria contratual, com a superação do ideal de que os contratantes são partes livres e iguais e que apenas quando ludibriados em seus atos poderiam vê-los desfeitos. Ultrapassada esta visão, materializada na máxima “*Qui dit contractuel dit juste*”, é possível

⁵⁹⁸ PEREIRA, **Lesão nos Contratos**, op. cit., p. 167.

⁵⁹⁹ Ibid., p. 199.

⁶⁰⁰ LARENZ, **Derecho Civil: Parte General**, op. cit., p. 621.

⁶⁰¹ BECKER, **Teoria Geral da Lesão nos Contratos**, op. cit., p. 123.

perceber na lesão algo além de um “mau negócio fruto da liberdade de agir no mundo negocial”. Destaque-se que continuarão a existir bons e maus contratos, importando distinguir os contratos ruins dos lesionários.⁶⁰²

Superada a análise do estado de necessidade e da inexperiência, segue-se para a discussão da necessidade do dolo de aproveitamento para a configuração da lesão.

No momento em que se assume que não mais subsiste a igualdade material entre as partes contratantes, verificando-se cada vez mais situações de inferioridade com relevância no mundo jurídico ou simplesmente situações de intensa diferença entre o poder de barganha das partes, passou-se a discutir se houve exploração por parte do contratante beneficiado por um contrato lesionário.⁶⁰³

Para Caio Mário da Silva Pereira, o elemento subjetivo está no aproveitamento das condições do contratante em situação de inferioridade, que tenha sido levado a suportar as cláusulas lesionárias em razão de sua própria inexperiência, de sua leviandade ou do estado de necessidade em que se encontra no momento de contratar, não sendo suficiente que um dos contratantes tenha obtido um lucro excessivo, é preciso também que se tenha aproveitado daquelas circunstâncias. Este fator subjetivo está no aproveitamento consciente da situação anormal da outra parte para fins lucrativos, ainda que não haja intenção específica de explorar tais circunstâncias.⁶⁰⁴

O Código Civil brasileiro afastou-se do sistema alemão e italiano, e portanto do sistema português, que naqueles se baseou, já que não se preocupa em punir a atitude maliciosa do favorecido, mas sim proteger o lesado — tanto que, diferentemente do que ocorre no estado de perigo, em que o beneficiário tem de o reconhecer, na lesão o próprio conhecimento da situação da inferioridade é indiferente para que ela se configure.⁶⁰⁵ Apesar dessa manifestação de Moreira Alves, Caio Mario da Silva Pereira, citado acima, e Humberto Theodoro Junior continuam defendendo a necessidade do dolo de aproveitamento para a caracterização da lesão. Vejamos:

⁶⁰² SILVA, **Revisão dos Contratos**, op. cit., p. 82-83.

⁶⁰³ BECKER, **Teoria Geral da Lesão nos Contratos**, op. cit., p. 115.

⁶⁰⁴ PEREIRA, **Lesão nos Contratos**, op. cit., p. 189.

⁶⁰⁵ MOREIRA ALVES, **A Parte Geral do Projeto de Código Civil Brasileiro**, op. cit., p. 109-110.

A lei, ao afirmar que a lesão se dá quando uma pessoa se obriga “sob *premente necessidade*, ou por *inexperiência*”, está implicitamente prevendo que o outro contratante tenha se prevalecido justamente desse quadro patológico adverso para impor as condições de desproporção entre as prestações ajustadas. (...) O que pode se extrair da orientação legal é que não se impôs à parte prejudicada o ônus de provar a malícia daquele que tirou proveito da lesão. O elemento psicológico da figura jurídica, porém, existe no comportamento de ambas as partes. (...) Para simplificar a tarefa da vítima, o *dolo de aproveitamento* não precisa ser comprovado, mesmo porque é sempre muito difícil a prova em juízo do *animus* doloso na espécie.⁶⁰⁶

A exigência do dolo de aproveitamento possibilita que a parte beneficiada com o contrato tenha a oportunidade de provar que agiu de boa-fé e sem a intenção de prejudicar a parte fragilizada, em razão do estado de necessidade ou da inexperiência.⁶⁰⁷

Entretanto, durante o período de tramitação no Congresso Nacional do atual Código Civil, várias propostas de emenda foram suscitadas para o art. 157. Uma delas foi a do então Senador Jutahy Magalhães, que desejava que a lesão ficasse condicionada ao dolo da parte beneficiada.⁶⁰⁸

Entendeu o redator da Parte Geral do Código Civil pela eliminação do dolo de aproveitamento dos requisitos para configuração, por considerar desnecessário o conhecimento da parte beneficiada pela lesão do estado de necessidade ou da inexperiência do contratante lesado. Apesar disso, a lesão positivada pelo art. 157 do Código Civil não pode ser considerada objetiva, pois requer a prova do estado de inferioridade do contratante lesado, apesar de desnecessária a prova do dolo de aproveitamento, por opção legislativa.⁶⁰⁹

A presença do dolo de aproveitamento é exigida em figura muitas vezes confundida com a lesão, o estado de perigo, assim definido por Tereza Ancona Lopez:

(...) O estado de necessidade é mais amplo, abrangendo, tanto quanto no Direito Penal, a exclusão da responsabilidade por danos. (...) Por outro lado, também no direito contratual aparece o conceito de estado de necessidade, toda vez que determinado sujeito, dadas certas circunstâncias, se vê forçado

⁶⁰⁶ THEODORO JUNIOR, **Comentários ao Novo Código Civil**, op. cit., p. 232.

⁶⁰⁷ *Ibid.*, p. 233.

⁶⁰⁸ MARTINS-COSTA, Judith. O novo Código Civil Brasileiro: Em busca da “ética da situação”. In: MARTINS-COSTA, Judith & BRANCO, Gerson Luiz Carlos. **Diretrizes Teóricas do Novo Código Civil Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 106.

⁶⁰⁹ MOREIRA ALVES, **A Parte Geral do Projeto de Código Civil Brasileiro**, op. cit., p. 144.

a concluir um negócio em condições desfavoráveis para evitar um prejuízo maior. Nesse caso já duas situações previstas e que não se confundem, apesar de muito parecidas: a lesão e o estado de perigo (...). Dessa forma, no Código Civil italiano, no artigo 1.447 (“*Contrato concluso in stato di pericolo*”), a rescisão contratual se dá por ter o declarante assumido obrigações iníquas geradas, *per la necessità*. Por sua vez, o artigo 1.448 estabelece a ação de rescisão por lesão, se houve desproporção entre as prestações por causa do *stato di bisogno*. No primeiro caso (estado de perigo), os requisitos da lei para que se configure o *stato di necessità* são os mesmos que caracterizam o estado de necessidade, como excludente de responsabilidade civil (...), ou seja, é preciso que essa *necessità* seja de salvar-se ou a outras pessoas de perigo atual de um dano grave à pessoa. De outro lado, no caso de lesão só se pode pedir a rescisão (...) diante da desproporção das prestações, que tem como causa o *stato di bisogno* (...). Não há temor de dano à pessoa, mas o declarante se encontra em “estado de precisão”, ou seja, estado de necessidade *econômica*, o que não significa pobreza.⁶¹⁰

A dessemelhança entre ambos as figuras, portanto, dá-se pela circunstância de que, no estado de perigo, existe a necessidade de salvar a si, ou pessoa próxima ao declarante, de dano grave, conhecido pela outra parte,⁶¹¹ ao passo que o estado de necessidade é um dos elementos da figura da lesão.⁶¹²

Apresentada a lesão, o próximo aspecto a ser discutido são as causas que afastam a lesão como via mais adequada de recepção da *economic duress*.

3.1.2. Razões que afastam a lesão como via de recepção da *economic duress*

Começamos a análise recordando os elementos necessários para a configuração da *economic duress*. Conforme foi apresentado na primeira parte desta tese, exige-se a prática de ameaça, que, nas relações comerciais, nosso foco de análise, se traduz no exercício de uma

⁶¹⁰ LOPEZ, Teresa Ancona. O estado de perigo como defeito do negócio jurídico. **Revista do Advogado**. São Paulo: AASP, v. 22, n. 68, 2002, p. 50.

⁶¹¹ Nesse sentido, o artigo 156 do Código Civil aponta os requisitos para a configuração do estado de perigo: “Configura-se o estado de perigo quando alguém, premido da necessidade de salvar-se ou a pessoa de sua família, de grave dano conhecido pela outra parte, assume obrigação excessivamente onerosa. Parágrafo único. Tratando-se de pessoa não pertencente à família do declarante, o juiz decidirá segundo as circunstâncias”.

⁶¹² O artigo 157 do Código Civil assim prescreve: “Ocorre a lesão quando uma pessoa, sob premente necessidade, ou por inexperiência, se obriga a prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta. / § 1º - Aprecia-se o valor das desproporções das prestações segundo os valores vigentes ao tempo em que foi celebrado o negócio jurídico. / § 2º - Não se decretará a anulação do negócio, se for oferecido suplemento suficiente, ou se a parte favorecida concordar com a redução do proveito”.

pressão na criação ou no desenvolvimento de uma relação negocial, que ultrapasse o limite estabelecido para transações livres e justas, e que tenha sido a causa determinante para a celebração do negócio jurídico ou para a sua alteração. Além disso, requisito central para que a *economic duress* ocorra é a inexistência de razoáveis alternativas para a parte que opta por realizar o negócio em tais termos, para evitar um prejuízo futuro. Também contribui para se delinear a *economic duress* o resultado do negócio jurídico assim obtido ser uma troca desproporcional.

Indispensável frisar-se que o parâmetro para essa análise será a existência de paralelismo funcional entre as figuras cotejadas.

O primeiro objeto de estudo será a lesão enorme. Figura de origem romana, distingue-se pelo desequilíbrio objetivo entre as prestações. Basta um exame superficial para se perceber que a funcionalidade da *economic duress* não coincide com a da lesão enorme, que busca atender casos em que o elemento de destaque é o desequilíbrio entre as prestações, diferentemente da *economic duress*, em que a troca desproporcional é um dos seus indicativos, porém não o determinante, pois outros aspectos, como a forma de exercício da pressão e como ela repercutiu na esfera jurídica da outra parte, são indispensáveis.

No que concerne à lesão especial, assim chamada a prevista no art. 157 do Código Civil — que se caracteriza quando presentes o desequilíbrio entre vantagens e desvantagens no momento da formação do negócio jurídico e o estado de necessidade ou inexperiência da parte prejudicada, sem a necessidade de estar presente o dolo de aproveitamento da parte que auferir vantagem —, também se depreende que os problemas que ela pretende tutelar são de natureza diversa daqueles em que a *economic duress* possui papel de destaque.

Percebe-se facilmente que a *economic duress* não se confunde com a lesão especial, visto que a primeira figura procura tutelar também o processo de negociação, avaliando-se não apenas a situação da parte que se encontra em desvantagem, mas também, e principalmente, o papel da parte que, necessariamente, excede os parâmetros aceitáveis de pressão que podem e são utilizados como forma de barganha no processo de contratação.

É relevante ponderar-se que, no caso da lesão cujo requisito é a presença de estado de necessidade ou inexperiência da parte prejudicada, ambos os estados não são cumulativos. Logo, é possível haver a lesão num contrato apenas por inexperiência da parte prejudicada (não se verificando, por isso, o estado de necessidade econômica em todos os casos de lesão), ao passo que na *economic duress* deve existir sempre o estado de necessidade

econômica, traduzido no que a doutrina da *common law* designou de “inexistência de razoáveis alternativas”.

Outro aspecto a ser analisado é a inaplicabilidade da lesão às relações jurídicas empresariais, campo fértil da *economic duress*. Este é o entendimento de Antonio Junqueira de Azevedo, quando afirma: “... é de bom-senso, já que os negócios jurídicos mercantis são onerosos e neles ambas as partes visam ao lucro, que não se admita a lesão”. E continua, afirmando que a intervenção estatal nas contratações não pode ser admitida nessas hipóteses, sob pena de se tolher a livre iniciativa, princípio basilar ao desenvolvimento econômico, fundante da República, isto é, um “valor social”.⁶¹³

Além disso, o caráter profissional do empresário, que se dispõe a investir em empreendimentos que objetivam o alcance, em determinado prazo, de retornos financeiros, faz presumir a sua capacidade de celebrar negócios jurídicos e de gerenciar riscos para o alcance desses resultados. Por isso, o profissional empresário não poderia estar submetido às regras de caráter subjetivo da lesão.⁶¹⁴

Diante dos argumentos discutidos acima, pode-se depreender que a figura da lesão não é a via mais adequada para a recepção da *economic duress*, pois, apesar de apresentar semelhanças, *economic duress* e lesão atendem a problemas jurídicos de natureza diversa: o primeiro visa, primordialmente, a proteger um contratante empresário que, premido por pressão que exceda os parâmetros aceitáveis nas relações negociais, celebra contrato ou modificação contratual que lhe é desfavorável. Em contrapartida, a segunda é direcionada, conforme Junqueira de Azevedo, apenas a relações não empresariais, em que não há pressão exercida pela parte que se beneficia do negócio jurídico, mas, ao contrário, a parte prejudicada se encontra em situação de desvantagem, em razão de inexperiência ou estado de necessidade, que faz com ela realize o contrato.

Tendo-se analisado os argumentos que impossibilitam a recepção da *economic duress* pela via da lesão, passa-se à análise do abuso do direito e das razões que não permitem que ele seja a via de recepção mais adequada da *economic duress* no sistema jurídico brasileiro.

⁶¹³ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. A lesão como vício do negócio jurídico. A lesão entre comerciantes. Formalidades pré-contratuais. Proibição de *venire contra factum proprium* e ratificação de atos anuláveis. Resolução ou revisão por fatos supervenientes. Excessiva onerosidade, base do negócio e impossibilidade da prestação. In: **Estudos e Pareceres de Direito Privado**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 113-114.

⁶¹⁴ *Ibid.*, p. 114.

3.2. O abuso do direito

O segundo capítulo desta parte da tese trata do exercício de posições jurídicas no campo do direito obrigacional, isto é, da roupagem jurídica dada às ações humanas exteriorizadas em sociedade. Lembre-se que “os direitos se exercitam desfrutando-os (usando-os), fazendo-os valer contra terceiros e dispondo deles”.⁶¹⁵

A normatização do exercício de direitos forma um tecido amplo e complexo, passando por normas que tratam do exercício jurídico no tempo (prescrição e decadência), por terceiros (representação) e de acordo com os valores imanentes de determinado sistema jurídico (exercício inadmissível de posições jurídicas).

Fernando Pessoa Jorge designou o exercício de um direito como o

... realizar as possibilidades de acção que constituem o conteúdo dele: significa, portanto, desencadear alterações no mundo sensível (ainda que para atingir efeitos ideais, como a manifestação da vontade negocial, ou a aceitação de um contrato, ou a interpelação do devedor), numa palavra, assumir comportamentos, mesmo que estes se destinem só a defender o direito.⁶¹⁶

A partir deste pressuposto, o objeto de estudo deste capítulo é o exercício abusivo dos direitos subjetivos, e também dos direitos potestativos, das faculdades e das posições jurídicas. É atualmente assente na doutrina que o exercício abusivo não atinge apenas os direitos subjetivos em sentido estrito, mas também “poderes, faculdades, direitos potestativos e outras realidades jurídicas”, pois “outras realidades jurídicas colocam-se, em certas circunstâncias, perante o sistema, numa sequência tal que a sua atuação, contrariando a boa-fé, torna-se, na linguagem do Código Civil (o português), ilegítima”.⁶¹⁷

⁶¹⁵ ENNECCERUS, Ludwig & NIPPERDEY, Hans Carl. **Derecho Civil: Parte General**. Trad. Blas Pérez Gonzales e José Alguer. t. I. v. II. Barcelona: Bosch, 1935, p. 529-530.

⁶¹⁶ JORGE, Fernando Pessoa. **Ensaio Sobre os Pressupostos da Responsabilidade Civil**. Coimbra: Almedina, 1999, p. 195.

⁶¹⁷ MENEZES CORDEIRO, **Da Boa-Fé no Direito Civil**, op. cit., p. 898. No mesmo sentido: SÁ, Fernando Augusto Cunha de. **Abuso de Direito**. Coimbra: Almedina, 2005, p. 298: “O conceito de abuso se aplica não apenas ao direito subjetivo, sendo admissível a sua extensão também a outras situações jurídicas, isto é, a todas as condutas juridicamente permitidas quer em termos de direito subjetivo quer noutros termos”. No Brasil, ver BOULOS, Daniel M. **Abuso do Direito no novo Código Civil**. São Paulo: Método, 2006, p. 27, para quem a norma do art. 187 do Código Civil se dirige “a todas as posições jurídicas de que pode estar investido o sujeito de direito, nelas estando incluídos os direitos subjetivos patrimoniais (os direitos reais e os direitos de crédito),

Em obra posterior, voltou a afirmar Menezes Cordeiro que “o abuso do direito desliga-se da ideia de ‘direito subjetivo’, surgindo como uma instância geral de controlo dos exercícios jurídicos”.⁶¹⁸

Além da extensão do controle do exercício jurídico, outra questão ainda debatida na doutrina refere-se a sua nomenclatura. Veja-se a lição do próprio Menezes Cordeiro:

“Abuso do direito” é, como temos repetido, uma mera designação tradicional, para o que se poderia dizer “exercício disfuncional de posições jurídicas”. Por isso, ele pode reportar-se ao exercício de quaisquer situações e não, apenas, ao de direitos subjetivos. De facto e em boa hora, cada vez menos surgem afirmações de inaplicabilidade do regime do abuso do direito ... por não haver um direito subjetivo.⁶¹⁹

As expressões “abuso do direito” e “exercício inadmissível de posição jurídica” podem ser utilizadas como designantes da mesma figura jurídica; contudo, a segunda apresentaria mais rigor científico.⁶²⁰ No Brasil, a expressão comumente usada para designar este fenômeno é “abuso do direito”.

A extensão das regras do exercício inadmissível ou do abuso do direito a todas as posições jurídicas pode ser reforçada pela topografia de tal figura no Código Civil brasileiro, na medida em que o art. 187 da codificação se encontra em sua Parte Geral.

A título introdutório, importa passar, ainda que brevemente, pela noção de “direito subjetivo”, compreendendo-o como uma esfera de atuação do sujeito de direitos na defesa de seus interesses.

Na ciência jurídica moderna, a referência inicial para a construção da concepção de direito subjetivo é de Savigny, para quem o direito subjetivo é o “poder da vontade”, como reconhecimento de um “âmbito da liberdade independente de qualquer vontade estranha”,

assim com os direitos-deveres ou poderes-funcionais, as liberdades, os ônus jurídicos, os direitos potestativos, os poderes, as expectativas, as exceções”.

⁶¹⁸ MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha. **Litigância de Má-Fé, Abuso do Direito de Ação e Culpa “In Agendo”**. 2. ed. aum. e atual. Coimbra: Almedina, 2011, p. 91.

⁶¹⁹ *Ibid.*, p. 118-119. E na p. 120 reafirma que: “No tocante à verificação do abuso do direito, recordamos que essa locução é puramente tradicional. Não tem de haver qualquer ‘direito subjetivo’: trata-se, simplesmente, do exercício de posições jurídicas”.

⁶²⁰ *Id.*, **Da boa-fé no Direito Civil**, op. cit., p. 879. Nesse sentido, CARPENA, Heloisa. O abuso do direito no Código de 2002: Relativização de direitos na ótica civil-constitucional. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). **A Parte Geral do Novo Código Civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 380.

assumindo o papel de um “vetor significativo-ideológico”.⁶²¹ A partir da modelação de Savigny, Windscheid, ao final do século XIX, definiu o direito subjetivo, simplesmente, como o “poder ou senhorio da vontade, concedido pela ordem jurídica”, resumindo-o a uma expressão técnica: “Poder da vontade” ou, de forma objetivada: “... a proteção jurídica concedida a esse poder”.⁶²² Desta visão do direito subjetivo do final do século XIX foi retirada a “fundamentação filosófico-ética”, para o transformar num expediente técnico.⁶²³

Esta visão do direito subjetivo como “poder da vontade” sofreu inúmeras críticas, que podem ser assim sintetizadas: (i) existem direitos subjetivos em que seus titulares são pessoas privadas de vontade; (ii) a existência de direito subjetivo para pessoas que não têm conhecimento da sua existência, fazendo com que a vontade não dê suporte a eles.⁶²⁴

Contraposta a esta visão de direitos subjetivos baseada na vontade está a de Jhering: “... não é a vontade ou o poder que formam a substância do direito, mas sim o seu aproveitamento”. E complementa: “... o conceito de direito (subjetivo) respeita à segurança jurídica do aproveitamento dos bens; direitos são interesses reflexamente protegidos”. Destaque-se o elemento da proteção jurídica, isto é, “o direito subjetivo confere, efetivamente, ao seu titular, uma tutela jurídica”, daí porque o direito subjetivo desperta a ideia de proteção.⁶²⁵

O fato é que estas concepções de direito subjetivo carregam em seu substrato a ideia de um poder individual, e é justamente esse poder individual que, no final do século XIX, as teorias do abuso do direito buscam limitar.

Atualmente, pode-se conceber o direito subjetivo como “posições de liberdade (...) reconhecidas às pessoas; materialmente, implicam, para os beneficiários, vantagens econômicas e outras”.⁶²⁶

Ao longo da evolução do conceito de direito subjetivo, percebeu-se que ele não poderia ser compreendido como um poder absoluto ou ilimitado e que, em muitas oportunidades, o exercício de um direito poderia ser nefasto para outrem ou para toda a

⁶²¹ Savigny, *apud* MENEZES CORDEIRO, **Tratado de Direito Civil Português**, op. cit., p. 149-150.

⁶²² Windscheid, *apud* MENEZES CORDEIRO, **Tratado de Direito Civil Português**, op. cit., p. 150.

⁶²³ MENEZES CORDEIRO, **Tratado de Direito Civil Português**, op. cit., p. 150.

⁶²⁴ *Ibid.*, p. 151.

⁶²⁵ Jhering, *apud* MENEZES CORDEIRO, **Tratado de Direito Civil Português**, op. cit., p. 151-152.

⁶²⁶ MENEZES CORDEIRO, **Da Boa-Fé no Direito Civil**, op. cit., p. 669.

sociedade. Quando a dogmática jurídica se deparou com situações concretas em que esses desvios eram perpetrados, foi necessária uma resposta do direito ao que, aos olhos da sociedade, poderia surgir como uma injustiça. Neste sentido, argumenta Ripert que “é a maior injustiça que se pode cometer pretender tirar dum direito as vantagens supremas que ele pode comportar”.⁶²⁷ As seguintes situações demonstram o que poderia ser o uso abusivo dos direitos:

Instituição bancária que é credora do correntista e “paga-se” por meio da apropriação de valores depositados na conta-corrente do devedor, destinada a efetuar o pagamento de seus funcionários; abuso do direito de informar ou de narrar por parte de empresa jornalística que divulga notícia de caráter ofensivo ou deturpado; retenção, por instituição de ensino, de documentos de conclusão do segundo grau, em razão do inadimplemento da mensalidade pelo estudante; abuso do direito de inscrição do nome do devedor em cadastros restritivos de crédito quando a dívida encontra-se *sub judice*.⁶²⁸

Estas situações designam o que Maria Amália Dias de Moraes denominava, à época da Codificação de 1916, exercício irregular, próximo da figura do abuso, ou seja, uma “corrupção do uso, um mau uso, um mau exercício”.⁶²⁹

Esta necessidade de se controlar, de alguma maneira, a forma como os direitos eram exercidos nem sempre foi pacífica na doutrina e na jurisprudência francesa. Tanto que importantes autores defenderam a impossibilidade da configuração de abuso, por haver uma incompatibilidade lógica entre o direito e um eventual excesso ou abuso deste mesmo direito. Esta visão conformou a “tese negativista” da teoria do abuso do direito.

As teses negativistas do abuso do direito⁶³⁰ têm como pressuposto uma noção absolutista do direito subjetivo. Por esta concepção, os únicos limites para o direito subjetivo

⁶²⁷ RIPERT, Georges. **A regra moral nas obrigações civis**. Campinas: Bookseller, 2002, p. 139.

⁶²⁸ SCHREIBER, Anderson. **A Proibição do Comportamento Contraditório: a tutela da confiança e o venire contra factum proprium**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 116, nota 200.

⁶²⁹ MORAES, Maria Amália Dias de. Do abuso de direito: alguns aspectos. **Revista da Procuradoria Geral do Estado do Rio Grande do Sul**. Porto Alegre, n. 42. v. 15, 2000, p. 16.

⁶³⁰ Neste trabalho será utilizada a expressão “abuso do direito”, conforme o entendimento de Pontes de Miranda: “A expressão ‘abuso de direito’ é incorreta. Existe ‘estado de fato’ e ‘estado de direito’; porém não ‘abuso de fato’ ou ‘abuso de direito’. Abusa-se de algum direito, do direito que se tem. O Código de Processo Civil fala de ‘abuso de direito’; expressão que aparece em certos juristas atentos à terminologia científica e indiferentes à sua exatidão. ‘Abuso do direito’ é que é. Recebemo-la dos livros franceses e, lá, só se usa *abus du droit*”. PONTES DE MIRANDA, Francisco. **Comentários ao Código de Processo Civil**. v. I. Rio de Janeiro: Forense, 1947, p. 521, nota final I.

serão aqueles objetivamente postos na lei, não importando se o exercício de um direito causou dano a alguém ou que o seu titular tivesse agido “malevolamente”.⁶³¹

Alvino Lima organiza da seguinte forma as teses negativistas da existência de abuso de direito:

1º) Os que negam em absoluto a existência de um ato abusivo do direito, como categoria autônoma do ato ilícito, não admitindo que se fale em abuso de direito; o direito cessa onde o abuso começa. Os limites objetivos da norma jurídica fixam as prerrogativas de cada direito; ao transpô-los, comete-se um ato ilícito; 2º) Os que admitem a existência do abuso de direito, mas como caso de responsabilidade civil, não se trata de uma categoria diversa de ato ilícito; 3º) Os que negam a existência de direitos subjetivos.⁶³²

Entre os críticos que se enquadram na primeira corrente está Planiol, que considera, inclusive, a expressão “abuso de direito” uma “logomaquia”, pois o uso de um direito somente pode ser um ato lícito. E se tal ato é considerado ilícito é porque já se agiu sem direito. “O direito cessa onde o abuso começa, pois um ato não pode ser ao mesmo tempo conforme ao direito e contrário ao direito.”⁶³³ Nesse sentido, o texto de Marcel Planiol:

Fala-se facilmente do uso abusivo de um direito, como se estas duas palavras tivessem um sentido claro e preciso. Mas é necessário não nos iludirmos: o direito cessa onde começa o abuso, e não pode haver uso abusivo de um direito qualquer, porque um mesmo ato não pode ser, ao mesmo tempo, conforme e contrário ao direito.⁶³⁴

Câmara Leal, no Brasil, defendia a terminologia “abuso do direito”:

Abusar do direito não significa fazer mau uso pelo fato de usá-lo, mas sim pelo fato de usá-lo mal. Ora, debaixo desse ponto de vista, de tudo se pode abusar, bastando para isso fazer um uso inadequado, e, portanto, também do direito se poderá abusar, da mesma maneira por que há os *abusos do poder*, expressão oficialmente consagrada pelas legislações, e que jamais alguém se lembrou de censurar. Ao nosso ver, pois, não há uma “falsidade de fórmula” na locução *abuso do direito*, mas ela traduz bem a ideia dos introdutores de sua teoria, significando a ilicitude que se comete, por ocasião do exercício de um direito, quando dele se fez um uso indevido. O abuso, pois — repetimos

⁶³¹ LIMA, Alvino. Abuso de Direito. **Revista Forense**. São Paulo, v. 166, 1956, p. 31.

⁶³² *Ibid.*, p. 37.

⁶³³ *Ibid.*

⁶³⁴ PLANIOL, Marcel. **Traité Élémentaire de Droit Civil**. v. 2. 2. ed. Paris: Librairie Cotillon, 1902, p. 263.

—, não está no direito, mas no seu mau uso, desaparecendo assim qualquer colisão de conceitos, entre os dois termos *abuso* e *direito* na locução *abuso do direito*.⁶³⁵

Josserand, apesar de ser um defensor da teoria do abuso do direito, também critica a sua terminologia, considerando-a um “sofisma assaz banal”, causado pela pobreza da terminologia jurídica, representado pela elasticidade do termo “direito”. Reforça, por isso, a importância de uma linguagem precisa para o desenvolvimento de qualquer ciência e, nessa linha de raciocínio, defende que a nomenclatura ideal para a figura em questão seria “desvio do direito”.⁶³⁶

Entre os que compartilham da terceira corrente, conforme sistematização citada acima, de Alvino Lima, está Leon Duguit. A sua crítica à figura do abuso do direito parte da própria noção de direito subjetivo, que para ele não existe, porque, quando uma pessoa realiza qualquer ato de acordo com o direito objetivo, exerce, sim, um direito. “Se este ato, lícito quanto ao seu objeto, é também lícito quanto ao seu fim, não seria mais o exercício de um direito de que seria titular aquele que o pratica, mas tão somente a expressão de um comportamento conforme ao direito objetivo, tanto pelo seu objecto quanto pelo seu fim.”⁶³⁷

Os críticos da tese de Duguit apontam para o seguinte problema: “... mesmo se afastando a noção de direito subjetivo, não se elimina o problema, pois fica por determinar o que o direito objetivo proíbe e o que permite e se entre o proibido e o permitido não haverá uma zona intermédia, constituída precisamente pelo ato abusivo”.⁶³⁸

A partir desta síntese apertada do que seja o direito subjetivo, busca-se um resgate das compreensões e fundamentos das limitações desenhadas ao exercício dos direitos, superadas as teses que negavam a possibilidade de um direito ser exercido abusivamente.

A aceitação da necessidade de limites ou restrições aos direitos passa pela compreensão de que os direitos ilimitados são mera ficção. “O direito sem limite só seria

⁶³⁵ Câmara Leal, *apud* CASTRO FILHO, José Olímpio de. **Abuso do Direito no Processo Civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1960, p. 22-23, nota 12.

⁶³⁶ JOSSERAND, Louis. **L'Esprit des Droits et de leur Relativité**. 2. ed. Paris: Librairie Dalloz, 1939, p. 333-334.

⁶³⁷ SÁ, **Abuso de Direito**, op. cit., p. 295.

⁶³⁸ *Ibid.*, p. 298.

exercitável fora da existência social, o que vale dizer, fora do único terreno que lhe dá vida.”⁶³⁹

Para que se analisem então os formatos que as limitações ao exercício do direito podem assumir, bem como se é a figura do abuso do direito a que melhor pode recepcionar a *economic duress*, estruturou-se este capítulo em três partes: a primeira busca os contornos das concepções da figura conhecida por “abuso do direito”; a segunda parte tratará das codificações brasileiras, isto é, como essas formas de se compreender o abuso nelas refletiram e, mais, como a doutrina as entendeu e entende. Por fim, será analisada a possibilidade de a *economic duress* ser recepcionada por seu intermédio.

3.2.1. As faces subjetiva e objetiva do abuso do direito

3.2.1.1. Abuso do direito em sua concepção subjetiva

É frequentemente comentada na doutrina a origem recente da figura do abuso do direito, na segunda metade do século XIX, a partir de uma retomada, por parte da jurisprudência francesa da época, da teoria dos atos emulativos — *aemulatio*.⁶⁴⁰ A

⁶³⁹ AMERICANO, Jorge. **Do abuso do direito no exercício da demanda**. 2. ed. São Paulo: Saraiva & Cia, 1932, p. 41.

⁶⁴⁰ MENEZES CORDEIRO, **Da Boa-Fé no Direito Civil**, op. cit., p. 683. Entretanto, há quem afirme que o abuso do direito remonta ao direito romano, por certo que não apresentando os contornos modernos. LUNA, Everardo da Cunha. **Abuso de Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 1959, p. 96-97, assevera que, em regra, os direitos eram absolutos, mas se encontraram passagens de Gaio e Paulo em que foi possível verificar a relatividade dos direitos: “Gaio e Paulo também escreveram: ‘*Male enim nostro jure uti non debemus*’, ‘*Non omne quod licet honestum est*’. Por fim, as conhecidas máximas — *Summum jus, summa injuria* e *Malitiis nos est indulgendum* — provam, à saciedade, que o abuso de direito não se desconheceu pelo direito romano”. PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. **Abuso do direito nas relações contratuais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 33 e segs., quando afirma já se encontrar em Gaio uma formulação geral sobre o abuso para “justificar a interdição dos pródigos e a proibição aos senhores de maltratar seus escravos”. Entretanto, Pedro Baptista Martins defende que os romanos não se detinham em generalizações, tendo, na realidade, tratado de forma tópica de questões acerca do uso anormal de direitos”, (...) “havendo apenas vestígios da reprovação do exercício abusivo de direitos”. MARTINS, Pedro Baptista. **O abuso do direito e o Ato Ilícito**. 3. ed. Rio de Janeiro, 1997, p. 11 e segs. RODRIGUES, Silvío. **Direito Civil: Parte Geral**. v. 1. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 312, nota 314. MENEZES CORDEIRO, **Litigância de Má-Fé**..., op. cit., p. 76-77, no direito romano, o tema era tratado sob a chancela da *aemulatio*, da *exceptio doli* e da lide temerária. DANTAS, San Tiago. **Programa de Direito Civil: Parte Geral**. 4. tir. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1979, p. 368, para quem “a doutrina do abuso do direito nunca apareceu formulada como tal no Direito romano, porém, estes dois expedientes, a *aequitas* e o *ius honorarium*, processavam a reacomodação constante da norma jurídica aos vários casos que se iam apresentando aos magistrados”.

configuração do ato emulativo requer a conjunção dos seguintes requisitos: a) o exercício do direito; b) a causação de um dano como decorrência deste exercício; c) o exercício do direito é inútil ao agente; d) o mote do exercício do direito é a intenção de causar dano a outrem.⁶⁴¹

No direito intermédio, a doutrina da *aemulatio* teve grande desenvolvimento, partindo-se do pressuposto de que “são proibidos os atos realizados *animus aemulandi*”,⁶⁴² isto é, o fundamento do ato emulativo não é o dano causado pelo agente, mas o exercício de um direito com a intenção exclusiva de causar prejuízo à outra parte, o que é condenado pelo direito.⁶⁴³

A nota distintiva desta forma de abuso de direito é a figura da emulação, que é “o exercício de um direito, sem utilidade própria, com a intenção de prejudicar outrem”.⁶⁴⁴ Seu campo fértil de aplicação são os conflitos de vizinhança, no “espaço jurídico francês do séc. XIX até a atualidade”.⁶⁴⁵ Lembre-se que a proibição da *aemulatio*, como critério para a determinação do abuso de direito, embora não acolhida de maneira genérica pelo direito romano, tomou corpo no direito medieval.⁶⁴⁶

A retomada da discussão acerca do ato emulativo na Idade Média pode ser explicada pelo ambiente da época, que favorecia debates teóricos de tal natureza,

... pela crescente relevância dos princípios da caridade, da moderação, da clemência, da piedade, de humanidade, de misericórdia e do perdão que, na incidência sobre o direito consuetudinário do medievo, e na interpretação dos textos romanos antigos, acabam por denotar a importância da vontade do indivíduo, a qual deveria estar impregnada pelos conteúdos éticos expressos em tais princípios, abrigados todos sob o princípio maior da cristandade: o princípio da caridade.⁶⁴⁷

Apesar do desenvolvimento da figura da *aemulatio* ainda no direito intermédio, a expressão “abuso de direito” foi cunhada por um autor belga de língua francesa, Laurent, com

⁶⁴¹ MARTINS, **O abuso de direito e o ato ilícito**, op. cit., p. 18.

⁶⁴² LUNA, **Abuso de Direito**, op. cit., p. 97.

⁶⁴³ WINDSCHEID, Bernardo. **Diritto delle Pandette**. v. I. Trad. Carlo Fadda e Paolo Emilio Bensa. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1902, p. 1.169, nota dos tradutores.

⁶⁴⁴ MENEZES CORDEIRO, **Da Boa-Fé no Direito Civil**, op. cit., p. 673.

⁶⁴⁵ *Ibid.*, p. 676.

⁶⁴⁶ LIMA, **Abuso de Direito**, op. cit., p. 32.

⁶⁴⁷ MIRAGEM, Bruno. **Ilícitude objetiva: proteção da confiança e limite ao exercício das prerrogativas jurídicas no direito privado**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 67 a 69.

o objetivo de qualificar alguns eventos ocorridos na França do século XIX, cujas primeiras decisões datam do início da vigência do *Code*.

Assim, em 1808, condenou-se o proprietário de uma oficina que, no fabrico de chapéus, provocava evaporações desagradáveis para a vizinhança. Doze anos volvidos, era condenado o construtor de um forno que, por carência de precauções, prejudicava um vizinho. Em 1853, numa decisão universalmente conhecida, condenou-se o proprietário que construía uma falsa chaminé, para vedar o dia a uma janela do vizinho, com quem andava desavindo. Um ano depois era a vez do proprietário que bombeava para um rio a água do próprio poço, com o fito de fazer baixar o nível do [poço do] vizinho. Em 1861, foi condenado o proprietário que, ao proceder a perfurações no seu prédio, provocou, por falta de cuidado, desabamentos no do seu vizinho. Seguir-se-iam, ainda, numerosas decisões similares, com relevo para a condenação, em 1913, confirmada pela Cassação, em 1915, por abuso do direito, do proprietário que erguera, no seu terreno, um dispositivo dotado de espigões de ferro, destinado a danificar os dirigíveis construídos pelo vizinho.⁶⁴⁸

Apesar da farta jurisprudência, o Código de Napoleão não fez referência expressa ao abuso do direito e, mais que isso, não apresentou limitações ao exercício dos direitos subjetivos — dentre eles o exercício do direito de propriedade. Deste modo, as referidas decisões que enfrentaram o problema não puderam valer-se nem de dispositivos legais, nem das fontes romanas.⁶⁴⁹ O fundamento da famosa decisão francesa acerca da chaminé foi o seguinte:

“Se é de princípio que o direito de propriedade é um direito de algum modo absoluto, autorizando o proprietário a usar e abusar da coisa, o exercício desse direito, no entanto, como o de qualquer outro, deve ter por limite a satisfação de um interesse sério e legítimo; os princípios da moral e da equidade opõem-se a que a justiça sancione uma ação inspirada pela malquerença, cometida sob o domínio de uma má paixão e provocando um prejuízo grave a outrem.” A análise de outras decisões reforça a constatação: recorre-se, na condenação por abuso de direito, à necessidade de deixar o vizinho gozar, também, da propriedade, à inexistência de utilidade própria no ato de exercício questionado, à utilização do direito com fim diverso do considerado pela lei que o atribuíra, à ocorrência de falta grave ou de intenção de prejudicar.⁶⁵⁰

⁶⁴⁸ MENEZES CORDEIRO, **Da Boa-Fé no Direito Civil**, op. cit., p. 671.

⁶⁴⁹ *Ibid.*, p. 678. Assinala o autor a inexistência de uma formulação genérica acerca do abuso de direito na tradição romana. Em sentido contrário, asseverando existir referências ao abuso de direito, ainda que em contradição a máximas individualistas postas no Digesto: LIMA, *Abuso de Direito*, op. cit., p. 27.

⁶⁵⁰ MENEZES CORDEIRO, **Da Boa-Fé no Direito Civil**, op. cit., p. 678. Cabe referir outros célebres casos da jurisprudência francesa, elencados por Fernando Augusto Cunha de Sá: “... casos Lingard, Mercy, Lacante e

Coube à jurisprudência francesa insurgir-se contra os ideais individualistas do *Code*, rechaçando o exercício intencionalmente malicioso, anormal, anti-finalista dos direitos subjetivos, podendo-se apontar como uma máxima do direito francês: “Não é permitido a qualquer pessoa fazer em sua propriedade o que não lhe tem serventia e prejudica a outros”.⁶⁵¹ Nem toda a repressão ao abuso de direito na França foi fundamentada na *aemulatio*, mas também na falta de “legítimo interesse na ação, desviando o direito de sua finalidade social e econômica”.⁶⁵²

Na concepção subjetiva da figura do abuso está a tese de Léon e Henry Mazeaud, que entendem ter o abuso como pressuposto a culpa, pois aquele que exerce um direito com o desígnio de prejudicar a outrem age com “culpa delitual”.⁶⁵³ Nesse mesmo sentido, Josserand defende que a noção de exercício de direito não é incompatível com a de culpa. Contudo, este último não acolhe a conceituação clássica de culpa, adotando a ideia de “culpa social, ou seja, o desvio da missão social do direito”, ocorrendo então o que ele chama de um alargamento da noção de culpa.⁶⁵⁴

Por esta concepção de abuso de direito baseada na culpa, perquire-se a intenção do sujeito e o eventual resultado danoso de sua conduta, cuja consequência será a responsabilidade pelo exercício do direito danoso. Fica, a partir daí, nítida a intrínseca conexão entre o abuso de direito e a responsabilidade civil.⁶⁵⁵

A titularidade de um direito subjetivo não isenta a necessidade de uma “vontade honesta”, pois a “consciência moral não pode jamais ser posta à margem, visto como há deveres em relação a outrem, que nenhum direito permite violar”.⁶⁵⁶

Grosheintz, os três primeiros relativos a fumo e mau cheiro de fábricas, no âmbito das relações de vizinhança, e o último sobre escavações que provocaram aluimento no terreno vizinho. (...) Ainda os casos Doerr, Savart e Clement-Bayard, o primeiro dizendo respeito à construção de uma falsa chaminé para retirar a luz ao vizinho; o segundo a uma vedação de madeira com 10m de altura e toda pintada de negro, com o objectivo também de sombrear e entristecer o vizinho, e o terceiro à colocação de um dispositivo com espigões de ferro destinado a destruir os aeróstatos do proprietário vizinho”. SÁ, **Abuso do Direito**, op. cit., p. 52-53.

⁶⁵¹ LIMA, Abuso de Direito, op. cit., p. 29.

⁶⁵² Ibid.

⁶⁵³ MAZEAUD, Henry; MAZEAUD, Léon & TUNC, André. **Traité Théorique et Pratique de la Responsabilité Civile Délictuelle et Contractuelle**. t. I. 5. ed. Paris: Montchrestien, 1957, p. 623 e 626.

⁶⁵⁴ JOSSERAND, **L’Esprit des Droits et de leur Relativité**, op. cit., p. 388-394.

⁶⁵⁵ LIMA, Abuso de Direito, op. cit., p. 30.

⁶⁵⁶ Ibid., p. 26.

Saleilles⁶⁵⁷ defende o abuso de direito como um corretivo da própria noção de direito subjetivo, limite este vindo da finalidade lesiva contida no exercício do direito. “Um ato”, diz Saleilles, “cujo resultado só pode prejudicar os outros sem interesse apreciável e legítimo de quem o realiza não pode nunca constituir o exercício dum direito. É contrário ao direito pelo caráter anti-social do seu fim intencional”.⁶⁵⁸ Neste mesmo sentido, Ripert:

A única coisa que se deve exigir do direito é que refreie o desejo de prejudicar ou mesmo a indiferença demasiado absoluta para com o interesse de outrem. O poder não pode ser maléfico. Desde que se tira à teoria do abuso dos direitos o seu fundamento moral, cai-se nas mais perigosas fantasias da opressão social.⁶⁵⁹

Para Jossierand, o critério a ser observado é o da existência de um “motivo legítimo” para a prática do ato, considerando-o a “pedra angular” de toda a teoria do abuso do direito, estendendo-o para todas as prerrogativas, pois os direitos podem ser utilizados, desde que para “salvaguardar interesses legítimos”. A sua utilização como critério para a aferição do abuso agrega-lhe uma “força evolutiva”, um “instrumento de progresso e de relaxamento, que lhe permitirá se adaptar às necessidades da sociedade”, na medida em que analisará as “necessidades econômicas e as aspirações sociais” do momento de sua aplicação, de modo que o motivo legítimo “se modificará ou mesmo se transformará e com ele a noção de abuso dos direitos”, sem a necessidade de perquirição da intenção do agente no exercício do seu direito.⁶⁶⁰

Pode-se, então, resumir os critérios propostos pela doutrina para a configuração do abuso em sua concepção subjetiva: “... a intenção de lesar, a ausência de interesse legítimo e o desvio da finalidade do direito exercido”.⁶⁶¹ Jorge Americano sugere que esta intenção pode ser percebida “pelas próprias circunstâncias, quando nenhuma interpretação honesta se possa dar ao acto lesivo”.⁶⁶²

⁶⁵⁷ De acordo com Alvino Lima, Saleilles defendeu teses contraditórias ao longo de sua obra, ora pendendo para a concepção subjetiva acerca do exercício anormal de direito, ora para a concepção dita objetiva, que considera abusivo o exercício de direito que se desvie da sua destinação econômica e social. LIMA, Abuso de Direito, op. cit., p. 35.

⁶⁵⁸ Saleilles, *apud* RIPERT, **A regra moral das obrigações civis**, op. cit., 2000, p. 174.

⁶⁵⁹ RIPERT, **A regra moral das obrigações civis**, op. cit., 2000, p. 190.

⁶⁶⁰ JOSSERAND, Louis. **L’abus des droits**. Paris: Librairie Nouvelle de Droit et de Jurisprudence, 1905, p. 57-59.

⁶⁶¹ LIMA, Abuso de Direito, op. cit., p. 36.

⁶⁶² AMERICANO, **Do abuso do direito no exercício da demanda**, op. cit., p. 24.

Esta concepção de abuso foi muito criticada, pois “permitir que se limite o exercício do direito, atendendo à intenção do seu titular, é confundir a moral e o direito; é dar à culpa moral os mesmos efeitos jurídicos atribuídos à culpa jurídica”.⁶⁶³ Observe-se que, desde os autores clássicos e defensores do abuso enquanto limitador do exercício de direito intencionalmente prejudicial a outrem, já existiam outros elementos postos em causa, elementos ditos finalistas ou objetivos.

O exercício absoluto de direitos subjetivos sofreu, ao longo do tempo, mitigações. A primeira foi a intenção do titular deste direito de prejudicar um terceiro no seu exercício. Entretanto, outras limitações foram impostas, em razão do desenvolvimento do tráfego negocial, de ordem teleológica ou social, que consideram a equidade, a boa-fé e o bem da coletividade como orientadores do “comércio jurídico entre os homens”.⁶⁶⁴ E é justamente este elemento de ordem teleológica que serve de eixo a todas as teses propostas para a limitação do exercício de direitos, além da emulação, como, por exemplo, o critério finalista proposto por Jossierand, o do exercício anormal de direitos de Saleilles e o da ruptura dos interesses em presença, construída por Gény, Cornil e Campion.⁶⁶⁵

A teoria objetiva teve em Saleilles⁶⁶⁶ o seu maior defensor, apesar de ele, inicialmente, entender ser a intenção o critério mais adequado para a definição de abuso. Depois, ele passa a defender que o ato abusivo é, na verdade, um exercício anormal de direito, pois “contraria a finalidade econômica e social do direito — ato sem conteúdo jurídico, economicamente prejudicial e reprovado pela consciência pública”.⁶⁶⁷

Segundo os seus defensores, a tese de Saleilles seria a mais adequada para se lidar com uma noção de direito subjetivo que transcende “o incontestável império da vontade e do interesse individual para passar ao domínio de um interesse comum do qual o direito objetivo não pode mais se afastar”.⁶⁶⁸

⁶⁶³ LIMA, *Abuso de Direito*, op. cit., p. 39.

⁶⁶⁴ *Ibid.*, p. 32.

⁶⁶⁵ PINHEIRO, *Abuso do direito nas relações contratuais*, op. cit., p. 94.

⁶⁶⁶ Observe-se que Saleilles, inicialmente, defende um critério objetivo para a caracterização do abuso do direito para, posteriormente, abandonar esse critério e adotar o subjetivo, baseado na intenção de prejudicar. O inverso aconteceu com Gény, que primeiramente adotou o critério subjetivo e depois migrou para o objetivo. *Ibid.*, p. 102.

⁶⁶⁷ LUNA, *Abuso de Direito*, op. cit., p. 80-81.

⁶⁶⁸ PINHEIRO, *Abuso do direito nas relações contratuais*, op. cit., p. 102.

Também Josserand construiu uma teoria objetiva, não baseada em critérios puramente econômicos e utilitaristas, mais próximos a Saleilles,⁶⁶⁹ mas calcada na finalidade social do direito, “partindo do princípio de que o abuso do direito se exerce de conformidade com o direito da pessoa e em contrariedade às regras sociais”.⁶⁷⁰ Josserand partiu da concepção de direito subjetivo proposta por Jhering, que o considerava “interesse juridicamente protegido”, para afirmar que “as faculdades subjetivas são conferidas ao homem pelos poderes públicos em vista da satisfação de seus interesses, mas não de um interesse qualquer, mas de um interesse legítimo”.⁶⁷¹

Continua Josserand o seu raciocínio, afirmando que “toda prerrogativa, todo poder jurídico é social em sua origem, em sua essência e na missão que é destinado a cumprir”.⁶⁷² Neste sentido, a preocupação de um juiz ao perquirir a existência de abuso deveria ser menos o motivo que levou o agente a agir, mas a “direção na qual o direito é utilizado; (...) se esta direção e este uso são incompatíveis com o espírito da instituição, o ato é abusivo e deve, portanto, gerar responsabilidade”. Em razão destes argumentos, Josserand considera que o abuso deve ser analisado em dupla perspectiva: a subjetiva e a objetiva, a ser viabilizada pela aplicação da ideia de “motivo legítimo”.⁶⁷³

Na formulação de Josserand, os critérios subjetivos — ou seja, as intenções do agente durante o exercício do direito — e os objetivos — a finalidade econômica e social — estão mutuamente implicados, pois um ato, produto de uma vontade jurídica, gera a necessidade de análise do motivo legítimo. Além disso, o exercício do direito deve também ser analisado sob a perspectiva de sua função social, como se fossem as duas “pontas da luneta”. Por isso, defende que a responsabilidade civil decorrente do abuso do direito deve ter caráter misto.⁶⁷⁴

Conclui, por fim, Josserand que “o espírito dos direitos parece-nos, em última análise, como o próprio critério do abuso, critério abstrato que toma corpo e se cristaliza na

⁶⁶⁹ Saleilles afirmava que o abuso do direito reside “no exercício anormal do direito, exercício contrario à destinação econômica ou social do direito subjetivo, exercício reprovado pela consciência pública, excedendo, por consequência, o critério do direito, porque todo direito, do ponto de vista social, é relativo”. Saleilles, *apud* JOSSERAND, *L’Esprit des Droits et de leur Relativité*, op. cit., p. 389.

⁶⁷⁰ LUNA, *Abuso de Direito*, op. cit., p. 84.

⁶⁷¹ JOSSERAND, *L’Esprit des Droits et de leur Relativité*, op. cit., p. 388.

⁶⁷² *Ibid.*, p. 394.

⁶⁷³ *Ibid.*, p. 400.

⁶⁷⁴ *Ibid.*, p. 414.

noção de motivo legítimo”. E continua, ponderando que a teoria do abuso do direito é a consagração da “sanção do espírito de que são animadas as prerrogativas”. Em razão disso, o exercício destas prerrogativas é direcionado pela “ambiência social, em função de sua missão e em conformidade com princípios gerais que são (...) subjacentes à legislação e que constituem, em seu conjunto, um direito natural de conteúdo variável”. Para ele, as expressões “espírito dos direitos”, “relatividade dos direitos” e “abuso do direito” designam a mesma realidade, qual seja, o “caráter social dos direitos”.⁶⁷⁵ Finaliza a sua proposição com a seguinte frase: “... o direito é feito por e para a sociedade, e não a sociedade para o direito”.⁶⁷⁶

Dentre os críticos de Josserand, pode-se citar Cunha de Sá, quando afirma que o caráter objetivo alegadamente existente em sua teoria se perde na análise do “espírito ou finalidade do direito, pelo motivo legítimo de atuação de seu titular”. O autor destaca que o “espírito de cada direito”, relacionado à sua finalidade social, é algo externo, justificando-se apenas quando a privilegiar.⁶⁷⁷

O valor da tese de Josserand está na sua consideração “como um momento de transição para a determinação do ato abusivo, que se despe da exclusividade do critério subjetivo para alcançar um critério objetivo”, isto é, o critério definidor do abuso do direito deixa de ser, exclusivamente, o da intenção de lesar, passando a considerar, também, “o desvio de finalidade do direito subjetivo”.⁶⁷⁸

São estes limites, direcionados a fatores sociais, econômicos, além dos bons costumes e da boa-fé objetiva, que irão trazer novas luzes ao abuso do direito, alterando-se completamente os vetores de sua compreensão. Apesar disso, não pode ser considerada despidiendi a teoria subjetiva; ela é, na realidade, insuficiente para se responderem a todas as questões postas pela sociedade, não podendo ser o único critério para a definição de ilícito a partir do exercício de posições jurídicas.⁶⁷⁹

⁶⁷⁵ JOSSERAND, *L’Esprit des Droits et de leur Relativité*, op. cit., p. 415.

⁶⁷⁶ *Ibid.*, p. 423.

⁶⁷⁷ SÁ, *Abuso de Direito*, op. cit., p. 417-418.

⁶⁷⁸ PINHEIRO, *Abuso do direito nas relações contratuais*, op. cit., p. 101.

⁶⁷⁹ BOULOS, *Abuso do Direito no novo Código Civil*, op. cit., p. 40.

3.2.1.2. O abuso do direito em sua concepção objetiva

O abuso do direito constitui-se em formulação para expressar o “exercício disfuncional de posições jurídicas, isto é: de um concreto exercício de posições jurídicas que, embora correto em si, seja inadmissível por contundir com o sistema jurídico na sua globalidade”. É “uma atuação humana estritamente conforme com as normas imediatamente aplicáveis, mas que, tudo visto, se apresenta ilícita por contrariedade ao sistema, na sua globalidade”.⁶⁸⁰ Esta formulação designa que o direito não pode ser exercido respeitando-se apenas os seus limites objetivos, mas observando-se a própria finalidade do direito conferido, a sua destinação econômica e social.⁶⁸¹

Cornil aponta como parâmetro para a definição da existência de ato abusivo a “ruptura dos interesses em jogo”, de forma que o ato que rompe esse equilíbrio é um ato antissocial e, por consequência, abusivo. O raciocínio utilizado por Cornil é compartilhado por Geny, que considerava ser a “medida justa e verdadeira” do exercício de cada direito o seu fim econômico e social, ponderando-se nesta análise os interesses opostos ou em choque envolvidos no conflito.⁶⁸²

Antes de se avançar na análise dos limites sugeridos para o exercício abusivo do direito, em sua concepção objetiva, mister analisar a natureza destes limites, por meio da discussão travada entre a teoria interna e a teoria externa do abuso do direito.

Inicialmente, serão expostos os argumentos da teoria interna do abuso do direito, para, posteriormente, se apresentar os da teoria externa. Realizar-se-ão, em seguida, a discussão entre eles e a sua concretização no dispositivo do art. 187 do Código Civil de 2002, que recepcionou o exercício inadmissível de posição jurídica, por alguns chamado “abuso de direito objetivo”.

A teoria interna do abuso do direito preceitua que ele seria a “expressão do próprio conteúdo do direito subjetivo, prescrito de modo unitário e por forma a, no caso concreto, evitar excessos”.⁶⁸³ Os limites internos são destinados, “em termos unitários, aos

⁶⁸⁰ MENEZES CORDEIRO, **Litigância de Má-Fé...**, op. cit., p. 75.

⁶⁸¹ LIMA, **Abuso de Direito**, op. cit., p. 26.

⁶⁸² François Geny, *apud* LIMA, **Abuso de Direito**, op. cit., p. 36.

⁶⁸³ MENEZES CORDEIRO, **Da boa-fé no Direito Civil**, op. cit., p. 861-862.

seus titulares, de modo a apresentar limites intrínsecos, a respeitar. E seria justamente a desconsideração de tais limites internos que daria lugar ao abuso”.⁶⁸⁴

Para Menezes Cordeiro, Josserand teria delineado, de forma definitiva, a teoria interna do abuso do direito, ainda que isso não tenha sido feito intencionalmente, pois a sua tentativa foi demonstrar que, no exercício de direitos, se deve respeitar a função para a qual cada direito foi concebido.⁶⁸⁵ Neste sentido:

... a hipótese e a concretização do abuso devem ser procuradas nas normas que constituam o próprio conteúdo do direito, ou seja, no seu interior. O epílogo dessa construção (...) reside na afirmada relatividade dos direitos subjetivos: apenas caso a caso, tendo em conta, pois, o resultado da incidência das normas constitutivas do direito sobre a realidade concreta em que ele é exercido, se torna possível determinar os limites do direito. Estes, em consequência variam, sem que se viabilize a sua determinação em abstrato.⁶⁸⁶

As teorias internas são dominantes quando se considera o abuso do direito uma “construção”, pois se associa a figura do abuso a uma questão de interpretação, o que na opinião de Menezes Cordeiro seria uma “saída puramente formal para o problema: não se dá qualquer critério material para a resolução de questões, procedendo-se, apenas, a deduções logicistas sucessivas de umas proposições para outras”.⁶⁸⁷

A teoria interna pode ser explicada pelo fato de cada direito carregar em si uma “intenção axiológico-normativa suportada e traduzida pela sua estrutura formal”, somente apreciável pela via da interpretação, levando-se em conta uma “realização concreta do direito e não um problema dogmático do conteúdo jurídico *positum* (na lei): afinal, trata-se, sempre, de percorrer a via que medeia entre um sentido normativo global (...) e a resolução do caso concreto”.⁶⁸⁸

Este raciocínio vem embasado na tese de Castanheira Neves sobre o abuso do direito, que considera que o exercício do direito não compreende apenas a observância de sua

⁶⁸⁴ MENEZES CORDEIRO, **Litigância de Má-Fé**..., op. cit., p. 107.

⁶⁸⁵ Id., **Da boa-fé no Direito Civil**, op. cit., p. 863.

⁶⁸⁶ Ibid.

⁶⁸⁷ Ibid., p. 865-866.

⁶⁸⁸ Ibid., p. 868-869.

“estrutura formal”, mas, principalmente, de seu “fundamento axiológico-normativo”, que o constitui numa determinada circunstância.⁶⁸⁹

A concepção citada acima justifica a visão de Castanheira Neves acerca do abuso do direito, como um exercício com a “aparência de licitude jurídica — por não contrariar a estrutura formal definidora (legal ou conceitualmente) de um direito”, mas que “viole ou não cumpra, no seu sentido concreto ou materialmente realizado, a intenção normativa que materialmente fundamenta e constitui o direito ou de que o comportamento realizado se diz exercício”.⁶⁹⁰

Segue Cunha de Sá explicitando os fundamentos da teoria interna do abuso do direito:

Com efeito, o direito subjectivo parece não poder mais entender-se como pura categoria formal e abstracta em termos absolutos, onde só os limites que para ele resultam de sua estrutura tenham uma palavra a dizer sobre o que é possível ou permitido ao titular. A qualificação do comportamento concreto do sujeito em termos de direito subjectivo não se entende como podendo prescindir do fundamento próprio desse direito, fundamento que é simultaneamente de ordem valorativa e material, porque o comportamento do sujeito se situa *hic et nunc*, em determinado caso concreto e em determinados termos igualmente concretos. Não basta, pois, que a estrutura do comportamento material do sujeito seja, formalmente, a estrutura do que é juridicamente possível ou admissível em termos de certo direito subjectivo; há que fazer coincidir a materialidade de tal comportamento ou situação com o fundamento axiológico-jurídico do direito subjectivo em causa, exatamente da mesma maneira por que forma ou estrutura e valor constituem e integram uma única intenção normativa.⁶⁹¹

Conclui então Fernando Cunha de Sá, a partir dos escritos de Castanheira Neves, que ocorre o abuso do direito quando preenchidos os elementos estruturantes do direito subjectivo sem observância do seu “fundamento axiológico”. Neste sentido, para que se alcance a sua “essência”, deve-se adotar um critério “interno e estrutural, pois que diz respeito ao confronto entre a direcção do concreto ato de exercício e o sentido que ao direito subjectivo é assinado pelo valor que lhe está inerente, isto é, por aquilo que axiologicamente importa na sua morfologia”.⁶⁹²

⁶⁸⁹ Castanheira Neves, *apud* SÁ, **Abuso do Direito**, op. cit., p. 452.

⁶⁹⁰ *Ibid.*, p. 452-453.

⁶⁹¹ SÁ, **Abuso do Direito**, op. cit., p. 455-456.

⁶⁹² *Ibid.*, p. 456.

A teoria interna do abuso do direito permite depreender que a sua juridicidade seja retirada do interior do direito subjetivo, de seu valor, que deve orientar o comportamento do sujeito desse direito, sendo, na verdade, o fundamento de cada uma das prerrogativas.⁶⁹³

Relacionam-se à teoria interna três concepções de abuso do direito. A primeira é a que liga o abuso do direito à *aemulatio*, em razão de esta considerar a intenção do titular do direito ao exercê-lo, de modo que somente “direito a direito seria possível determinar e enquadrar tal intrusão”. A segunda é a que remete o abuso do direito às doutrinas funcionais, que consideram que os direitos subjetivos são atribuídos a seus titulares considerando uma “determinada função. O abuso ocorreria com o desrespeito por ela”, de acordo com a linha de pensamento de Jossierand, defensor desta doutrina. Assim, a função de cada direito será encontrada “nas normas que componham o próprio conteúdo do direito: no seu interior”.⁶⁹⁴

Menezes Cordeiro, por sua vez, critica as teorias funcionais, pois a única possível forma de aplicação seria uma “previsão sutil de funcionalidades para determinados direitos”, sem, entretanto, os tornar direitos funcionais (cuja inobservância causaria ilicitude, e não abuso). O autor critica este formato para a limitação do exercício de direitos por considerá-lo próprio dos regimes totalitários, “que construiriam códigos de conduta para os titulares dos direitos”. Neste sentido, considera mais adequados os limites impostos externamente, constitucionalmente aprovados e previamente conhecidos.⁶⁹⁵

A terceira concepção de abuso do direito à qual a teoria interna pode ser relacionada é a designada “doutrina interpretativa”, que sucedeu as teorias funcionais. A partir de considerações funcionais teleológicas, para que se verifique qual o limite interno deva ser considerado para um determinado direito, deverá haver uma análise “direito a direito e caso a caso”, o que ocasionará uma questão de interpretação. O problema prático desta concepção, na visão de Menezes Cordeiro, é a ausência de “critério material para a resolução de questões, procedendo-se, apenas, a deduções logicistas sucessivas de umas proposições para outras”.⁶⁹⁶

Em contraponto à tese da teoria interna do abuso do direito, está a teoria externa que busca explicá-lo por meio de uma “contraposição entre normas que garantiriam um

⁶⁹³ SÁ, **Abuso do Direito**, op. cit., p. 459.

⁶⁹⁴ MENEZES CORDEIRO, **Litigância de Má-Fé...**, op. cit., p. 108. Complementa na p. 109 que: “As teorias emulativas equivalem, se bem se atentar, a uma primeira fórmula, algo empírica, de traduzir as teorias funcionais. Como estas, elas entendem que o direito subjectivo não pode ser exercido *ad nutum* mas, antes e apenas, com certas funções”.

⁶⁹⁵ *Ibid.*, p. 109-110.

⁶⁹⁶ *Ibid.*, p. 110-111.

direito subjetivo com determinado conteúdo e preceitos que, delimitando as possibilidades de exercício”, conformariam o abuso.⁶⁹⁷

Para esta teoria, o abuso advém do “desrespeito de normas jurídicas alheias ao próprio direito subjetivo, mas que o titular deveria acatar”. Seria, na realidade, “uma limitação comum ao exercício de direitos, semelhante a muitas outras, mas que por razões históricas teriam sido agrupadas em ‘abuso do direito’”.⁶⁹⁸

A diferença entre as teorias interna e externa foi, de forma singela, esboçada por Rosalice Fidalgo Pinheiro:

Para aquelas, o ato abusivo expressa-se no conteúdo do direito subjetivo, revelado em cada caso concreto. Já para esta, em uma contraposição entre normas que garantem o direito subjetivo com determinado conteúdo e as que delimitam seu exercício, expressando-o como tal. (...) Mas, enquanto nas teorias internas o ato abusivo somente pode ser delineado em face do caso concreto, no qual se determina o conteúdo do direito subjetivo, nas teorias externas é possível autonomizar os limites do direito subjetivo, determinando-os abstratamente. Nestas, o abuso do direito ocorre em comportamentos que se mantêm no campo permitido por normas que instituem o direito subjetivo, mas violam as normas que regulam o seu exercício.⁶⁹⁹

Clara é a conexão existente entre a teoria externa do abuso do direito e a sua concepção negativista, que tem em Planiol o maior defensor da tese: “O direito cessa onde começa o abuso”, mostrando a existência de um limite ao exercício do direito. Aponta Menezes Cordeiro que a teoria externa não se restringe, entretanto, à ideia de limite, até porque ele está contido também na teoria interna do abuso. A diferença está no fato de o limite externo ser “autônomo”, passível de ser abstratamente verificado.⁷⁰⁰

A crítica feita à teoria externa refere-se ao fato de todos os limites impostos ao exercício de direitos exigirem uma determinação no caso concreto, caracterizando-se, por isso, em “impossibilidade técnica”, pois a atuação dos limites operaria “sempre no plano interno”, que seria, inclusive, “plano único”.⁷⁰¹

⁶⁹⁷ MENEZES CORDEIRO, *Da boa-fé no Direito Civil*, op. cit., p. 862.

⁶⁹⁸ Id., *Litigância de Má-Fé...*, op. cit., p. 107.

⁶⁹⁹ PINHEIRO, *Abuso do direito nas relações contratuais*, op. cit., p. 123-126.

⁷⁰⁰ MENEZES CORDEIRO, *Da boa-fé no Direito Civil*, op. cit., p. 875-876.

⁷⁰¹ Id., *Litigância de Má-Fé...*, op. cit., p. 112 e, do mesmo autor, *Da boa-fé no Direito Civil*, op. cit., p. 876.

A teoria externa admite que existam direitos restringidos, mas também direitos sem restrições, embora, geralmente, existam direitos restringidos, isto é, o que resta do direito após a sua restrição. Por isso, não haveria conexão necessária entre a existência do direito e a sua restrição, a qual vem a ser criada apenas em razão de uma necessidade externa do direito, “de conciliar os direitos de diversos indivíduos, bem como direitos individuais e interesses coletivos”.⁷⁰²

Já na teoria interna, o direito e as suas restrições não são aspectos distintos, mas um único: “O direito com um determinado conteúdo. O conceito de restrição é substituído pelo de limite”.⁷⁰³ Rosalice Fidalgo Pinheiro está de acordo com as críticas feitas à teoria interna em razão das dificuldades encontradas para a “concretização dos direitos subjetivos”, isto é, para que o seu conteúdo possa ser determinado e, a partir disso, se descobrir quais as funções ou valores possuem determinado direito subjetivo. Por isso, entende ser mais adequada a teoria externa, por permitir o delineamento de “valores ou funções genéricas” a partir da aplicação da boa-fé e dos bons costumes.⁷⁰⁴

Encontram-se na doutrina críticas às duas teorias, que, tradicionalmente, buscam os fundamentos e a natureza dos parâmetros ínsitos ao exercício dos direitos. A partir das críticas apontadas às duas teorias, Menezes Cordeiro buscou uma terceira via: a da “disfuncionalidade intrassubjetiva”, que prega que os direitos subjetivos integram o sistema e, portanto, são influenciados por seus valores básicos.⁷⁰⁵ Veja-se a síntese, ainda que apertada, elaborada pelo autor:

Os direitos subjectivos *são* o sistema. Fazem parte dele, contribuindo estruturalmente para a sua composição. As exigências do sistema nos direitos subjectivos *equivalem* ao modo de ser dos próprios direitos em jogo. Temos, no fundo, uma síntese entre as orientações externas e internas, síntese essa que, ontologicamente, dá corpo aos próprios direitos. O sistema, por definição, tem no seu seio a ideia básica da permissividade dos direitos subjectivos e do nível significativo-ideológico que ela representa. Pois bem: no abuso haverá, sempre, uma consideração estrutural da liberdade básica do subjectivismo jurídico. Mas trata-se de uma liberdade conferida pelo sistema e, portanto: sempre impregnada dos seus valores básicos.⁷⁰⁶

⁷⁰² ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 277.

⁷⁰³ Ibid.

⁷⁰⁴ PINHEIRO, **Abuso do direito nas relações contratuais**, op. cit., p. 127.

⁷⁰⁵ MENEZES CORDEIRO, **Litigância de Má-Fé...**, op. cit., p. 113 a 115.

⁷⁰⁶ Ibid., p. 115.

A partir disso, analisa-se a natureza dos limites impostos pelo art. 187 do Código Civil. Uma primeira leitura do dispositivo poderia levar à conclusão de que ele teria, inteiramente, acolhido a teoria externa, pois as limitações por ele impostas não seriam próprias do direito subjetivo exercido, isto é, seriam alheias a ele. Contudo, uma análise detida do dispositivo vai levar a um caminho um tanto diverso. O exercício de um direito pautado pela finalidade econômica ou social caracteriza-se por ser um limite de natureza interna, na medida em que “o fim econômico ou social pertence a cada direito individualizado, como expressão típica dos fins do Direito”. Em sentido diverso estão a boa-fé e os bons costumes, designando limites externos ao exercício de direitos subjetivos, pois que estão relacionados a padrões de conduta considerados aceitáveis pela sociedade, inclusive, para o exercício de direitos.⁷⁰⁷ Neste sentido, Maria Claudia Cachapuz, ao afirmar que a teoria externa contribui para uma adequada leitura do art. 187 do Código Civil:

A concepção externa contribui à leitura do art. 187 do novo Código Civil, pois confere a este a perspectiva de exame do ato ilícito a partir de um princípio formal, ou seja, de um princípio que, fundado sobre a liberdade na relação exterior e submetido a uma permanente confrontação pela razão prática, exige tão-somente, no plano abstrato, um requisito de universalização: todo o agir humano deve ser promovido de forma a querer tornar-se uma lei universal, independentemente do fim proposto.⁷⁰⁸

Esta diferença de natureza entre os padrões estabelecidos pelo art. 187 do Código Civil levou o Professor José de Oliveira Ascensão a questionar a existência de um denominador comum entre os elementos do artigo, a fim de buscar um fio condutor para essa forma de ilicitude. Um elemento unificador apontado pelo doutrinador, além de um exercício jurídico que seja irregular, é a prescindibilidade de o exercício do direito ser doloso ou negligente, de modo que não haveria de se discutir “se o sujeito se apercebeu que contrariava os bons costumes; se pretendia ou não violar a função econômica ou social ou se julgava não atuar corretamente”.⁷⁰⁹

⁷⁰⁷ MIRAGEM, **Ilicitude objetiva: proteção da confiança...**, op. cit., p. 97-98.

⁷⁰⁸ CACHAPUZ, Maria Claudia. **Intimidade e Vida Privada no Novo Código Civil Brasileiro**: uma leitura orientada no Discurso Jurídico. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2006, p. 233.

⁷⁰⁹ ASCENSÃO, José de Oliveira. A desconstrução do abuso do direito. In: DELGADO, Mário Luiz & ALVES, Jones Figueiredo. **Questões Controvertidas no direito das obrigações e dos contratos**. v. 4. São Paulo: Método, 2005, p. 44-45.

O outro elemento comum seria a insuficiência de uma mera descrição da conduta praticada, sendo necessário um “traço valorativo, indispensável para a caracterização da irregularidade”, isto é, o artigo exige “sempre causas valorativas de atuações objetivamente ilícitas no exercício de direitos”.⁷¹⁰

Conclui o autor, entretanto, serem esses denominadores comuns vínculos muito frágeis, que impedem a recondução do art. 187 do Código Civil a uma categoria comum, não havendo inclusive bases que sustentassem um regime comum.⁷¹¹ Propugna, então, pela existência de “três institutos jurídicos independentes, reunidos sob um preceito legal e uma etiqueta doutrinária (o abuso) apenas por representarem modos irregulares de exercício de direitos, mas cada um está subordinado afinal a princípios e regime próprio”.⁷¹²

Observadas as principais características das faces subjetiva e objetiva do abuso do direito, passa-se a analisar a influência que tais formas de abuso apresentaram nas codificações brasileiras, para que, após, se possa ponderar acerca de o abuso do direito ser a via de recepção da *economic duress*.

3.2.2. O abuso do direito nas codificações brasileiras: duas visões distintas

3.2.2.1. O Código Civil de 1916 e o exercício irregular de direito: o art. 160, I

A Codificação de Bevilacqua já acolhia a figura do abuso de direito, por meio do critério de regularidade do exercício do direito subjetivo, pela interpretação *a contrario senso* do art. 160, I, 2ª parte, do Código Civil de 1916, que dispunha: “Não constituem atos ilícitos: I – os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito”. Tal interpretação era lógica, pois, se não constitui ato ilícito o exercício regular de um direito, *a contrario senso*, será ilícito o exercício irregular.⁷¹³

⁷¹⁰ ASCENSÃO, A desconstrução do abuso do direito, op. cit., p. 46.

⁷¹¹ Ibid., p. 46-47.

⁷¹² Ibid., p. 51-52.

⁷¹³ PINHEIRO, **Abuso do direito nas relações contratuais**, op. cit., p. 288.

O art. 160, I, 2^a parte, do Código Civil reconheceu que o exercício de direitos não poderia ocorrer de forma absoluta, sendo contrário à fórmula *qui iure suo utitur neminem laedit*, pois que o exercício que lesa é contrário ao direito.⁷¹⁴

A dificuldade decorrente desta concepção adotada pelo Código de 1916 vem a ser, justamente, a noção de regularidade do exercício do direito, que estaria relacionada a uma atuação pautada pelos “limites naturais vinculados ao conteúdo do próprio direito” e pelos padrões estabelecidos pela boa-fé e pela sua destinação econômica e social.⁷¹⁵

Percebe-se a ligação entre o abuso do direito e a ilicitude desde a codificação de 1916, em face da necessária interpretação a *contrario sensu* do art. 160, I. Esta era inclusive a opinião de Pedro Baptista Martins e de Clovis Bevilacqua.⁷¹⁶ A identificação entre a ilicitude e o abuso do direito fica ainda mais evidente quando se percebe que ambos tratam de “violação de limites previamente estabelecidos”, sendo a diferença entre eles a natureza do limite violado. No ato ilícito, há violação de comando legal, que contenha a previsão expressa da conduta que não é aceita pelo ordenamento jurídico. Já no abuso do direito, o agente exerce um direito subjetivo de que é titular, “violando os valores que justificam o reconhecimento desse mesmo direito pelo ordenamento”. No ato ilícito há violação de “limites lógico-formais” e no abuso do direito, aos “axiológico materiais”.⁷¹⁷

Pontes de Miranda, em seu Tratado de Direito Privado, também relacionava o abuso do direito à ilicitude:

A propósito do exercício dos direitos, houve o princípio-tese de absolutidade do exercício de direitos, com o aforisma romano *qui iure suo utitur laedit* ou *nemo iniuria facit iure suo utitur*. A síntese operou-se pela inclusão do abuso do direito na classe dos atos ilícitos, ou, empregando-se regra jurídica de inclusão, por meio de enunciado proibitivo (Código Civil alemão, § 226), ou de enunciado pré-excludente da contrariedade a direito, por se ter incluído entre os atos contrários a direito o exercício irregular ou abuso do direito (Código Civil Brasileiro, art. 160, I).⁷¹⁸

⁷¹⁴ PONTES DE MIRANDA, Francisco. **Tratado de Direito Privado**. 4. ed. t. II. São Paulo: RT, 1983, § 185, p. 294.

⁷¹⁵ MORAES, Do abuso de direito: alguns aspectos, op. cit., p. 18.

⁷¹⁶ BEVILAQUA, Clovis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado**. 3. ed. t. I. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1927, p. 422.

⁷¹⁷ CARPENA, O abuso do direito no Código de 2002..., op. cit., p. 381.

⁷¹⁸ PONTES DE MIRANDA, **Tratado de Direito Privado**, op. cit., 4. ed. t. II, 1983, § 185, p. 291.

Para Everardo da Cunha Luna, “a essência do abuso de direito é a ilicitude, que se define como a relação de contrariedade entre a conduta do homem e o ordenamento jurídico. (...) A ilicitude é, como uma relação una, ontologicamente una para todo o ordenamento”.⁷¹⁹ Esta ilicitude já ensaiada no Código de 1916, de acordo com alguns doutrinadores, apresentava viés objetivo, a partir da análise da regularidade do exercício do direito, ou seja, analisava-se se havia ou não excesso no exercício do direito.

Esta já era a posição de Pedro Baptista Martins, que defendia que, ao se verificar a anormalidade do direito, o operador não deveria ater-se ao elemento intencional ou subjetivo do agente, sendo dele esperado que considere se o exercício do direito transcendeu o que denominou de “justa medida”, a qual o titular do direito deve observar. Essa “justa medida” seria obtida mediante a análise dos fins econômicos e sociais inerentes ao direito que exerce e em confronto com os demais interesses protegidos na determinada relação jurídica.⁷²⁰

Então, se o abuso do direito é assentado em bases objetivas, o exercício anormal do direito implica desconsideração dos fins econômicos e sociais envolvidos em todas as posições jurídicas, sem qualquer tipo de preocupação com as intenções do agente ou com qualquer outro aspecto de ordem psicológica. Importa examinar é se o indivíduo, “ao desencadear o seu poder jurídico, com o fim de satisfazer um interesse puramente egoístico, deixou de ter em conta os interesses antagônicos, mas hierarquizados, da coletividade”.⁷²¹

Esta concepção objetivada do abuso já era exposta pelo próprio Clovis Bevilacqua, em sua obra de Comentários, relacionando-a com o exercício de um direito em contrariedade à sua destinação econômica e social.⁷²² Destaque-se a seguinte passagem:

A evolução do direito se tem operado no sentido do maior desenvolvimento e acentuação de seus intuítos ethicos, e de correspondente redução dos seus elementos egoísticos. A sociologia, compreendendo-o como uma força moral destinada a manter o equilíbrio das energias sociaes em acção, contribuiu, fortemente, para a solução do problema do abuso do direito. Se a função do direito é manter em equilíbrio os elementos sociaes collidentes, desvirtuar-se-á, mentirá ao seu destino, quando se exagerar, no seu exercício, a ponto de se tornar um princípio de desharmonia. Essa tendência depuradora do direito e a sua finalidade social exigem a socialização de seu

⁷¹⁹ LUNA, **Abuso de Direito**, op. cit., p. 47.

⁷²⁰ MARTINS, **O abuso de direito e o ato ilícito**, op. cit., p. 163. Além dele, também LIMA, **Abuso de Direito**, op. cit., p. 49.

⁷²¹ MARTINS, **O abuso de direito e o ato ilícito**, op. cit., p. 95-96.

⁷²² BEVILACQUA, Clovis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado**. t. I. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1917, p. 420.

exercício. O direito é a resultante das solicitações dos interesses do indivíduo e da sociedade. O seu exercício deve seguir a linha média traçada por essas duas solicitações.⁷²³

Tal concepção de abuso do direito, prevista pela codificação de 1916, está fundamentada na proposição de Saleilles, que o modulou como exercício anormal do direito, cujo parâmetro de definição é o exercício do direito contrariamente à sua destinação econômica e social.⁷²⁴

Também Silvio Rodrigues, para quem há abuso de direito “quando ele não é exercido de acordo com a finalidade social para a qual foi conferido”, baseando o seu entendimento nas lições de Josserand, pelas quais “os direitos são conferidos ao homem para serem usados de uma forma que se acomode ao interesse coletivo, obedecendo à sua finalidade.”⁷²⁵ Pontes de Miranda compartilha do entendimento de que o abuso do direito, previsto no art. 160, I, do Código Civil de 1916, não era caracterizado pelo viés subjetivo, por considerar insuficiente a análise da intenção de lesar.⁷²⁶

Não foi essa, todavia, a interpretação dada ao art. 160, I, pela maioria dos doutrinadores à época, que visualizavam em tal comando normativo a exigência do ato emulativo, enquanto a jurisprudência simplesmente negava vigência ao abuso do direito,⁷²⁷ ou, quando reconhecia a sua aplicação, exigia a prova de “malícia e culpa”.⁷²⁸ Este era o entendimento de Everardo Luna, que considerava ser razoável apenas estender a aplicação da figura aos casos de dolo e de culpa, que difeririam apenas quantitativamente.⁷²⁹

Em meados dos anos 50, até os anos 70, começa a ser delineada a compreensão do “abuso de direito como *fattiespecie* decorrente do exercício anormal ou irregular de um direito já insinuando alguma consideração à finalidade econômica ou social do direito como baliza da licitude”. Exemplo marcante desta interpretação são as decisões do STF no que se refere à purga da mora em contratos de locação. A Lei do Inquilinato da época previa a

⁷²³ BEVILAQUA, **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado**, op. cit., 1927, p. 422-423.

⁷²⁴ *Ibid.*, p. 424.

⁷²⁵ RODRIGUES, **Direito Civil: Parte Geral**, op. cit., p. 314.

⁷²⁶ PONTES DE MIRANDA, **Tratado de Direito Privado**, op. cit., 4. ed. t. II, 1983, p. 293.

⁷²⁷ MARTINS-COSTA, Judith. Os avatares do abuso de direito e os rumos indicados pela boa-fé. In: <<http://www.fd.ul.pt/Portals/0/Docs/Institutos/ICJ/LusCommune/CostaJudith.pdf>>, p. 5. Acesso em: 28.05.2008.

⁷²⁸ *Ibid.*, p. 7.

⁷²⁹ LUNA, **Abuso de Direito**, op. cit., p. 71-72.

possibilidade de o inquilino purgar a mora dentro do prazo de contestação da ação de despejo, a fim de se evitar a extinção do contrato. Contudo, esse direito era exercido de modo “anormal” quando o locatário reiteradamente recorria a tal expediente, impedindo o locador de obter a sua renda no prazo contratual. O argumento principal da decisão foi o de que o objetivo da purga da mora é atender a uma premência econômica do locatário, e não lhe possibilitar um pagamento atrasado todos os meses.⁷³⁰

Ressalte-se que, apesar da expansão alcançada pelo abuso, na seara, por exemplo, dos direitos processual, penal e societário, como afirma Judith Martins-Costa, ocorreram mais retrocessos do que avanços, prevalecendo na interpretação do art. 161, I, a concepção subjetivista do abuso.⁷³¹ Foi apenas no final do século XX que a jurisprudência passou, timidamente, a alterar a sua visão acerca do abuso de direito. Isto ocorreu em razão de alterações legislativas ocorridas no período, marcadamente a edição do Código de Defesa do Consumidor, com sua noção de “abusividade contratual”, que não guarda identidade com a noção de abuso de direito.⁷³²

O abuso do direito foi, paulatinamente, afastando-se da noção de ato emulativo, em razão da insuficiência de tal critério “intimista” para atender a todas as situações que se apresentavam aos tribunais. Em razão disso, houve um esforço tanto da doutrina quanto da jurisprudência para o desenvolvimento de outros padrões que pudessem balizar o exercício do direito. Dentre esses critérios, destaque-se a finalidade econômica e social do direito exercido.⁷³³

O próprio art. 187 da atual codificação é exemplo desta evolução e deste desprendimento do ato emulativo na caracterização do abuso do direito, como abaixo será analisado.

⁷³⁰ MARTINS-COSTA, Os avatares do abuso de direito..., op. cit., p. 8. Ver decisão do STF, RE 29749, Rel. Min. Ribeiro da Costa, j. 08/05/1956.

⁷³¹ MARTINS-COSTA, Os avatares do abuso de direito..., op. cit., p. 9.

⁷³² Ibid.

⁷³³ SCHREIBER, **A proibição do comportamento contraditório...**, op. cit., p. 111.

3.2.2.2. O Código Civil de 2002 e a ilicitude do abuso do direito: o art. 187

A origem da redação do atual art. 187 do *Código* de 2002 está no art. 334 do Código Civil português, que, por sua vez, foi inspirado no art. 281 do Código Civil grego, redigido por Maridakis, que prescreve: “O exercício é proibido quando exceda manifestamente os limites impostos pela boa-fé, pelos bons costumes ou pelo escopo social ou econômico do direito”. Por certo que o Código grego também teve as suas influências: a codificação suíça, os ensinamentos da doutrina alemã acerca da boa-fé e dos bons costumes, e o “artigo 71 do Projeto Franco-italiano das Obrigações lhe cedeu a referência ao fim social e econômico do direito”.⁷³⁴

A positivação da figura do abuso do direito na Grécia é fruto, especialmente, da doutrina germânica, na medida em que esta foi recebida pelos juristas gregos. “O art. 334 (do Código Civil português), apesar de ser fruto material dos codificadores gregos, equivale a decênios de doutrina germânica”.⁷³⁵

Castanheira Neves compreendeu o abuso do direito, previsto no art. 334 do Código Civil português, como um comportamento que, em princípio, parece ser dotado de licitude jurídica, por observar a “estrutura formal-definidora (legal ou conceitualmente) de um direito”, mas que viola a “intenção normativa que materialmente fundamenta e constitui o direito invocado”.⁷³⁶ Ainda para o direito português, Jorge Manuel Coutinho de Abreu propõe a compreensão do abuso do direito em termos de um exercício aparente de direito, vislumbrado na “não realização de interesses pessoais”, por um lado, e na “negação de interesses sensíveis de outrem”, por outro.⁷³⁷

⁷³⁴ MARTINS-COSTA, Os avatares do abuso de direito..., op. cit., p. 23. Nesse sentido, também COUTINHO DE ABREU, Jorge Manuel. **Do Abuso de Direito**. Coimbra: Almedina, 1999, p. 50, e MENEZES CORDEIRO, **Da Boa-fé no Direito Civil**, op. cit., p. 715. Ver em PINHEIRO, **Abuso do direito nas relações contratuais**, op. cit., p. 57, nota 133: “O Código prussiano de 1794 foi o primeiro a estabelecer a noção de abuso do direito. Para sua caracterização, exigia-se a intenção de causar dano, quando, dentre os vários modos possíveis de exercer o direito subjetivo, escolhe-se o mais danoso”. E na nota 158 acrescenta: “Entre as codificações latino-americanas, o Código peruano de 1936 foi o primeiro a utilizar expressamente o termo ‘abuso do direito’, em contradição com outras codificações de países próximos, as quais não se referiram de modo expresso à figura”.

⁷³⁵ MENEZES CORDEIRO, **Litigância de Má-Fé...**, op. cit., p. 84.

⁷³⁶ Castanheira Neves, *apud* COUTINHO DE ABREU, Jorge Manuel. **Do Abuso de Direito**. 2. tiragem. Coimbra: Almedina, 2006, p. 22.

⁷³⁷ COUTINHO DE ABREU, **Do Abuso de Direito**, op. cit., 2006, p. 43.

Com inspiração portuguesa, o art. 187 do Código Civil foi responsável por alterações de ordem sistemática promovidas pela codificação de 2002: a atual estruturação da cláusula geral de ilicitude.

O Código de Bevilacqua continha apenas uma cláusula geral de ilicitude, o art. 159, que prescrevia: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito, ou causar dano a outrem, fica obrigado a reparar o dano. A verificação da culpa e a avaliação da responsabilidade regulam-se pelo disposto nesse Código”. Por essa opção, o suporte fático a ser preenchido para a consecução do ato ilícito, bem como a sua consequência mais comum (o dever de reparação) vinham postos no próprio art. 159 CC/1916.

No Código de 2002, positivaram-se duas cláusulas gerais de ilicitude: o art. 186 (correspondente, ainda que atualizado, do art. 159 do CC/1916) e o art. 187: “Também comete ato ilícito o titular de um direito que ao exercê-lo excede manifestamente aos limites impostos pela finalidade econômica e social, pela boa-fé e pelos bons costumes”.

O art. 187 adotou, então, a figura do abuso do direito, designada por alguns de exercício inadmissível de posição jurídica, notadamente influenciado pelo direito português, sobretudo pelo art. 334 do Código Civil de 1966. Proporcionou, com tal redação, uma ampliação da noção de ilicitude, pois uma enormidade de atos pode ser abarcada por esse comportamento praticado, violador dos padrões estabelecidos, principalmente, pela boa-fé objetiva, mas também pela finalidade econômico-social do direito exercido e pelos bons costumes. Ressalte-se que esta noção de ilicitude não exige sequer a culpa ou o dano para a caracterização do ilícito.

A prescindibilidade da culpa para a caracterização do ilícito do art. 187 do Código Civil é um dos dogmas mais difíceis de ser suplantados pelos sistemas jurídicos da tradição romano-germânica. Isto se deve, senão exclusivamente, mas principalmente, à associação normalmente feita entre o ato ilícito e uma de suas principais consequências: o dever de indenizar. Como o sistema de responsabilidade civil pátrio segue baseado na culpa (mas não apenas), alguns intérpretes fazem uma exigência, que é própria para o dever de reparação decorrente do art. 186, e tentam transferi-la para o art. 187, que não faz nenhuma menção ao elemento “culpa”.⁷³⁸

⁷³⁸ MIRAGEM, Bruno. Abuso de Direito: ilicitude objetiva no direito privado brasileiro. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 842, dez. 2005, p. 19.

Foi neste sentido o entendimento de Humberto Theodoro Junior, ao comentar o art. 187 do Código Civil. Ele equiparou o abuso do direito previsto no art. 187 a um ato culposo, pois a ilicitude, gênero da qual o abuso de direito seria espécie, se fundamenta numa “conduta culposa *lato sensu*”. Desse modo, a culpa em qualquer dos seus graus determinaria também a existência de abuso do direito. Este entendimento de que o art. 187 estaria atrelado à culpa ou a outros elementos intencionais foi superado pela maioria da doutrina, que não requer a demonstração de elementos de ordem subjetiva para a caracterização do abuso do direito.

O art. 187 ao lado do art. 186 do Código Civil promoveram, como se afirmou acima, importantes alterações de ordem sistemática. A primeira foi, então, a separação da definição da ilicitude, o que ocorre na Parte Geral, da imputação de uma de suas principais consequências, porém não a única: o dever de indenizar, previsto no art. 927 do Código Civil, como fonte de obrigação. Neste sentido, Judith Martins-Costa, para quem a “perspectiva tradicional da ilicitude, para além de restar confundida com a culpa, era verdadeiramente construída, conceitualmente, a partir do seu efeito mais corriqueiro e geral, qual seja, a obrigação de indenizar”⁷³⁹.

Isto acabou ocasionando uma confusão entre os conceitos de ilicitude e do elemento subjetivo da responsabilidade civil, a culpa. Contudo, “o modo de se exercerem os direitos, faculdades, poderes pode levar à contrariedade ao Direito compreendido como Ordenamento. Essa contrariedade, porém, não precisa ser culposa. Basta que seja imputável a alguém”⁷⁴⁰.

Relacionada à primeira alteração está a segunda, concernente à possibilidade de do ato ilícito decorrerem outras consequências além do dever de reparação, de acordo com o que for mais efetivo para o caso concreto, a exemplo da utilização de tutela inibitória para se evitar a causação do dano ao invés de postulação de uma indenização depois de sua ocorrência, ou, até mesmo, a própria invalidade do ato praticado.

Tais alterações de ordem sistemática também foram provocadas pelo art. 334 do Código Civil português, na visão de Coutinho de Abreu. O autor refere que da ilicitude gerada pela figura do abuso do direito pode decorrer a responsabilidade civil (com a caracterização de seus pressupostos), bem como a nulidade do negócio jurídico, quando o abuso tiver sido

⁷³⁹ MARTINS-COSTA, Os avatares do abuso de direito..., op. cit., p. 12.

⁷⁴⁰ Ibid., p. 15.

praticado nessa seara.⁷⁴¹ A jurisprudência portuguesa apresenta uma decisão em que o abuso do direito de crédito teve como consequência a geração de uma causa de excludente de ilicitude do inadimplemento contratual.⁷⁴²

Cunha de Sá também reconheceu a existência de outras consequências, além da responsabilidade civil, para a prática de abuso do direito:

Mas, para além da responsabilidade civil ou até a ela cumulada, poderá descobrir-se toda uma infinda gama de sanções que, essas sim, impedirão que o titular do direito abusivamente exercido obtenha ou conserve as vantagens que obteve com a prática do acto abusivo e o farão reentrar, em última análise, no exercício legítimo do direito: desde a nulidade, a anulabilidade, a inoponibilidade, ou a rescindibilidade do acto ou negócio jurídico quando seja na sua prática que o abuso se verifique, até ao reestabelecimento da verdade ou da realidade dos actos com eles conexos, aceitando, por exemplo, a sua validade não obstante a falta da forma exigida, concedendo a *exceptio doli generalis* ou *specialis*, recusando a acção de anulação ou mantendo em vigor a relação.⁷⁴³

Lembre-se que a culpa não é o único critério de atribuição de responsabilidade civil, pois ela pode dar-se por meio da confiança legitimamente despertada ou pelo risco. Isto faz com que haja uma

complexa dimensão da ilicitude, que engloba a chamada ilicitude subjetiva e objetiva: é subjetiva quando a norma determina seja o nexo de imputação balizado pela culpa, impondo-se a verificação da negligência ou da imprudência, ou, ainda, no caso de dolo, também da intencionalidade; é objetiva quando não é necessário averiguar se, subjacente ao ato ou conduta, houve ato negligente ou imprudente, pois a ilicitude estará caracterizada pelo desvio ou pela contrariedade à norma de dever-ser imposta pelo ordenamento, compreendido (...) como o conjunto de princípios e regras derivadas das quatro fontes de normatividade e destinadas, em última instância, a assegurar a coexistência de liberdades.⁷⁴⁴

⁷⁴¹ COUTINHO DE ABREU, **Do Abuso de Direito**, op. cit., 2006, p. 76-77.

⁷⁴² BOULOS, **Abuso do Direito no novo Código Civil**, op. cit., p. 198. Na nota 133, apresenta a ementa da decisão. Supremo Tribunal de Justiça (n. Convencional: JSTJ00036591) – Relator: PEIXE PELICA – Data do acórdão: 14.04.99: “I – O incumprimento contratual significa uma situação de inexistência de realização da prestação devida e só releva juridicamente se a omissão assumir um caráter ilícito. II – Não há incumprimento ilícito se o direito de crédito for exercido em regime de abuso de direito (v.g., se o credor cria ao devedor remisso condições gravosas e desproporcionadas violadoras das regras da boa fé e dos bons costumes, o que sucede quando o exercício desse direito representa uma situação desproporcional entre a utilidade procurada e as consequências que os outros têm de suportar. III – A desproporcionalidade terá de ser aferida por critérios unicamente objetivos e deverá apresentar as características de intolerabilidade e de excesso inaceitáveis”.

⁷⁴³ SÁ, **Abuso de Direito**, op. cit., p. 647-648.

⁷⁴⁴ MARTINS-COSTA, **Os avatares do abuso de direito...**, op. cit., p. 16.

Esta conexão indissociável entre ilicitude e culpa não permitia a compreensão dos casos em que havia dever de indenização sem a prática de ilícito e dos casos de ilícito sem que houvesse dano indenizável. A atual redação dos artigos 186 e 187 proporciona outras tutelas possíveis ao ilícito, além da ressarcitória. Pode-se citar a possibilidade de “remoção do ilícito” ou a sua prevenção, nos casos de busca e apreensão de produtos originados de contrafação de marca ou ações preventivas em matéria ambiental. Permite-se, então, a “tutela processual contra os atos contrários ao direito — e não mais, necessariamente, os atos danosos.”⁷⁴⁵

Fernando Cunha de Sá aponta para a ideia de que “a sanção do ato abusivo é variável e deve ser determinada, conseqüentemente, caso por caso”. Desse modo, pode ser necessária a utilização de “reparação natural” com a “remoção do que se fez com abuso de direito”. Em outras situações, a tutela possível será a indenização pecuniária, a nulidade ou anulabilidade do ato, o restabelecimento da verdade ou realidade dos atos a ele relacionados.⁷⁴⁶

Após a análise dos aspectos estruturais do art. 187 do Código Civil, é necessário um olhar “para dentro”, a fim de se buscar compreender qual o alcance das balizas nele previstas para a configuração de um ato ilícito. Porém, antes disso, mister perquirir o sentido da expressão “manifestamente”, que qualifica as balizas postas pelo referido artigo.

Pode auxiliar na sua definição a jurisprudência portuguesa, que se valeu da mesma expressão. As cortes portuguesas fazem então menção à “ofensa clamorosa ou chocante ao sentimento jurídico socialmente dominante”. Desse modo, o que daí pode ser retirado é que o exercício que não demonstrar tal ofensa clamorosa aos parâmetros que serão abaixo analisados estará dentro da esfera da licitude.⁷⁴⁷

O primeiro parâmetro posto pelo art. 187 do Código Civil para o exercício de uma posição jurídica é a observância de sua função social e econômica. Pedro Baptista Martins assevera que “o direito tem, incontestavelmente, uma destinação social. O sentido

⁷⁴⁵ MARTINS-COSTA, Os avatares do abuso de direito..., op. cit., p. 16-17. Sobre as diferentes formas de tutela jurisdicional aptas a atender a complexidade do direito material, veja-se o recente trabalho de OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. **Teoria e Prática da Tutela Jurisdicional**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, especialmente o capítulo que trata da tutela mandamental, p. 183 e segs.

⁷⁴⁶ SÁ, **Abuso de Direito**, op. cit., p. 647 e segs. No mesmo sentido, ASCENSÃO, A desconstrução do abuso do direito, op. cit., p. 51.

⁷⁴⁷ BOULOS, **Abuso do Direito no novo Código Civil**, op. cit., p. 165,166 e 168.

restrito que se atribuía à palavra direito modificou-se com a evolução do conceito de exercício abusivo. Esse conceito é elástico, e está destinado a estender-se com o desenvolvimento da idéia de solidariedade e progresso social”.⁷⁴⁸ De acordo com o autor, essa necessidade de se fundar o exercício dos direitos na sua funcionalidade econômico-social, vem “dos conceitos sociológicos de solidariedade e interdependência” basilares da ordem econômica e jurídica.⁷⁴⁹

A compreensão e a concretização da função econômico-social enquanto baliza do exercício de direitos podem ser auxiliadas pela construção dogmática elaborada pelo doutrinador italiano Emilio Betti, por meio de sua teoria da causa objetiva do negócio jurídico, entendida como uma “razão prática típica que lhe é imanente”, isto é, “um interesse social objetivo e socialmente verificável” a que todo o negócio jurídico deve respeitar. A causa do negócio jurídico não apresenta um “sentido fenomenológico, mas teleológico”, atinente a uma necessidade de sociabilidade, presente nos direitos subjetivos e também em outros instrumentos para exercício da autonomia disponibilizados pelo sistema jurídico.⁷⁵⁰

Emilio Betti assim define a teoria da causa objetiva do negócio jurídico:

A causa ou razão do negócio se identifica com a função econômico-social de todo o negócio, considerado despojado da tutela jurídica, a síntese dos seus elementos essenciais, como totalidade e unidade funcional, em que se manifesta a autonomia privada. A causa é, em resumo, a função de interesse social da autonomia privada. Os elementos necessários para a existência do negócio são também elementos indispensáveis da função típica que é sua característica. A sua síntese, assim como representa o tipo do negócio, na medida em que é negócio causal, também lhe representa, igualmente, a função típica. Função econômico-social do tipo do negócio, como manifestação de autonomia privada, a qual é um fenômeno social antes de se tornar, com o reconhecimento, um fato jurídico.⁷⁵¹

Para a análise do abuso do direito, valendo-se do critério da finalidade econômico-social, deverá o juiz perquirir estes aspectos da relação jurídica entabulada pelas partes. Contudo, esta análise não deve partir das afirmações das partes, mas da “ponderação das circunstâncias, nas quais se encontravam elas ao estabelecer a relação jurídica”.⁷⁵²

⁷⁴⁸ MARTINS, **O abuso de direito e o ato ilícito**, op. cit., p. 93-94.

⁷⁴⁹ *Ibid.*, p. 165.

⁷⁵⁰ BETTI, Emilio. **Teoria Geral do Negócio Jurídico**. t. 1. Trad. Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN Editora, 2003, p. 248.

⁷⁵¹ *Ibid.*, p. 260.

⁷⁵² MARTINS, **O abuso de direito e o ato ilícito**, op. cit., p. 170.

Heloísa Carpena também reconhece a necessidade de o ato de exercício de um direito respeitar o seu espírito (lembre-se da relação deste limite com a teoria interna), buscando-se uma “conciliação do preceito com a sua aplicação, negando o absolutismo dos direitos”, estando dentre os critérios para a definição do abuso a observância de sua finalidade social.⁷⁵³ A concretização desse limite, enquanto exemplo de aplicação da teoria interna, somente pode ser aferível no caso, observando-se a funcionalidade típica daquele direito.

Numa tentativa de demonstrar uma aplicação da função econômica como parâmetro para o exercício de direitos, será analisado o caso do vasilhame compartilhado para a comercialização de cerveja no mercado interno.⁷⁵⁴

A companhia AMBEV possui posição dominante no mercado de cerveja nacional, detendo marcas como Brahma, Antártica, Skol e Bohemia, dentre outras, que ocupam, aproximadamente, 70% do mercado nacional. A companhia lançou no mercado, no início de 2008, garrafas retornáveis de 630 ml para as cervejas Bohemia e Skol, da mesma cor (âmbar) e com formato semelhante ao utilizado pelo sistema de compartilhamento de vasilhame pelos demais, com capacidade de armazenamento de 600 ml.

A prática adotada foi considerada anticoncorrencial pelas razões que seguem: a) o sistema de vasilhame compartilhado é utilizado pelas empresas há mais de 100 anos, apoiando o escoamento da produção, e a sua alteração dificulta a venda das cervejarias rivais, que precisarão manter estoques extras de garrafas; b) cada cervejaria tem a prerrogativa de ter o próprio vasilhame; contudo, ele precisa ser diferenciado para não causar distorções, inclusive a de contrafação de marca, pois, sendo os vasilhames muito parecidos, pode ocorrer que a cervejaria SchinCariol engarrafe cerveja na garrafa específica da AMBEV; c) incremento do custo para separação e diferenciação dos vasilhames, com a consequente opção dos comerciantes de vender apenas cervejas da AMBEV, dado o custo que a separação acarreta; d) aumento do tempo de visita dos distribuidores nos estabelecimentos comerciais; e e) possibilidade de configuração de crime de contrafação e prejuízo à consolidação das marcas concorrentes de cerveja.

⁷⁵³ CARPENA, Heloísa. **Abuso do Direito nos Contratos de Consumo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 53.

⁷⁵⁴ As informações relativas ao caso estão disponíveis no *site* da Secretaria de Direito Econômico, em razão do Processo Administrativo n. 08012.002474/2008-24, promovido pela Associação dos Fabricantes de Refrigerantes do Brasil, Cervejaria Imperial, Associação Brasileira de Bebidas e Cervejaria Kaiser Brasil S/A contra a Companhia de Bebidas das Américas – AMBEV.

Se analisada esta situação concreta à luz da doutrina do abuso do direito, pode-se inferir o que segue: a AMBEV tem a possibilidade de não mais participar do sistema de vasilhame compartilhado. Contudo, o exercício de qualquer direito tem de observar a sua funcionalidade econômico-social, ou seja, para não mais participar desse arranjo necessário à manutenção saudável da concorrência — a alteração da garrafa para dois tipos de cerveja, garrafa essa muito próxima às outras (cor, formato e volume semelhantes) —, deveria ter sido observado um padrão completamente diferente de vasilhame, a exemplo do que outras cervejarias já praticam. Logo, a alteração do sistema não foi útil nem à rede econômica formada por esse ramo empresarial, dados os prejuízos sofridos pela concorrência e até mesmo pelas outras marcas da própria AMBEV, nem à sociedade, enquanto consumidora, pois tal prática foi considerada, e de forma notória, como anticoncorrencial.

O caso acima demonstra como o critério da funcionalidade econômica e social poderia, num caso concreto, limitar o exercício de posições jurídicas. Analisado esse primeiro parâmetro, passa-se ao exame dos bons costumes.

Os bons costumes constituem “noção fortemente sociológica, de conteúdo variável, remetendo ao sentido ético imperante na comunidade social”.⁷⁵⁵ Os bons costumes correspondem à “moral social da linguagem clássica portuguesa, traduzem um conjunto de regras de comportamento sexual, familiar e deontológico acolhidas pelo Direito, em cada momento histórico. (...) e provocam consenso em concreto, pelo menos nos casos-limite”.⁷⁵⁶

Para Coutinho de Abreu, os bons costumes podem ser definidos como

... o conjunto das regras morais aceites pela consciência social. Não se trata pois de usos ou práticas morais, mas de ideias ou convicções morais; não da moral que se observa e se pratica (*mores*) mas daquela que se entende dever ser observada (*bonus mores*). Não se trata tão-pouco da moral subjectiva do juiz, antes sim da moral objectiva, e precisamente da que corresponde ao sentido ético imperante na comunidade social. Não se trata, ainda, da moral transcendente, religiosa ou filosófica, mas da moral positiva. Como se vê, o critério está na consciência social dominante.⁷⁵⁷

⁷⁵⁵ MARTINS-COSTA, Os avatares do abuso de direito..., op. cit., p. 32-33.

⁷⁵⁶ MENEZES CORDEIRO, **Tratado de Direito Civil Português**, op. cit., Parte Geral, p. 243.

⁷⁵⁷ COUTINHO DE ABREU, **Do Abuso de Direito**, op. cit., 1999, p. 63-64.

Enzo Roppo relaciona os bons costumes a “regras não escritas de comportamento, cuja observância corresponde à consciência ética difundida na generalidade dos cidadãos e cuja violação é, portanto, considerada moralmente reprovável”.⁷⁵⁸

Já Clóvis do Couto e Silva compara o conceito de boa-fé ao de bons costumes, afirmando que eles guardam uma diferença de grau, pois ambos se vinculam a valores morais indispensáveis ao convívio social e dependentes da convicção popular.⁷⁵⁹

Carneiro da Frada também contribui para o delineamento dos bons costumes, afirmando que eles representam “o sentido da decência de todos os que pensam *equa* e justamente”, com uma pretensão de “validade supra-individual”. Eles não podem ser reconduzidos nem ao “subjetivismo do julgador” nem a um conjunto de “sensibilidades empiricamente comprovável”. Constituem, na realidade, “cláusula de salvaguarda do mínimo ético-jurídico reclamado pelo Direito e exigível de todos os membros da comunidade”.⁷⁶⁰

As definições elencadas acima são suficientes para se demonstrar a “fluidez” do conceito de “bons costumes”, ainda mais se considerarmos que dele não foram derivadas “figuras sintomáticas”, assim como se fez com a boa-fé objetiva.⁷⁶¹

A cláusula geral de bons costumes, prevista no § 138 do *BGB*, foi aplicada pelo Tribunal Constitucional Alemão, em 1993, reconhecendo a “nulidade de obrigação contratual de fiança oferecida pelo filho em relação à dívida de seu pai, ineficaz por confrontar o art. 2, parte I, da Lei Fundamental, que garante o direito ao livre desenvolvimento da personalidade”.⁷⁶²

O terceiro e último parâmetro balizador do exercício de direitos previsto pelo art. 187 do Código Civil é a boa-fé objetiva, fundamental, nesse papel, por ser o mais desenvolvido na doutrina e na jurisprudência, tendo alcançado a maturidade, eis que vem sendo aplicado de forma intensa no país há, aproximadamente, 25 anos.

Diferencia-se da boa-fé prevista no art. 187, a boa-fé subjetiva, entendida como um “estado de consciência ou convencimento individual de obrar a parte em conformidade ao

⁷⁵⁸ ROPPO, *O Contrato*, op. cit., p. 185.

⁷⁵⁹ COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006, p. 33-34.

⁷⁶⁰ CARNEIRO DA FRADA, Manuel Antonio de Castro Portugal. *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 843 a 845.

⁷⁶¹ COUTINHO DE ABREU, *Do Abuso de Direito*, op. cit., 1999, p. 64.

⁷⁶² MIRAGEM, *Abuso de Direito: ilicitude objetiva no direito privado brasileiro*, op. cit., p. 35.

direito”. Caracteriza-se pela ignorância, pela crença errônea acerca da regularidade de determinada situação. Seu campo de aplicação é o dos direitos reais, nas questões possessórias.⁷⁶³

A boa-fé compreendida como um padrão de conduta, é aquela que obriga as partes a observarem condutas leais, honestas, corretas e a respeitarem as legítimas expectativas do *alter*. Judith Martins-Costa a define como um:

Modelo de conduta social, arquétipo ou *standard* jurídico, segundo o qual cada pessoa deve ajustar a própria conduta a esse arquétipo, obrando como obraria um homem reto: com honestidade, lealdade, probidade. Por esse modelo de conduta levam-se em consideração os fatores concretos do caso, tais como o *status* pessoal e cultural dos envolvidos, não se admitindo uma aplicação mecânica do *standard*, de tipo meramente subsuntivo. (...) A boa-fé qualifica, pois, uma norma de comportamento leal. É, por isso mesmo, uma norma necessariamente nuançada, a qual, contudo, não se apresenta como um princípio geral ou como uma espécie de panacéia de cunho moral incidente da mesma forma a um número indefinido de situações. É norma nuançada — mais propriamente, constitui um modelo jurídico — na medida em que se reveste de variadas formas, de variadas concreções, “denotando e conotando, em sua formulação, uma pluridiversidade de elementos entre si interligados numa unidade de sentido lógico.”⁷⁶⁴

A boa-fé pode ser compreendida tanto como um *standard* quanto como um princípio jurídico. Enquanto *standard*, admite múltiplas compreensões, de acordo com a seara em que é aplicada, pois ele confere uma “medida média de conduta social, suscetível de se adaptar às particularidades de cada hipótese”. A boa-fé foi recepcionada como *standard* no *Code Civil*, em seu art. 1134.⁷⁶⁵

No Brasil, a boa-fé objetiva pode ser compreendida como *standard* ou como princípio. Enquanto princípio, a boa-fé desempenha três funções, quais sejam, a interpretativa (com previsão no art. 113 do Código Civil), a criadora de deveres (que pode ser extraída do texto do art. 422 do Código Civil) e a de controle ao exercício de direitos subjetivos (com

⁷⁶³ MARTINS-COSTA, A **boa-fé no direito privado**, op. cit., p. 411-412.

⁷⁶⁴ Ibid.

⁷⁶⁵ FRADERA, Véra Maria Jacob de. A boa-fé objetiva, uma noção presente no conceito alemão, brasileiro e japonês de contrato. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGD/UFRGS**. Porto Alegre, v. 1, n. 3, 2003, p. 133 e 134.

previsão no art. 187 do Código Civil).⁷⁶⁶ Para esta parte do trabalho, interessa apenas a última função.

Na função de baliza da licitude, confiança e boa-fé (idéias já unidas etimologicamente pela noção de *fides*) conectam-se funcionalmente, uma sintetizando a tutela das legítimas expectativas, outra traduzindo as exigências de probidade e correção no tráfego jurídico. Atuam, pois, coligadamente para coibir condutas que defraudem a *expectativa de confiança* — seja aquele mínimo de confiança que torna pensável a vida em sociedade, seja a confiança qualificada por uma especial proximidade entre as partes, como ocorre na relação pré-contratual.⁷⁶⁷

Desse modo, a boa-fé atuará como forma de tutela das legítimas expectativas do *alter*, estabelecendo os parâmetros ao exercício dos direitos subjetivos, através do tratamento típico que recebe por meio das seguintes figuras: a) *venire contra factum proprium*,⁷⁶⁸ b) *supressio e surrectio*,⁷⁶⁹ c) *tu quoque*.⁷⁷⁰

⁷⁶⁶ FRADERA, Véra Maria Jacob de. **Reflexões sobre a contribuição do direito comparado para a elaboração do direito comunitário**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 276, nota 277.

⁷⁶⁷ MARTINS-COSTA, Os avatares do abuso de direito..., op. cit., p. 28.

⁷⁶⁸ “Traduz o exercício de uma posição jurídica em contradição com o comportamento assumido anteriormente pelo exercente. (...) Essa atitude é considerada pela doutrina como sendo inadmissível. (...) O *venire* contempla dois comportamentos da mesma pessoa, lícitos se analisados isoladamente e diferidos no tempo. O primeiro — o *factum proprium* — é contrariado pelo segundo, violando-se uma legítima expectativa gerada.” Menezes Cordeiro aponta três situações em que se pode agrupar o *venire*: “... o titular-exercente manifesta a intenção de não exercer um direito potestativo, mas exerce-o. No segundo, o titular-exercente indica não ir exercer um direito subjetivo comum, mas exerce-o. No terceiro, finalmente, a pessoa age ao abrigo de uma permissão genérica de atuação e não de um direito subjetivo, potestativo ou comum”. In: MENEZES CORDEIRO, **Da Boa-fé no Direito Civil**, op. cit., p. 742 a 748. Veja-se também a compreensão do *venire* alcançada por RANIERI, Filippo. Bonne foi et exerce du droit dans la tradition du civil law. **Revue Internationale de Droit Comparé**. Paris, n. 4, 1998, p. 1.068, a partir do direito alemão: “... é a regra segundo a qual o fato de fazer valer uma posição jurídica formal de uma maneira contrária às relações e aos vínculos de confiança criados em relações de confiança constitui um ‘*venire contra factum proprium*’, e portanto, segundo a definição alemã da expressão — um abuso de direito”.

⁷⁶⁹ “Diz-se *supressio* a situação do direito que, não tendo sido, em certas circunstâncias, exercido durante um determinado lapso de tempo, não possa mais sê-lo por, de outra forma, contrariar a boa-fé. (...) Relaciona-se a uma ‘demora desleal no exercício do direito’, sendo o decurso do tempo um de seus elementos essenciais. É necessário, então, um ‘determinado tempo sem exercício do direito’ e, ainda ‘indícios objetivos de que esse direito não mais seria exercido. O tempo sem exercício é eminentemente variável, consoante as circunstâncias’, não sendo requisito dela qualquer elemento de ordem subjetiva. ‘A realidade social da *supressio*, que o Direito procura orientar, está na ruptura das expectativas de continuidade da auto-apresentação praticada pela pessoa que, tendo criado, no espaço jurídico, uma imagem de não-exercício, rompe, de súbito, o estado gerado”. In: MENEZES CORDEIRO, **Da Boa-fé no Direito Civil**, op. cit., p. 797 a 813. Clara é a definição de RANIERI, Bonne foi et exerce du droit..., op. cit., p. 1.066: “Aquele que retarda o exercício de um direito e desperta a confiança da outra parte no fato de que o direito não mais seria exercido deve considerar o seu direito perdido, mesmo se o prazo de prescrição não tenha ainda expirado”. E na p. 1.071 considera a *supressio* “um terceiro gênero, ao lado das instituições legais da prescrição e da decadência”.

⁷⁷⁰ Traduz “regra pela qual a pessoa que viole uma norma jurídica, legal ou contratual, não poderia, sem abuso, exercer a situação jurídica que esta mesma norma lhe tivesse atribuído”. (...) “A materialização da regra

Perceba-se a possibilidade de os parâmetros citados acima serem aplicados aos mais diversos tipos de relação, servindo-se para apoiar o exercício do poder familiar, do direito de narrar,⁷⁷¹ o contexto das relações societárias⁷⁷² e ainda o universo da concorrência.⁷⁷³ Logo, o

do *tu quoque* decorre do fato de que fere as sensibilidades primárias, ética e jurídica, que uma pessoa possa desrespeitar um comando e, depois, vir a exigir a outrem o seu acatamento.” In: MARTINS-COSTA, A **boa-fé no direito privado**, op. cit., p. 461.

⁷⁷¹ AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. NOTÍCIA OFENSIVA À HONRA E DIGNIDADE DO AUTOR. LEI DE IMPRENSA. INÉPCIA DA INICIAL. DECADÊNCIA AFASTADA. LESIVIDADE E ABUSO DO DIREITO DE INFORMAÇÃO RECONHECIDOS PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. MATÉRIA DE PROVA. I - A falta de juntada do inteiro teor do periódico em que publicada a notícia não constitui motivo de nulidade do processo, sendo suficiente a exibição da folha impressa, notadamente quando os réus não negam o seu conteúdo. II - A jurisprudência das turmas integrantes da Segunda Seção desta Corte entende que, após a Constituição de 1988, não prevalece o prazo decadencial para a ação por danos morais, disciplinado na Lei de Imprensa. III - A condenação do vencido em honorários advocatícios e correção monetária é corolário lógico da procedência do pedido. IV - Afirmado pelas instâncias de origem, com supedâneo nas provas dos autos, que as notícias veiculadas ofenderam a honra e a dignidade do autor, rever esse entendimento encontra óbice no enunciado 7 da Súmula desta Corte. Recurso especial não conhecido. REsp. n. 473.734/AL, rel. Min. Castro Filho, 3ª Turma Julgadora, j. 25/05/2004.

⁷⁷² SOCIEDADE ANÔNIMA. TRANSFERÊNCIA DO PODER DE CONTROLE. CONTEÚDO ECONÔMICO. SOBREVADOR PRETENDIDO EM FAVOR DE *HOLDINGS* ABERTAS, SOB A ALEGAÇÃO DE QUE LHE FOI USURPADA A OPORTUNIDADE COMERCIAL DE ALIENAR O CONTROLE DIRETAMENTE AO COMPRADOR. CONTROLE INDIRETO. EXERCÍCIO REGULAR DA FUNÇÃO DE CONTROLADOR. INEXISTÊNCIA DE DANOS. REPARAÇÃO INDEVIDA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 7-STJ. - Considera-se controlada a sociedade na qual a controladora, diretamente ou por meio de outras controladas, é titular de direitos de sócios que lhe assegurem, de modo permanente, preponderância nas deliberações sociais e o poder de eleger a maioria dos administradores. - Ao controlador indireto é permitido apropriar-se do sobrevalor correspondente ao seu poder de controle, bem de conteúdo econômico autônomo e independente. Inexistência no caso de venda a *non domino*, tampouco da alegada subtração de oportunidade comercial, de que seriam titulares as *holdings* abertas. Exercício regular da função de controlador. - Não ocorrência de dano, quer das *holdings* abertas, quer dos acionistas minoritários. Sem a prova da existência de prejuízo, não há lugar para a indenização pretendida. - Existência dos danos alegados a depender do reexame de material fático-probatório (Súmula n. 7-STJ). Recurso especial não conhecido. REsp. n. 556256/RJ, rel. Min. Barros Monteiro, 4ª Turma, j. 13/02/2006.

⁷⁷³ RECURSO ESPECIAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. TUTELA ANTECIPADA. TRANSPORTADORAS DE VEÍCULOS. "CEGONHEIROS". INDÍCIOS DE ABUSO DE PODER ECONÔMICO E FORMAÇÃO DE CARTÉIS. 1. A violação do art. 535 do *CPC* ocorre quando há omissão, obscuridade ou contrariedade no acórdão recorrido. Incorre o referido vício *in procedendo* posto não estar o juiz obrigado a tecer comentários exaustivos sobre todos os pontos alegados pela parte, mas, antes, a analisar as questões relevantes para o deslinde da controvérsia. 2. O exame do preenchimento dos pressupostos para a concessão da tutela antecipada previstos no artigo 273 deve ser aferido pelo juiz natural, sendo defeso ao STJ o reexame desse pressuposto de admissibilidade, em face do óbice contido na súmula 07/STJ. (Precedentes da Corte: REsp 436.401/PR, 2ª T., Rel. Min. Franciulli Netto, DJ 28/06/2004; AGA 520.452/RJ, 1ª T., Rel. Min. Francisco Falcão, DJ 31/05/2004; REsp 521.814/SE, 5ª T., Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, DJ 08/03/2004; REsp 440.663/SP, 4ª T., Rel. Min. Fernando Gonçalves, DJ 16/02/2004; REsp 515.536/AC, 3ª T., Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJ 19/12/2003.) 3. Aferição pelas instâncias inferiores de prática econômica abusiva violando a livre **concorrência**, posto estratégia tendente a limitar a participação nesse segmento aos integrantes da associação, influenciando sobremodo no preço do frete. 4. Comprovação dos fatos na instância inferior que gerou a concessão de tutela antecipatória *in itinere* com a fixação de cotas para os trabalhadores autônomos. 5. Deveras, a atuação paralela das entidades administrativas do setor (CADE e SDE) não inibe a intervenção do Judiciário *in casu*, por força do princípio da inafastabilidade, segundo o qual nenhuma ameaça ou lesão a direito deve escapar à apreciação do Poder Judiciário, posto inexistente em nosso sistema o contencioso administrativo e, *a fortiori*, desnecessária a exaustão da via extrajudicial para invocação da prestação jurisdicional. 6. Decisão atacada que, analisando as condições de mercado, fixou percentuais de participação de trabalhadores autônomos com fulcro no pilar da livre iniciativa, um dos fundamentos da República, posto valorizar o trabalho humano, conspirando em prol de uma sociedade digna, justa e solidária, como promete o novel Estado Principlológico

Brasileiro, delineado no ideário da nação, que é a nossa Constituição Federal. Aliás, o art. 170 da CF dispõe: “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: ...”. Para esse fim, presta-se a intervenção estatal no domínio econômico, que, dentre outras medidas, se consubstancia na repressão ao **abuso** do poder econômico consistente em medidas estatais que positivam impedimentos à formação ilegal de cartéis ou a práticas comerciais abusivas. 7. Destarte, as digressões acerca da metodologia da estratégia econômica, cujo entendimento interdisciplinar retrata a antijuridicidade apontada pelo Ministério Público, revelam-se prematuras de análise em sede de recurso especial voltado contra a má apreciação dos requisitos da concessão da tutela antecipada, mercê de insindivível por força da súmula 07/STJ. 8. Conseqüentemente, as decisões, ao fixarem índices de participação, o fizeram analisando contratos adrede assinados, com o que, obliquamente, se pretende que o Eg. STJ faça o mesmo, em afronta à Súmula 05. 9. Alegação de violação da Lei nº 8.894, que nas sanções ao eventual **abuso** do poder econômico não estabelece como penalidade a abertura compulsória do mercado, impondo contratados indesejados pelos contratantes. 10. Sob esse ângulo, é cediço que a possibilidade jurídica do pedido se afere não pela previsão do mesmo no ordenamento, mas pela vedação do que se pretende via tutela jurisdicional, por isso que, em tema de direito processual, máxime quanto ao acesso à justiça, vige o princípio da liberdade, sendo lícito pleitear-se o que não é vedado. 11. Deveras, a efetividade da prestação jurisdicional implica resultados práticos tangíveis e não meras divagações acadêmicas, porquanto, de há muito já afirmava Chiovenda, que o judiciário deve dar a quem tem direito, aquilo e justamente aquilo a que faz jus, posto não poder o processo gerar danos ao autor que tem razão. Ora, é da essência da ação civil pública gerar tutela específica, inibitória ou repressiva, sendo livre o juiz não só quanto às medidas de apoio para fazer valer a sua decisão, como também na prolação da mesma, impondo o que no direito anglo-saxônico se denomina *specific performance*. *In casu*, o Tribunal impôs uma prestação específica independentemente das multas, por isso que cada uma das medidas vem prevista em leis federais distintas, a saber: a que veda as práticas abusivas econômicas (Lei 8.884/94) e 7.437/85 (Lei da Ação Civil Pública). 12. Ademais, o artigo 24, inciso V, 2ª parte, da Lei 8.884 prevê tutela inibitória de cessação de atividades infringentes aos princípios da ordem econômica, oportunidade em que, coadjuvada pela Lei da Ação Civil, determina o fazer que conjura prática abusiva. 13. A suposta violação de cláusulas constitucionais escapa à cognição do Eg. STJ. 14. O Ministério Público *in casu* atua na defesa da ordem econômica, visando a evitar os abusos, dentre os quais a cartelização do transporte de automóveis de ilegalidade manifesta. 15. “A Lei nº 8.884, de 11.06.1994, transformou o Conselho Administrativo da Defesa Econômica — CADE — em autarquia, dispondo ainda sobre a prevenção e repressão das infrações contra a ordem econômica, revogando grande parte da legislação anterior e tendo, por sua vez, sido parcialmente modificada. A mencionada lei nº 7.347, incluindo no art. 1º da mesma um inciso V, que tem a seguinte redação: “Regem-se pelas disposições desta lei... as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados: I - (...) V - por infração da ordem econômica”.

“O art. 5º, II, da mesma Lei n. 7.347 também foi modificado para nele incluir uma referência à ordem econômica e à livre concorrência. Trata-se de ampliação do âmbito de utilização da ação civil pública, que, como vimos, só pode ser usada nos casos legalmente previstos, de modo que, a partir de 1994, também se torna um instrumento para a defesa de direitos individuais, difusos ou coletivos no plano econômico. Explica-se a inovação legislativa pelas modificações sofridas pela economia brasileira, com a sua recente abertura para o capital estrangeiro, em virtude da globalização que impera no mundo. A fim de se evitarem situações de *dumping* ou outras manobras ilegais, a ação civil pública tem a necessária dimensão, densidade e velocidade (em virtude da possibilidade de obtenção de medida liminar) para a defesa dos direitos e interesses das empresas brasileiras, uma contra as outras ou em relação às multinacionais sediadas no Brasil ou que operam no país.” (in Mandado de Segurança, Hely Lopes Meirelles, 26ª Edição, atualizada por Arnaldo Wald e Gilmar Ferreira Mendes, p. 198-199) 16. Inexiste violação ao princípio do *ne bis in idem*, tendo em vista a possibilidade de instauração concomitante de ação civil pública e de processo administrativo, *in casu*, perante a SDE — Secretaria de Desenvolvimento Econômico do Ministério da Justiça —, para investigação e punição de um mesmo fato, porquanto as esferas de responsabilização civil, penal e administrativa são independentes. 17. O novel art. 129, III, da Constituição Federal habilitou o Ministério Público à promoção de qualquer espécie de ação na defesa do patrimônio público social, não se limitando à ação de reparação de danos. 18. Em conseqüência, legitima-se o Ministério Público a toda e qualquer demanda que vise à defesa do patrimônio público (neste inserido o histórico, cultural, urbanístico, ambiental etc.), sob o ângulo material (perdas e danos) ou imaterial (lesão à moralidade), bem como à defesa da ordem econômica, consoante dispõe o parágrafo único do art. 1º da Lei 8.884/94. 19. É cediço no Eg. STJ que “em ação proposta pelo Ministério Público Federal, órgão da União, somente a Justiça Federal está constitucionalmente habilitada a proferir sentença que vincule tal órgão” (CC 40.534, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 17/05/2004). Ademais, o *amicus curiae* opina em favor de uma das partes, o que o torna um singular assistente, porque de seu parecer exsurge o êxito de uma das partes, por isso a lei o cognomina de assistente. É assistente *secundum eventum litis*. 20. Recurso especial desprovido. REsp. n. 677585 / RS, rel. Min. Luiz Fux, j. 13/02/2006.

art. 187 do Código Civil servirá como eixo estruturante da ilicitude no ordenamento privado, transcendendo os limites do direito das obrigações.

Tendo-se traçado os parâmetros para a aplicação do abuso do direito no sistema jurídico brasileiro, resta analisar as razões pelas quais o abuso do direito não é a via mais adequada para a recepção da *economic duress*.

3.2.3. Razões que afastam o abuso do direito como a via mais adequada de recepção da *economic duress*

Cabe, primeiro, lembrar a compreensão apresentada pela *common law* acerca da *economic duress* para, após, se realizar um cotejo entre a primeira e o abuso do direito. Demonstra-se, a seguir, porque ele não é a melhor via para sua recepção.

A *economic duress* constitui-se de aplicação de pressão econômica, ou seja, de ameaça ilegítima naquela esfera, que deixa o paciente sem razoáveis alternativas, levando-o, em razão de tais circunstâncias, a celebrar um contrato ou a sua modificação. A desproporção entre as prestações poderá estar presente nestas situações, não sendo uma exigência, pois o objetivo da figura não é tutelar o equilíbrio entre as prestações, mas assegurar padrões mínimos de lealdade durante o processo de negociação, servindo como um elemento contextual de análise do negócio celebrado. O cerne do problema é examinar se algumas formas de pressão utilizadas nas relações negociais comerciais estão em conformidade, ou não, com o sistema econômico e social.

Um dos caminhos que se abrem para a recepção da *economic duress* é o da coação. Entretanto, o art. 153 do Código Civil assevera: “Não se considera coação a ameaça de exercício normal de direito, nem o simples temor reverencial”, daí surgindo uma possível conexão entre as figuras do abuso do direito e da *economic duress*.

Desde o Código Civil de 1916, os autores identificavam a relação existente entre o abuso do direito, à época previsto no art. 160, I, e a coação, considerando-a uma aplicação, a *contrario sensu*, do abuso, na medida em que a ameaça de exercício anormal de um direito se caracteriza como coação, e conseqüentemente como um ato abusivo.⁷⁷⁴

⁷⁷⁴ PINHEIRO, *Abuso do direito nas relações contratuais*, op. cit., p. 294.

Clovis Bevilacqua já indicava esse caminho:

Se, porém, houver excesso, se a pessoa armada de seu direito procurar incutir pavor ou grave apreensão no ânimo de outrem, esse cortejo de ameaças torna anormal o exercício do direito e constitui coação. (...) O exercício anormal realizado será o abuso do direito. Assim, o Código Civil [o de 1916] deu entrada, indiretamente, a essa teoria, que é uma das manifestações dos intuitos éticos do direito moderno, preponderando sobre os elementos egoísticos. Este pensamento do Código se confirma com a noção de acto ilícito dada no art. 160.⁷⁷⁵

A estreita vinculação entre a figura da coação e a do abuso do direito já era expressa também por Carvalho de Mendonça e por Pontes de Miranda. O primeiro asseverou que “é anormal o exercício do direito se o credor ameaça não para haver o pagamento do seu crédito, mas com o fim de forçar o devedor a reformar o mesmo crédito, com juros mais elevados, havendo aí evidente violência que vicia o consentimento e torna anulável o ato”.⁷⁷⁶ E o segundo afirmou que

se o exercício é anormal, constitui abuso de direito: será suficiente para a anulação, como bastaria para a ação de atos ilícitos. O exercício anormal pode ser *qualitativo* ou *quantitativo*. Exemplos: se o credor ameaça de mandar cobrar ao futuro sogro, rico, do devedor; se, em vez de somente cobrar, põe, para a não cobrança, a condição de testar o devedor a favor do credor ou de outrem.⁷⁷⁷

O ordenamento jurídico expressa a contrariedade ao abuso do direito também por meio da tutela oferecida aos negócios jurídicos celebrados mediante coação, pois, quando o Código de 1916 e o atual afirmam que esta não se configura se a violência consistir na ameaça de exercício normal de um direito, isto quer dizer, a *contrario sensu*, que a ameaça de exercício anormal de direito constitui coação. Então, quem não utiliza o direito de forma

⁷⁷⁵ BEVILAQUA, *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*, op. cit., 1927, p. 339-340.

⁷⁷⁶ CARVALHO DOS SANTOS, J. M. & DIAS, José de Aguiar. Coação. *Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro*. v. IX. Rio de Janeiro: Borsóí, 1947, p. 73.

⁷⁷⁷ PONTES DE MIRANDA, Francisco. *Tratado de Direito Privado*. 3. ed. t. LVI. São Paulo: RT, 1984, p. 161.

normal estará buscando um “benefício excessivo ou infundado”, o que não é tutelado pelo ordenamento civil.⁷⁷⁸

Pode-se afirmar, desse modo, que haverá coação nas duas hipóteses a seguir: (i) se o agente usa violência ou qualquer outro meio de pressão contrário ao direito, como a ameaça de danos físicos, de matar o paciente ou ente querido; ou (ii) se o agente recorre a um meio legítimo para alcançar vantagens indevidas, ou seja, “é a circunstância de tentar obter, através de um remédio legal, um proveito excessivo, que caracteriza abuso de direito”, como o caso de se tentar embargar a saída de um navio para obter do seu comandante uma indenização injustificável. Enfim, a ameaça será injusta quando os meios ou quando os resultados almejados são, totalmente ou em parte, indevidos, configurando-se, nesse caso, abuso do direito.⁷⁷⁹

Larombière exemplifica a hipótese (ii) partindo de um caso de dano decorrente de delito, do qual se origina um acordo, celebrado sob a ameaça de propositura de uma ação:

Mas se a vítima de um delito, para alcançar um valor maior a título de perdas e danos, exagera as consequências desagradáveis de uma denúncia e de uma demanda dirigida contra o agente; se explora as hesitações e os terrores de sua consciência; se especula, por meio de intimidação, sobre a posição peculiar em que sua culpa o colocou, fazendo do medo do agente um excelente meio de ação sobre sua vontade cambaleante; então, bem pode ocorrer o temor instantâneo, excitado pelas circunstâncias exteriores, seja um constrangimento tão grave, apto a viciar o consentimento.⁷⁸⁰

Reforça a tese de que o uso excessivo de um direito poderá ocasionar coação a afirmação de Silvio Rodrigues: “O vício do consentimento, provindo de uso excessivo do direito, pode infirmar o negócio jurídico”.⁷⁸¹ Demogue apresenta duas situações que demonstram essa possibilidade. A primeira refere-se a um artista que, durante o curso de sua apresentação, ameaça não prosseguir se não ocorrer um aumento no valor de seu salário. O autor considera que há, neste caso, abuso do direito de não representar, que consistiria num

⁷⁷⁸ RODRIGUES, Silvio. **Dos Defeitos dos Atos Jurídico**: Da Coação. v. 2. São Paulo: Max Limonad, 1962, p. 100.

⁷⁷⁹ *Ibid.*, p. 100 a 105.

⁷⁸⁰ LAROMBIÈRE, M. L. **Théorie e Pratique des Obligations**. v. 1. Paris: A. Durand, 1857, p. 73.

⁷⁸¹ RODRIGUES, **Dos Defeitos dos Atos Jurídicos...**, op. cit., p. 107.

ato ilícito, apto a tornar a ameaça injusta, e portanto configurando-se em coação capaz de tornar anulável o negócio jurídico decorrente dessa ameaça.⁷⁸²

A segunda diz respeito a contrato celebrado por músicos e um diretor de teatro, sob a ameaça de greve imediata, momentos antes de uma apresentação começar. Da mesma forma, os músicos têm direito a fazer greve, bem como a pleitear aumento de salário; entretanto, realizar tal ameaça na hora do espetáculo constitui exercício abusivo do direito, apto a configurar uma violência injusta e, portanto, coação.⁷⁸³

Outro caso proveniente dos tribunais trabalhistas foi o de um empregado que, acusado de causar um desfalque à empresa, realiza um pedido de demissão e um acordo em que renuncia a direitos adquiridos e reconhece dívida no valor do desfalque, sob a ameaça de prisão imediata e conseqüente processo criminal, realizados na presença de autoridade policial. Certamente que o empregado que causa um desfalque pode ser processado criminalmente e ser demitido por justa causa, observando-se o devido processo legal. Entretanto, no caso em comento, a forma como a realização do acordo foi conduzida ocasionou um abuso de direito, apto a ocasionar coação em razão das ameaças perpetradas, tornando anulável, assim, a renúncia praticada.⁷⁸⁴

Nas situações acima, a coação será verificada mesmo que o fim almejado pelo agente seja legítimo e que, para o alcançar, ameace utilizar um recurso legal, exorbitando no exercício do seu direito, quando cria na vítima temor de conseqüências ainda mais gravosas do que as normais.⁷⁸⁵ Nesse sentido a lição de Silvio Rodrigues:

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 a que se tinha o direito de recorrer.⁷⁸⁶

Quer dizer, a ameaça de exercício anormal de direito nada mais é que coação. A partir disso, destaca-se que a prática de ameaças, estejam ou não aptas a caracterizar a coação,

⁷⁸² DEMOGUE, René. **Traité des Obligations en Général**. v. I. t. I. Paris: Librairie Arthur Rousseau, 1923, p. 499.

⁷⁸³ *Ibid.*, p. 540.

⁷⁸⁴ RODRIGUES, **Dos Defeitos dos Atos Jurídicos...**, op. cit., p. 108-109.

⁷⁸⁵ *Ibid.*, p. 109.

⁷⁸⁶ *Ibid.*, p. 110.

inserem-se no contexto geral do exercício jurídico, regulado pelo Código Civil, especialmente em sua Parte Geral.

Repise-se: a prática de ameaças — a ameaça de inadimplir um contrato caso as suas cláusulas não sejam alteradas em favor da parte que ameaça, deixando a parte ameaçada sem razoáveis alternativas, a exemplo das ameaças perpetradas pelos músicos e artistas nos casos citados por Demogue (típicos casos de *economic duress* em razão da natureza da ameaça perpetrada) — deve ser analisada pelo viés do exercício jurídico.

O exercício jurídico é regulado pelo Código Civil, especialmente em sua Parte Geral, e principalmente pela figura do abuso no exercício de direitos prevista no seu art. 187. Não se poderia, *a priori*, excluir da tutela do abuso do direito a prática de ameaças para convencer uma das partes de um negócio jurídico, pois, como já foi demonstrado, há uma intensa conexão entre as figuras da coação e do abuso. No entanto, entendemos que a coação, enquanto exercício de uma ameaça ilegítima para forçar uma das partes a celebrar um negócio jurídico ou alterar os seus termos, recebeu uma regulação específica do codificador, por meio da anulabilidade dos negócios jurídicos celebrados mediante coação.

Logo, apesar da conexão entre as figuras do abuso do direito e da coação, não há necessidade de o intérprete recorrer ao abuso do direito para recepcionar a *economic duress*, forma de pressão de caráter econômico, que se compatibiliza, diretamente, com a figura da coação, como será abaixo demonstrado pela análise de outros argumentos. O exercício jurídico de ameaças — apesar de poder estar, genericamente, sob o manto da proibição prevista no sistema jurídico brasileiro de prática de abuso durante o exercício de direitos — recebe tutela específica da figura da coação, enquanto defeito do negócio jurídico.

3.3. A coação

3.3.1. A coação na tradição romano-germânica

3.3.1.1. No direito romano: *metus*

No direito romano antigo, considerava-se que os negócios jurídicos celebrados mediante alguma forma de pressão ou coação eram válidos, pois quem manifesta a vontade, ainda que sob efeito de pressões externas, efetivamente, quer: “... *se metus coactus... stipulanti Titio promisisti, quod non debueras promittere, palam est, iure civili te obligatum esse, et actio, qua intenditur dare te oportere, efficax est*”.⁷⁸⁷

Esta visão, mais tarde, foi alterada, passando a ser considerado um delito forçar uma pessoa a realizar um ato material ou um ato jurídico sob a ameaça de um mal relativo à sua pessoa ou à sua família.⁷⁸⁸ Foi nesse sentido a formulação de Ulpiano: “*Nihil consensui tam contrarium est... quam vis atque metus*” (“Nada é mais oposto ao consenso do que o medo e a força”).⁷⁸⁹

Foi em 79 ou 80 a.C. que o pretor *Octavius* introduziu uma formulação que permitiu às partes em situação de desvantagem pedir de volta aquilo que foram compelidas a entregar. A palavra-chave da formulação era “*metus*”,⁷⁹⁰ que deveria atingir “a virtude central do homem romano: a constância”. Por isso, “o cidadão romano deveria ser, em regra, responsável por suas ações e declarações, e qualquer tentativa de escapar daquilo que fez ou disse era, instintivamente, desaprovada”. Entretanto, se o “medo sentido for de tal magnitude

⁷⁸⁷ ZIMMERMANN, Reinhard. **The Law of Obligations: Roman Foundations of Civilian Tradition**. Oxford: Clarendon Press, 1996, p. 652-653, citando as *Institutas*, IV.

⁷⁸⁸ GIRARD, Paul Frédéric. **Manuel élémentaire de droit romain**. 8. ed. Paris: Dalloz, 2003, p. 445-446. Ver AZEVEDO, **Negócio jurídico e declaração negocial**, op. cit., p. 193, quando afirma que a influência dos estoicos dificultou o desenvolvimento do instituto, pois na sua visão “um homem sábio conserva sua liberdade, mesmo quando forçado, porque qualquer ação exterior não o atinge”.

⁷⁸⁹ Ulpiano, *apud* ZIMMERMANN, **The Law of Obligations**, op. cit., p. 652.

⁷⁹⁰ A expressão “*metus*” designava, no direito romano, a “situação de temor em que se encontra uma pessoa por efeito de uma ameaça”. E a expressão “*vis*”, que adiante será empregada, designa a ameaça em si. Nesse sentido, CRISCUOLI, Giovanni. *Violenza fisica e violenza morale*. **Rivista di Diritto Civile**. Padova, 1970, Parte I, p. 155.

que teria impactado mesmo um homem da maior firmeza de caráter”, como o medo da morte, da prisão, da escravidão ou de estupro, poderá então ser desfeito o ato.⁷⁹¹

Foi o direito pretoriano que abrandou o rigor que impedia que negócios realizados sob o impacto do medo fossem desfeitos, por meio da criação, pelo pretor *Octavius*, da ação de caráter penal designada “*actio quod metus causa*”, considerada “a arma mais potente e atrativa” para a vítima, na medida em que permitia a restituição do quádruplo do valor extorquido. Se a medida fosse utilizada somente após um ano da realização do negócio, a restituição passava a ser simples.⁷⁹²

Outra medida importante disponibilizada pelo direito romano era a “*exceptio*”, para aquelas situações em que a vítima prometia entregar algo por meio de “*stipulatio*”. Em tal situação, poderia aguardar até que a outra parte exigisse o contrato e utilizar a “*exceptio metus*” para ilidir a ação proposta por quem realizou a ameaça ou por qualquer terceiro, ainda que de boa-fé, que se tenha beneficiado do “*metus*”.⁷⁹³

Para que a ameaça fosse capaz de justificar a utilização dos remédios citados acima, era necessário que causasse medo no “homem médio”, devendo ser também um mal iminente, grave e injusto, que prejudicasse o próprio coato ou o seu patrimônio, bem como o seu cônjuge, os seus descendentes ou ascendentes.⁷⁹⁴ Neste sentido, Maynz, quando afirma que, para que a violência produza os seus efeitos, é necessário que seja injusta, isto é, que a “pessoa que exerce a ameaça não tenha esse direito” e que ela seja capaz de “impressionar uma pessoa razoável, gerando-lhe o medo de expor a sua pessoa ou o seu patrimônio a um mal considerável e presente”.⁷⁹⁵

Apenas com o correr do tempo, houve mudança na coação, relativamente ao direito romano antigo, no momento em que o foco passou a ser o de um cerceamento da autonomia da vontade, caracterizando-a como um vício do consentimento,⁷⁹⁶ uma pressão física ou moral exercida sobre alguém para o forçar à prática de um ato.

⁷⁹¹ ZIMMERMANN, *The Law of Obligations*, op. cit., p. 653-654.

⁷⁹² *Ibid.*, p. 655.

⁷⁹³ *Ibid.*, p. 657. GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*, op. cit., p. 446. PETIT, Eugène. *Tratado Elementar de Direito Romano*. Trad. Jorge Luís Custódio Porto. Campinas: Russell, 2003, p. 244.

⁷⁹⁴ PETIT, *Tratado Elementar de Direito Romano*, op. cit., p. 244.

⁷⁹⁵ MAYNZ, Charles. *Cours de Droit Roman*. 5. ed. t. II. Bruxelles: Bruylant-Christophe e Cia., 1891, p. 171.

⁷⁹⁶ AZEVEDO, *Negócio jurídico e declaração negocial*, op. cit., p. 193.

Após esta breve incursão do direito romano, serão analisadas as principais codificações europeias modernas que, de alguma forma, influenciaram o direito civil brasileiro.

3.3.1.2. No direito civil francês: *violence*

A coação está prevista no *Code Civil* por meio da figura da violência, no art. 1.112, que diz: “Há violência quando se faz pressão numa pessoa razoável, apta a inspirar a crença de expor a pessoa ou o patrimônio a um mal considerável e presente. Consideram-se, nessa matéria, a idade, o sexo e a condição das pessoas”.

A violência vicia o negócio jurídico pelo temor que inspira. Ainda que o legislador tenha optado pela primeira expressão, é a segunda que melhor caracteriza o vício em análise. Nesta situação, o paciente escolhe entre dois males, isto é, consente, ainda que o consentimento seja viciado.⁷⁹⁷

A violência não desperta o erro na consciência do paciente, como ocorre em outros vícios do consentimento, nos quais a “inteligência” da vítima é afetada, pois ela toca a “liberdade de decisão”, por meio do medo que desperta. Por isso, é possível afirmar que este vício não possui a nomenclatura adequada.⁷⁹⁸

Demolombe conceitua a violência como a “pressão física ou moral exercida sobre a pessoa a fim de se obter o seu consentimento”.⁷⁹⁹ Também Colin e Capitant a definem como “a pressão física ou moral exercida sobre um indivíduo para o levar a concluir um ato”.⁸⁰⁰ Etimologicamente, “violência” significa o emprego de força. Mas, quando esta expressão é emprestada para a seara da formação de negócios jurídicos, dá-se-lhe um sentido mais amplo, para abranger, segundo Demogue, “toda a pressão anormal e injusta que se exerce sobre a

⁷⁹⁷ BAUDRY-LACANTINERIE, G. & BARDE, L. **Trattato Teorico-Pratico di Diritto Civile: Delle Obbligazioni**. v. I. Milano: Dottor Francesco Vallardi, 1915, p. 116.

⁷⁹⁸ STARCK, Boris; ROLAND, Henri & BOYER, Laurent. **Obligations**. 4. ed. Paris: Librairie de la Cour de Cassation, 1993, p. 203.

⁷⁹⁹ DEMOLOMBE, **Traité des Contrats ou des Obligations Conventionnelles en Général**, op. cit., p. 123.

⁸⁰⁰ COLIN, Ambroise & CAPITANT, H. **Cours Élémentaire de Droit Civil Français**. t. II. Paris: Dalloz, 1935, p. 40.

vontade de outro para o levar a aceitar um negócio jurídico. Designa, portanto, não somente a pressão exercida sobre a forma de brutalidade, mas sob a forma de ardid, mais frequente”.⁸⁰¹

O mal ameaçado pode ser: (i) físico, como as ameaças de morte, de danos físicos, de sequestro; (ii) moral, como a ameaça de divulgação de fatos da vida privada que possam prejudicar a honra do paciente; ou (iii) pecuniário, como a ameaça de privar uma pessoa de sua profissão, de sua casa ou de seus recursos.⁸⁰²

A primeira crítica que se faz ao art. 1.112 do *Code* refere-se à eleição de dois critérios opostos para a caracterização da violência: o critério objetivo, designado pela expressão “pessoa razoável”, e o subjetivo, designado pelos atributos pessoais elencados (idade, sexo e condição da pessoa).⁸⁰³

A existência da discrepância é explicável historicamente: o direito romano ensinava que a coação apta a anular o negócio jurídico era aquela que pudesse abalar uma pessoa corajosa. Em contrapartida, o antigo direito francês já reconhecia a adequação do critério subjetivo para a aferição da coação. Por equívoco, os redatores do *Code* utilizaram as duas fontes simultaneamente.⁸⁰⁴

Após extensa ponderação, a doutrina e a jurisprudência francesas estabeleceram como critério mais adequado o subjetivo, considerando-se as circunstâncias das partes.⁸⁰⁵ Destaca-se Pothier, que sugere a consideração da idade, do sexo e das condições das pessoas na avaliação da coação.⁸⁰⁶ Não são apenas estes os elementos que o juiz deverá levar em conta na avaliação da coação, pois o “espírito da lei quer que se levem em consideração o temperamento, os hábitos, o grau de escolaridade, o estado físico, as circunstâncias de tempo

⁸⁰¹ DEMOGUE, *Traité des Obligations en Général*, op. cit., p. 496.

⁸⁰² TERRÉ, François; SIMLER, Philippe & LEQUETTE, Yves. *Droit Civil: Les Obligations*. 8. ed. Paris: Dalloz, 2002, p. 242.

⁸⁰³ DEMOGUE, *Traité des Obligations en Général*, op. cit., p. 508. NONATO, Orozimbo. *Da Coação como Defeito do Ato Jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 1957, p. 129, e RODRIGUES, *Dos Defeitos dos Atos Jurídicos*, op. cit., p. 64.

⁸⁰⁴ DEMOGUE, *Traité des Obligations en Général*, op. cit., p. 508.

⁸⁰⁵ TERRÉ; SIMLER & LEQUETTE, *Droit Civil*, op. cit., p. 249. NONATO, *Da Coação como Defeito do Ato Jurídico*, op. cit., p. 131, e RODRIGUES, *Dos Defeitos dos Atos Jurídicos*, op. cit., p. 65. CARBONNIER, Jean. *Droit Civil*. v. II. Paris: QUADRIGE/PUF, 2004, p. 1995, sugere que a expressão “pessoa razoável” serviria para rechaçar ameaças ridículas.

⁸⁰⁶ POTHIER, *Tratado das Obrigações*, op. cit., p. 52.

e de lugar” pois será o conjunto de todos estes elementos que permitirá o exame do impacto que a coação causou no paciente.⁸⁰⁷

Cabe aqui destacar a comparação feita por Silvio Rodrigues entre as posições da legislação italiana e francesa, no que concerne à existência ou não de contradição entre os sistemas subjetivo e objetivo de análise da coação:

Enquanto muitos dos franceses ressaltaram a contradição existente entre a primeira e a segunda alínea do art. 1.112 do Código 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 referir a *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.⁸⁰⁸

A segunda crítica proferida pela doutrina ao art. 1.112 do *Code* refere-se à expressão “temor de mal presente”, quando o ideal seria o emprego de “iminente”. O mal ameaçado mediante a coação não precisa ser imediato, sendo necessário, apenas, que provoque no paciente um temor suficiente que o leve a contratar.⁸⁰⁹ Neste ponto, a doutrina francesa é convergente com a doutrina brasileira, ao entender que o temor é que deve ser presente, e não o dano ameaçado.⁸¹⁰ Merecem destaque as lições de Demolombe: “... a ameaça distingue-se do mal; ela o precede necessariamente, seja qual for o intervalo entre ambos”;⁸¹¹ e de Demogue, no sentido de que a ameaça deve ser possível de se concretizar em breve, afirmando que o vocábulo ideal seria “iminente”.⁸¹²

Quanto à origem da ameaça, admite o sistema francês que ela seja causada por outra pessoa, ou, de acordo com a ampliação feita pela jurisprudência, que ela seja proveniente de estado de necessidade, decorrente de circunstâncias naturais ou econômicas.

⁸⁰⁷ BAUDRY-LACANTINERIE & BARDE, *Trattato Teorico-Pratico di Diritto Civile*, op. cit., p. 118-119.

⁸⁰⁸ RODRIGUES, *Dos Defeitos dos Atos Jurídicos*, op. cit., p. 74.

⁸⁰⁹ Ibid., p. 80. CARBONNIER, *Droit Civil*, op. cit., p. 1995, ao afirmar que a ameaça apta a ocasionar a violência não poderia ser uma ameaça distante.

⁸¹⁰ RODRIGUES, *Dos Defeitos dos Atos Jurídicos*, op. cit., p. 81.

⁸¹¹ DEMOLOMBE, *Traité des Contrats ou des Obligations Conventionnelles en Général*, op. cit., p. 129.

⁸¹² DEMOGUE, *Traité des Obligations en Général*, op. cit., p. 509. No mesmo sentido, BAUDRY-LACANTINERIE & BARDE, *Trattato Teorico-Pratico di Diritto Civile*, op. cit., p. 121. Mais recente, STARCK; ROLAND & BOYER, *Obligations*, op. cit., p. 204.

Sendo a ameaça proveniente de uma circunstância natural, situação bastante conhecida e inclusive tutelada legislativamente é a do navio naufragando. Se o capitão oferece uma quantia para que o resgate ocorra, o judiciário poderá alterar o referido valor, para mais ou para menos, para o tornar equitativo, sob o fundamento de que tais acordos são celebrados sob o império do medo, qual seja, a iminência do naufrágio, que se “constitui de circunstâncias exteriores, não imputáveis ao cocontratante”. No caso das circunstâncias econômicas, admite-se que elas também possam deixar uma pessoa em estado de necessidade, acrescentando-se, como uma exigência para tal, que haja desvantagens excessivas no contrato sob essa influência.⁸¹³

O *Code Civil* não admite a coação em razão de temor reverencial. Todavia, o seu art. 1.114, inspirado na tradição romana, limita a sua aplicação aos ascendentes do coato.⁸¹⁴ A doutrina francesa mesmo assim reconhece que em outras relações também poderá estar manifesto o temor reverencial, como a da esposa com o marido, a do empregado com o seu patrão e em todas as demais situações em que o coator tenha autoridade sobre o coato.⁸¹⁵ Além disso, o simples ou mero temor reverencial não gera coação, sendo necessário, também, o emprego de maus tratos ou ameaças para coagir o paciente a realizar o contrato.⁸¹⁶

No que tange à possibilidade de a ameaça contida na coação ser direcionada a outras pessoas que não o coato propriamente dito, tanto Itália⁸¹⁷ quanto França⁸¹⁸ admitem expressamente a tutela ao cônjuge, ascendentes e descendentes, havendo inclusive, em tais casos, uma presunção, que, de acordo com Orozimbo Nonato, será *iuris tantum*, pois em algumas circunstâncias poderia a ameaça praticada contra um parente não despertar o “*metus*” necessário à coação. Aqui, o ônus da prova será daquele que nega a existência de coação; em contrapartida, será de quem alega a coação a prova de que uma terceira pessoa,

⁸¹³ STARCK; ROLAND & BOYER, *Obligations*, op. cit., p. 206-207.

⁸¹⁴ NONATO, *Da Coação como Defeito do Ato Jurídico*, op. cit., p. 159.

⁸¹⁵ LAROMBIÈRE, *Théorie e Pratique des Obligations*, op. cit., p. 73, e RODRIGUES, *Dos Defeitos dos Atos Jurídicos*, op. cit., p. 86 e segs.

⁸¹⁶ POTHIER, *Tratado das Obrigações*, op. cit., p. 52, e BAUDRY-LACANTINERIE & BARDE, *Trattato Teorico-Pratico di Diritto Civile*, op. cit., p. 134.

⁸¹⁷ Art. 1.436 do *Codice Civile*: “Se o mal ameaçado se refere a outras pessoas, a anulação do contrato é remetida à prudente avaliação das circunstâncias da parte pelo juiz”.

⁸¹⁸ Art. 1.113 *Code Civil*: “A violência é uma causa de nulidade do contrato, não somente quando ela é exercida sobre a parte contratante, mas também sobre o esposo ou esposa, sobre seus descendentes ou ascendentes”.

não pertencente ao rol acima enunciado, possui vínculo estreito com o coato, apto a despertar coação.⁸¹⁹

Note-se que ocorreu na França uma ampliação da noção romana de coação, com a extensão da tutela para além dos filhos do coato, alcançando-se cônjuges, ascendentes e demais descendentes. Além disso, boa parte da doutrina francesa propugna por uma interpretação ampla do art. 1.113 do *Code*, a fim de atingir outras pessoas além das citadas no artigo, como irmãos, tios ou amigos, que tenham laços fortes com o coato, cuja ameaça seja suficiente para obter a manifestação de vontade. A diferença existente será na prova. Nos casos não elencados na lei, além da prova da ameaça em si, necessária será a demonstração dos laços de afetividade entre o coato e a terceira pessoa.⁸²⁰ Admite-se também na França que a ameaça se dirija ao crédito do coato, diante de uma ameaça de falência.⁸²¹

A solução italiana é ainda mais abrangente, pois permite expressamente que outras pessoas, além da pessoa do coato, possam ser as vítimas da ameaça.

No que tange à possibilidade de a violência ser direcionada contra uma pessoa moral, já existe, admitindo-a, precedente da jurisprudência francesa. A decisão data de 1984, e foi exarada pela Câmara Social, que admitiu, expressamente, a extensão da aplicação do art. 1.112 do *Code* às sociedades, pois “o consentimento das pessoas morais é expresso por seus representantes legais, que são pessoas físicas, a respeito das quais a violência pode exercer influência”.⁸²²

É também necessário, para a caracterização da violência, que seja ilegítima, e, por isso, em regra, a ameaça do exercício de direito não vicia o contrato. Assim, para que ela ocorra, tanto os meios empregados — isto é, a ameaça em si — ou os objetivos almejados devem ser ilegítimos.⁸²³

A violência ocasionará uma ação de anulabilidade de todo o negócio jurídico. Entretanto, o mesmo pode ser ratificado, com ratificação expressa ou tácita (por meio da passagem do tempo previsto na legislação para o pedido de restituição). Uma ratificação feita

⁸¹⁹ NONATO, *Da Coação como Defeito do Ato Jurídico*, op. cit., p. 193, e BAUDRY-LACANTINERIE & BARDE, *Trattato Teorico-Pratico di Diritto Civile*, op. cit., p. 137.

⁸²⁰ RODRIGUES, *Dos Defeitos dos Atos Jurídicos*, op. cit., p. 116 a 118.

⁸²¹ BAUDRY-LACANTINERIE & BARDE, *Trattato Teorico-Pratico di Diritto Civile*, op. cit., p. 122.

⁸²² STARCK; ROLAND & BOYER, *Obligations*, op. cit., p. 205-206.

⁸²³ CARBONNIER, *Droit Civil*, op. cit., p. 1995.

sob o “império da violência”, no entanto, será anulável.⁸²⁴ Admite-se também a possibilidade de pagamento de perdas e danos para reparar prejuízo sofrido pela vítima, que não tenha sido remediado pela anulação do contrato.⁸²⁵

Superadas as discussões ordinárias acerca da figura da coação na França, pode-se suscitar questão que não foi, certamente, imaginada pelos redatores do *Code*: a possibilidade de aplicar a violência em relações jurídicas em que haja subordinação jurídica ou dependência econômica entre as partes, como, por exemplo, nos contratos de trabalho e nos contratos envolvendo produção e fornecimento de bens. Já se afirmou que a mera relação de subordinação entre patrão e empregado não ocasiona a anulabilidade dos negócios jurídicos celebrados entre eles, como o que é celebrado para impedir que o empregado faça concorrência ao empregador depois de terminado o contrato de trabalho. Mas podem ocorrer em tal relação pressões ilegítimas, aptas a causar coação, a exemplo de ameaças que envolvam o não pagamento do salário.⁸²⁶

No que se refere às situações de dependência econômica que possam dificultar a uma das partes a defesa de seus interesses quando da negociação ou renegociação de um contrato, encontram-se, no direito francês, três ramos: o direito da concorrência, o direito do consumidor e o próprio direito civil.⁸²⁷

No direito da concorrência, o art. 420-2, al. 2, do *Code de Commerce* prescreve que:

É proibida, desde que seja suscetível de afetar o funcionamento ou a estrutura da concorrência, a exploração abusiva por uma empresa ou grupo de empresas do estado de dependência econômica no qual se encontra uma empresa cliente ou fornecedora. Esses abusos podem notadamente consistir em recusa de venda, vendas casadas ou práticas discriminatórias, descritas no art. 442-6.

⁸²⁴ DEMOGUE, *Traité des Obligations en Général*, op. cit., p. 523.

⁸²⁵ STARCK; ROLAND & BOYER, *Obligations*, op. cit., p. 207.

⁸²⁶ TERRÉ; SIMLER & LEQUETTE, *Droit Civil*, op. cit., p. 245-246.

⁸²⁷ *Ibid.*, p. 246.

A noção de abuso do poder econômico funciona como uma forma de reação às relações de dominação existentes entre produtores e distribuidores. Observe-se que a mera dominação ou dependência econômica não é ilegítima, mas o seu abuso, sim.⁸²⁸

Para se caracterizar a dependência de ordem econômica, serão analisados as condições do mercado e o resultado das posições das empresas. Nota distintiva desta categoria de exploração é o fato de que poderá ser praticada em qualquer momento da vida do contrato, desde a formação do negócio jurídico até a ruptura de relações comerciais estabelecidas. Destaque-se que, para a configuração desta questão de concorrência, não basta que o negócio jurídico seja desequilibrado, sendo necessário também que “afete o livre exercício da concorrência, isto é, que acarrete um prejuízo coletivo para o mercado”, porque a proteção ao abuso da dependência econômica, além de tutelar o contratante débil, cuida, principalmente, dos efeitos negativos que o mercado possa sofrer em razão de tal abuso.⁸²⁹

A reforma sofrida pelo *Code de Commerce*, com a inclusão do art. 442-6, aproximou a questão da dependência econômica dos vícios do consentimento, especificamente da violência. Assim, o autor da ameaça está obrigado a reparar o prejuízo de produtores, comerciantes, industriais ou artesãos, se “abusar da relação de dependência que possui com um parceiro, cujo poder de compra ou de venda se submete a condições comerciais ou obrigacionais injustificadas”. É também sancionada ameaça de uma “ruptura brutal das relações comerciais para se obter ou tentar obter preço, prazo de pagamento, uma certa modalidade de venda ou condições de cooperação comerciais desfavoráveis.”⁸³⁰

Outro aspecto positivo da regulação dada pelo direito da concorrência refere-se ao tratamento dado à análise da vontade. Nesse ramo, ela teria um caráter objetivado, dispensando-se incursões psicológicas e redirecionando-se o foco para o caráter ilegítimo da ameaça e dos efeitos por ela provocados no coato, valendo-se, para tanto, dos critérios da ausência de razoáveis alternativas, com inspiração na doutrina da *economic duress*. Apesar de este critério reverberar nas Câmaras Comerciais, o direito civil francês ainda não foi por ele atingido.⁸³¹

⁸²⁸ PIOLLET, Fabrice. **La Réception de la Violence Économique en Droit Comparé**. In: <www.freewebs.com/mja-paris2/MEMOIRES%202008/Violence%20.pdf>, acesso em: 03.02.2012, p. 21.

⁸²⁹ TERRÉ; SIMLER & LEQUETTE, **Droit Civil**, op. cit., p. 246-247.

⁸³⁰ Ibid., p. 247.

⁸³¹ PIOLLET, **La Réception de la Violence Économique en Droit Comparé**, op. cit., p. 42-43.

Também o direito do consumidor francês busca tutelar o abuso do poder econômico, por meio da figura das cláusulas abusivas, com o objetivo de proteger os contratantes em situação de fragilidade econômica — fragilidade que o leva a aceitar condições contratuais desfavoráveis.⁸³²

O direito civil francês também vem se descortinando novas perspectivas interpretativas dos vícios do consentimento. Já existem decisões da Corte de Cassação aceitando a ideia de que a existência de desequilíbrio de poder econômico entre as partes (não bastando a mera vulnerabilidade financeira) — acrescida do abuso de tal situação para se obterem vantagens excessivas — confere às ameaças econômicas um caráter de ilegitimidade.⁸³³

A primeira vez que a Corte de Cassação considerou a violência econômica foi no ano 2000, como uma “técnica de controle das relações contratuais”, ligando-a aos vícios do consentimento e afastando-a da lesão, demonstrando-se com isso a intenção de se proteger o consentimento.⁸³⁴ O caso em questão envolvia um acordo feito entre uma empresa seguradora e um estacionamento, que sofreu um incêndio. Após a realização de uma perícia, as partes acordaram o pagamento de uma indenização no valor de 667.382 francos, a ser adimplida em duas parcelas. O proprietário do estacionamento buscou a anulação do acordo, a fim de pleitear uma indenização no valor de mais de 1 milhão de francos, alegando ter celebrado o acordo, premido por sua situação de precariedade financeira, advinda do incêndio. A Corte de Cassação então decidiu: “A transação pode ser atacada se houver violência, e o constrangimento econômico se aproxima da violência, e não da lesão”.⁸³⁵

Logo em seguida, no ano de 2002, a Corte de Cassação confirma a decisão de considerar as ameaças de ordem econômica como uma forma de violência, e não de lesão. O caso em questão envolvia uma editora (Larousse-Bordas) e uma empregada (Mme. Claude Kannas) que desenvolveu um dicionário, alegadamente fora do seu horário de trabalho, que se tornou um dos produtos mais vendidos da empresa. A editora impôs um contrato de edição desfavorável à autora/empregada, oferecendo-lhe 30 mil francos pelos direitos de exploração do dicionário infantil *Mini-débutants*, que não encontrava, à época, equivalentes no mercado,

⁸³² PIOLLET, *La Réception de la Violence Économique en Droit Comparé*, op. cit., p. 22.

⁸³³ TERRÉ; SIMLER & LEQUETTE, *Droit Civil*, op. cit., p. 247-248.

⁸³⁴ PIOLLET, *La Réception de la Violence Économique en Droit Comparé*, op. cit., p. 7, 20 e 24.

⁸³⁵ CHAZAL, Jean-Pascal. Le contrainte économique: violence ou lésion? *Recueil Le Dalloz*. Paris, n° 43, 2000, p. 880.

valendo-se da ameaça de que ela perderia o seu emprego caso não aceitasse os termos da contratação. Neste caso, a Corte de Cassação definiu a violência como “a exploração abusiva de uma situação de dependência econômica, para se tirar proveito do medo diante de um mal que era uma ameaça direta aos interesses legítimos da pessoa”. O fundamento da decisão foi o art. 1.112 do *Code*, de modo a se confirmar a natureza de vício do consentimento da violência econômica.⁸³⁶

Chazal assevera que uma parte que está em situação de dependência econômica é aquela que “não dispõe de nenhuma outra situação equivalente; tanto que é incontestável que a existência de uma alternativa suprime qualquer ideia de dependência”. Diante deste pressuposto, considera que, embora haja uma relação de subordinação entre empregado e empregador, não há relação de dependência econômica entre eles. No caso em comento, afirma não ter ficado claro se havia no contrato entre as partes uma cláusula de não concorrência que impedisse Mme. Kannas de trabalhar para outra editora nem se havia alguma outra circunstância que impedisse ou dificultasse a obtenção de outro emprego. Considerou por isso frágeis os argumentos da Corte de Cassação, que classificaram a situação da empregada como de dependência econômica: “... fragilização da sua condição de empregada” da Larrouse-Bordas e “modificação de sua situação financeira e pessoal se ela não assinasse o contrato”.⁸³⁷

Já em 1987, J. Rovinski publica a sua tese sobre violência econômica, definindo-a como:

A exploração abusiva de um contratante dominante de um estado de superioridade intelectual quando da negociação, caracterizada por pressões materiais ou psicológicas, atingindo o consentimento do contratante em seu elemento de liberdade, de maneira suficientemente forte para justificar a anulação de contrato desequilibrado, que tem como resultado gerar vantagens injustas em favor do contratante dominante.⁸³⁸

⁸³⁶ PIOLLET, *La Réception de la Violence Économique en Droit Comparé*, op. cit., p. 24. Ver também GRIDEL, Jean-Pierre. Le consentement n'est pas vicié de violence par la seule dépendence économique inhérente au statut salarial. *Recueil Le Dalloz*. Paris, n. 23, 2002, p. 1861, e CHAZAL, Jean-Pascal & GRIDEL, Jean-Pierre. Le consentement n'est pas vicié de violence par la seule dépendence économique inhérente au statut salarial. *Recueil Le Dalloz*. Paris, n. 23, 2002, p. 1862.

⁸³⁷ CHAZAL & GRIDEL, *Le consentement n'est pas vicié de violence...*, op. cit., p. 1863.

⁸³⁸ J. Rovinski, *apud* PIOLLET, *La Réception de la Violence Économique en Droit Comparé*, op. cit., p. 19-20.

Apesar da violência econômica ter aparecido na jurisprudência da Corte de Cassação, em matéria de direito civil, nos anos 2000, ela já estava presente no direito do trabalho e no direito societário. No direito do trabalho, já se anulou um contrato celebrado contendo cláusulas muito desvantajosas para o empregado, pois foi concluído “sob o império de sua necessidade imediata de dinheiro e da doença de um de seus filhos”. Da mesma forma, uma novação em contrato de trabalho foi anulada por violência econômica quando celebrada sob a ameaça de o salário devido não ser adimplido se a referida novação não fosse feita. No direito societário, também já se reconheceu a violência econômica na oportunidade de um litígio entre acionistas em razão de um aumento de capital, quando verificada a ameaça de “ruína da sociedade”. No próprio direito contratual, a Corte de Apelação de Aix-en-Provence “considerou que o estado de necessidade e a dependência econômica são equipolentes à violência moral constitutiva de vício do consentimento”.⁸³⁹

Fabrice Piollet considera que a solução dada pelo direito da concorrência francês é mais adequada que a solução dada pelo direito civil, por meio da *violence économique*, que requer requisitos mais difíceis de provar e, além disso, não é aplicável nas situações de modificação contratual, pois os vícios do consentimento somente teriam lugar na formação dos negócios jurídicos.⁸⁴⁰

Por isso, considera “não ser lógica a maior exigência quanto aos critérios aplicados à violência econômica para uma pessoa comum em relação aos aplicados para os operadores econômicos”.⁸⁴¹ Além disso, o importante não seriam as ameaças produzidas pela parte mais forte (como, por exemplo, a editora, no caso citado acima), cuja prova é, inclusive, mais difícil de ser produzida, mas a desproporção entre os direitos e as obrigações recíprocas assumidas contratualmente. Com base no argumento da desproporção entre as prestações intercambiadas, Chazal entende que a pretensão de Mme. Kannas teria respaldo, pois os 30 mil francos pagos pelos direitos autorais do dicionários não teriam compatibilidade com a envergadura da obra. Nesse sentido, “o abuso não residiria nem no comportamento nem na psicologia do empregador, nem mesmo na ameaça mais ou menos direta de uma integração no plano de demissões, mas no desequilíbrio contratual manifesto”.⁸⁴²

⁸³⁹ CHAZAL, *Le contrainte économique*, op. cit., p. 880.

⁸⁴⁰ PIOLLET, *La Réception de la Violence Économique en Droit Comparé*, op. cit., p. 16.

⁸⁴¹ *Ibid.*, p. 37.

⁸⁴² CHAZAL & GRIDEL, *Le consentement n'est pas vicié de violence...*, op. cit., p. 1864.

Para o problema das modificações contratuais injustas, a solução indicada pelo direito civil francês é a aplicação da boa-fé, conforme a previsão do art. 1.134, alínea 3, do *Code*, que impõe às partes uma “certa correção”, o que implicaria no impedimento de ameaçar o outro contratante de inexecução do contrato e exigir, para que isso não ocorra, vantagens suplementares não devidas.⁸⁴³

Piollet também critica a opção da Corte de Cassação de recepção da violência econômica por meio da figura da própria violência, pois entende que este seria um típico caso de “lesão qualificada”, eis que estaria presente o desequilíbrio contratual, ocasionado pela exploração de uma parte pela outra. Esta opção, na sua visão, demonstraria uma falta de audácia do tribunal, que ainda precisou dos vícios do consentimento (ligados que são a uma concepção voluntarista de contrato) para resolver uma questão de equilíbrio contratual. Conclui o autor no sentido de que a França estaria acolhendo, na realidade, não a figura da *economic duress*, mas a da *unconscionability*.⁸⁴⁴

Jean-Pascal Chazal também considera inadequada a via da violência para tratar de tais questões, pois a sua natureza psicológica a incapacita para resolver o problema do abuso do poder econômico, e considera ser a lesão qualificada o meio mais adequado para tal, sendo a opção pela violência como vício do consentimento uma demonstração da permanência de uma “concepção voluntarista e idealista do contrato”.⁸⁴⁵

Discordamos da visão do autor, pois o tema da violência não requer necessariamente uma discussão acerca do equilíbrio contratual, sendo o equilíbrio um dos elementos que podem contribuir para a análise da violência econômica, embora não seja o seu foco essencial, que, como bem demonstrado durante a análise da *economic duress*, se constitui na ilegitimidade da ameaça e no impacto que ela causou na vítima. A efetividade da ameaça, pelo menos quando for de ordem econômica, pode ser aferida pela ausência de razoáveis alternativas.

Os autores vinculados à doutrina solidarista propõem a criação de um novo vício do consentimento: o “vício da fraqueza”, que absorveria o vício da violência, que combinaria dois elementos: uma situação de fraqueza e um desequilíbrio contratual.⁸⁴⁶

⁸⁴³ PIOLLET, *La Réception de la Violence Économique en Droit Comparé*, op. cit., p. 25.

⁸⁴⁴ *Ibid.*, p. 53.

⁸⁴⁵ CHAZAL & GRIDEL, *Le consentement n'est pas vicié de violence...*, op. cit., p. 1862.

⁸⁴⁶ TERRÉ; SIMLER & LEQUETTE, *Droit Civil*, op. cit., p. 248.

3.3.1.3. No direito civil italiano: *violenza*

O art. 1.435 do *Codice Civile* prevê: “A violência deve ser de tal natureza que impressione uma pessoa sensata e a faça temer a sua exposição ou de seus bens a um mal injusto e notável. Deve-se considerar nessa matéria a idade, o sexo e a condição da pessoa”.

Coviello define a violência (forma como a figura da coação é denominada na Itália) como sendo “a ameaça de um mal que incute temor no ânimo de uma pessoa, induzindo-a a realizar um negócio jurídico que de outra forma não teria sido realizado”.⁸⁴⁷ Massimo Bianca definiu a coação como uma ameaça para “constranger uma pessoa a realizar um contrato não desejado ou a suportar um determinado conteúdo. (...) A ameaça deve ser de um mal injusto e notável à pessoa ou aos bens do contraente ou de terceiro, ou de exercer um direito para obter uma vantagem injusta”.⁸⁴⁸

Na aferição do impacto da violência na decisão do coato de celebrar o negócio jurídico, ordena o art. 1.435 do *Codice* a se considerar o sexo,⁸⁴⁹ a idade e as condições da pessoa. Entretanto, tendo sido o *Codice* inspirado na codificação francesa, a mesma incongruência apresentou-se no texto italiano, com a diferença apenas quanto ao termo empregado. Enquanto a França utiliza a expressão “pessoa razoável”, a Itália, “pessoa sensata”. Apesar da contradição, também prevalece na Itália a ideia de que a coação deve ser suficiente para aterrorizar aquela determinada pessoa contra quem foi dirigida.⁸⁵⁰ Note-se que a doutrina italiana não reconhece a existência de contradição, pois a expressão “pessoa razoável” designaria apenas a exclusão do âmbito da coação de mero “receio injustificado” ou de “excessiva pusilanimidade”.⁸⁵¹

Nessa esteira, a lei italiana requer que a ameaça seja revestida de um “mínimo de gravidade”, isto é, se uma ameaça só cause temor numa pessoa extremamente medrosa, não poderá ser considerada coação. Na realidade, a lei italiana busca com a expressão “pessoa

⁸⁴⁷ Coviello, *apud* NONATO, **Da Coação como Defeito do Ato Jurídico**, op. cit., p. 106.

⁸⁴⁸ BIANCA, C. Massimo. **Diritto Civile: Il Contratto**. 2. ed. t. III. Milano: Giuffrè, 2000, p. 658.

⁸⁴⁹ *Ibid.*, p. 659, nota 62, considera inadequada a indicação do sexo como um fator a influenciar a determinação da coação, a qual seria decorrente de uma “concepção antiga de uma presumida maior fragilidade da mulher na vida de relação”.

⁸⁵⁰ RODRIGUES, **Dos Defeitos dos Atos Jurídicos**, op. cit., p. 68-69.

⁸⁵¹ *Ibid.*, p. 70.

sensata” pautar um padrão mínimo de firmeza a ser exigido de todos, pois o direito não poderia tutelar os medrosos e covardes.⁸⁵²

Pondera Massimo Bianca que a ameaça apta a anular o contrato por coação deve ser também séria, isto é, deve haver uma acentuada probabilidade de que, se o negócio jurídico não for celebrado, o mal ameaçado realmente aconteça.⁸⁵³ Em síntese, a ameaça praticada precisa ter idoneidade, isto é, “eficiência causal”, ocasionando na vítima temor e crença suficiente de que o mal ameaçado realmente acontecerá se a ação solicitada não for praticada.⁸⁵⁴

O autor citado reforça a indispensabilidade da observância das condições da pessoa que sofre a ameaça, isto é, propõe uma análise *in concreto*, considerando-se também a globalidade das circunstâncias do caso. O padrão da pessoa sensata, estabelecido no próprio art. 1.435 do *Codice*, indicaria apenas a necessidade de “idoneidade da ameaça para incidir sobre a vontade do agente”.⁸⁵⁵

Já para Giovanni D’Amico, a sensatez não se assemelha à noção de *constantissimus vir* do direito romano, nem à de “pessoa razoável” do *Code*. Para ele, o homem sensato não é apenas o de “caráter firme, mas também o homem que é capaz de, retamente, prever e valorar a importância do mal, as suas consequências, a probabilidade de sua realização (...)”. Lembre-se, entretanto, que o próprio legislador relativizou o padrão geral de sensatez por ele imposto, admitindo que as características pessoais do paciente sejam consideradas para a aferição da coação.⁸⁵⁶

Galgano defende que, para a aferição dos efeitos da ameaça sobre uma “pessoa sensata”, se deve observar como ela impressionou o homem médio, isto é, “a ameaça deve ser de tal natureza que possa impressionar a uma pessoa sensata, tendo em conta a idade, o sexo e a condição da mesma”. Exemplifica afirmando que nenhuma pessoa “medianamente impressionável” realiza a compra e venda de um imóvel sob a ameaça de um murro, sendo, por isso, desconsiderada eventual covardia de quem sucumbe a esse tipo de ameaça. Propõe, então, uma articulação entre os conceitos de homem médio e as características específicas das

⁸⁵² RODRIGUES, *Dos Defeitos dos Atos Jurídicos*, op. cit., p. 72-73.

⁸⁵³ BIANCA, *Diritto Civile*, op. cit., p. 659.

⁸⁵⁴ D’AMICO, Giovanni. *Violenza: Diritto Privato*. In: **Enciclopedia del Diritto**. v. XLVI. Padova: Giuffrè, 1995, p. 867.

⁸⁵⁵ BIANCA, *Diritto Civile*, op. cit., p. 659.

⁸⁵⁶ D’AMICO, *Violenza: Diritto Privato*, op. cit., p. 868.

pessoas que a legislação prescreve sejam também observadas, pois uma pessoa com estado de saúde frágil, por exemplo, poderia ser realmente coagida mediante a ameaça de um muro.⁸⁵⁷

Demais disso, deve também a ameaça praticada pelo agente ser injusta, considerando-se, para a apreciação desse atributo da violência, uma “concepção elástica de injustiça”, que pode coincidir, num grupo de casos, com os ilícitos aquilianos. Na maioria dos casos, entretanto, apresenta-se como uma realidade ampla e fluida, capaz de abranger “males” em si insuscetíveis de serem caracterizados como ilícitos, mas plenamente aptos a “causar um temor que altera a determinação”.⁸⁵⁸

Admite também o *Codice* de 1942 a caracterização de violência moral, em seu art. 1.438, mesmo que a ameaça não seja, em si, injusta, mas que objetive retirar do paciente vantagens exorbitantes.⁸⁵⁹ Tal hipótese está relacionada à ameaça de exercício de direito, que, em princípio, não ocasiona coação. Para a verificação da existência de vantagens exorbitantes, a doutrina italiana propõe a utilização da “teoria da inerência”, que entende ser justa a vantagem somente quando ela for inerente ao direito que se ameaça fazer valer caso o negócio jurídico não seja celebrado. Isto é, deve haver uma relação direta entre eles.⁸⁶⁰

A origem da proposição de Santoro-Passarelli encontra-se nos estudos de Coviello, ao afirmar que haveria violência

Quando o exercício do direito seja ameaçado, não para obter o próprio direito (por exemplo, o pagamento) ou um fato equivalente (novação, reconhecimento da dívida), mas para agravar, de modo ilícito, as condições do ameaçado (...) ou, pior, para o obrigar a realizar um ato que não tenha relação com o direito que se ameaça exercitar (...).⁸⁶¹

Desse modo, organizam-se assim as situações em que pode haver violência: a) ameaça de mal injusto para alcançar benefício injusto; b) ameaça de mal injusto para obter um benefício justo; c) ameaça de mal justo para benefício injusto; e d) ameaça de mal justo para

⁸⁵⁷ GALGANO, Francesco. **El Negocio Jurídico**. Trad. Francisco de P. Blasco Gascó e Lorenzo Pratis Albentosa. Valencia: Tirant lo Blanch, 1992, p. 314.

⁸⁵⁸ Del Prato, *apud* D'AMICO, *Violenza: Diritto Privato*, op. cit., p. 869, nota 68.

⁸⁵⁹ D'AMICO, *Violenza: Diritto Privato*, op. cit., p. 870, nota 75.

⁸⁶⁰ Santoro-Passarelli, *apud* D'AMICO, *Violenza: Diritto Privato*, op. cit., p. 872.

⁸⁶¹ Coviello, *apud* D'AMICO, *Violenza: Diritto Privato*, op. cit., p. 872, nota 90.

obter benefício justo.⁸⁶² As duas primeiras hipóteses geram, em regra, violência, em razão da injustiça ou ilegalidade do mal ameaçado. A terceira hipótese é a referente ao art. 1.348 do *Codice*, que requer, para a sua aplicação: “... a existência de direito subjetivo, a ameaça de fazer valer o direito, a titularidade ativa do direito pelo ameaçante e aquela passiva pelo ameaçado, e o caráter injusto da vantagem perseguida”. A injustiça da ameaça poderá ser aferida pela falta de coerência entre o direito ameaçado e o fim colimado pela ameaça praticada; em outras palavras, “quando o resultado não corresponde ao conteúdo do direito que se ameaçou fazer valer”.⁸⁶³

As ameaças perpetradas relativamente aos casos de aplicação do art. 1.438 do *Codice* podem ser ordenadas por meio dos seguintes grupos de caso: o primeiro grupo concerne à ameaça de não se celebrar um contrato que a contraparte deseja; a ameaça de não se renovar um contrato em curso; e a ameaça de se retirar do contrato. Neste primeiro grupo, a jurisprudência italiana sequer analisa a justiça ou injustiça dos fins colimados com a ameaça, pois entende que os direitos ameaçados estão na esfera da autonomia contratual, e o seu exercício não poderia ocasionar defeito no negócio jurídico.⁸⁶⁴

O segundo grupo de casos refere-se à ameaça de ação penal com potencial para causar dano ao paciente. Quando utilizada para obter um justo ressarcimento, não gera anulabilidade do negócio jurídico.⁸⁶⁵ As ameaças de ação de execução, de falência ou de protestos cambiários serão válidas se estiverem relacionadas ao cumprimento da prestação.⁸⁶⁶

Os bens jurídicos protegidos das ameaças no direito italiano são a pessoa e o patrimônio. A primeira, protegida por meio da invalidação dos negócios jurídicos celebrados com ameaça à vida ou à integridade física, à honra, à intimidade (ameaça de revelação dos detalhes da vida íntima) e à liberdade. Os segundos, por meio da ameaça ao patrimônio do coato ou a pessoas a ele ligadas, como abaixo será demonstrado.⁸⁶⁷

A ameaça de dano pode ser direcionada diretamente à pessoa do paciente ou aos seus bens, bem como à pessoa ou aos bens do cônjuge, dos ascendentes e dos descendentes.

⁸⁶² DI MARCO, Carmen Gentile. Minaccia di far valere un diritto e annullabilità del contratto. **Rivista di Diritto Civile**, n. 5. Padova, 1984, p. 519.

⁸⁶³ *Ibid.*, p. 521 a 523.

⁸⁶⁴ *Ibid.*, p. 524-525.

⁸⁶⁵ *Ibid.*, p. 525.

⁸⁶⁶ *Ibid.*, p. 526-527.

⁸⁶⁷ GALGANO, *El Negocio Jurídico*, op. cit., p. 312.

Sendo, todavia, a ameaça direcionada a terceiro, deve o juiz realizar uma prudente avaliação das circunstâncias, partindo do pressuposto de que, numa sociedade solidária, se deve presumir que uma pessoa considere a ameaça de um mal injusto, ainda que praticada contra um terceiro.⁸⁶⁸

No que tange ao temor reverencial, inicialmente, pode-se afirmar que o temor é uma “perturbação psicológica do sujeito”, e o temor reverencial, tradicionalmente conhecido pela expressão “*metus ab intrínseco*”,⁸⁶⁹ uma “sujeição psicológica que o sujeito tem em relação a outra pessoa, pela importância da sua posição no ambiente da família, do trabalho e também das relações sociais”.⁸⁷⁰ Pode ser, então, entendido como uma “atitude de ilimitado respeito e de cega obediência”, e não tem a aptidão para, isoladamente, constituir uma violência, mas pode “constituir o clima psicológico para um abuso de autoridade que revista os elementos da violência”⁸⁷¹ — isto porque uma simples sujeição psicológica é insuficiente para “determinar o consenso contratual”.⁸⁷²

No que tange ao reconhecimento pelo direito civil italiano de alguma forma de aplicação da coação econômica, a discussão mais aproximada e possível refere-se ao abuso da autonomia negocial nas relações entre empresas, pelo viés do abuso do poder econômico, de acordo com a regulação que lhe é conferida pelo direito da concorrência.⁸⁷³

3.3.1.4. No direito civil alemão: *Drohung*

O *BGB*, na Alemanha, regulou a temática da coação numa única disposição, o § 123: “Aquele que foi induzido a emitir uma declaração de vontade (...) com o ilegítimo

⁸⁶⁸ BIANCA, *Diritto Civile*, op. cit., p. 659-660, e GALGANO, *El Negocio Jurídico*, op. cit., p. 312.

⁸⁶⁹ GALGANO, *El Negocio Jurídico*, op. cit., p. 314.

⁸⁷⁰ BIANCA, *Diritto Civile*, op. cit., p. 661-662.

⁸⁷¹ BETTI, *Teoria Geral do Negócio Jurídico*, op. cit., p. 365.

⁸⁷² BIANCA, *Diritto Civile*, op. cit., p. 662. GALGANO, *El Negocio Jurídico*, op. cit., p. 314-315 pondera que não se caracteriza como simples temor reverencial e, portanto, pode ocasionar a anulação de negócios jurídicos a situação em que alguém não aceita uma oferta de contrato e, ato contínuo, recebe uma “advertência” de algum personagem conhecido da máfia local, ainda presente em alguns lugares do sul da Itália, “sugerindo” que a oferta feita seja aceita.

⁸⁷³ Ver por todos MACARIO, Francesco. Abuso di Autonomia Negoziabile e Disciplina dei Contratti fra Imprese: verso una nuova clausola generale? *Rivista di Diritto Civile*. Padova, n. 6, 2005, p. 663-708.

emprego de ameaça pode pedir a anulação da declaração”.⁸⁷⁴

A intimidação constitui-se em “influência sobre decisão alheia mediante ameaça de um dano, na eventualidade de não se emitir uma declaração de vontade desejada pelo ameaçante”.⁸⁷⁵ Neste caso, o paciente poderá escolher entre o dano ameaçado e a declaração. Porém, optando pela última, não poderá alegar reserva mental — por não querer, de fato, a declaração —, não podendo pleitear a sua ineficácia, mas poderá “destruir sua declaração mediante impugnação”.⁸⁷⁶ Requer-se que a ameaça repercuta sobre o paciente como uma “desgraça” que o coator realmente possa ocasionar-lhe.⁸⁷⁷ Destaque-se que a análise da repercussão da ameaça na esfera decisória da vítima não será feita considerando-se padrões gerais de constância e razoabilidade, devendo-se considerar a idade, o sexo e as demais condições da pessoa ameaçada.⁸⁷⁸

A nota distintiva dos negócios jurídicos celebrados mediante intimidação é o medo, daí a expressão romana “*metus*” para designar a coação ilícita, praticada com o propósito de induzir o ameaçado a celebrar um negócio jurídico.⁸⁷⁹

A ameaça pode ter por objeto “o corpo, a vida, a liberdade, a honra e o patrimônio do sujeito passivo ou de familiares e amigos que tenham com ele uma relação muito próxima”.⁸⁸⁰

Na visão de Von Tuhr, o *BGB* não exige que o medo provocado pela ameaça ou intimidação seja “fundado”, sendo suficiente que o sujeito passivo tenha celebrado o negócio jurídico mediante intimidação, “ainda que seu medo dependesse de timidez irrazoável e exagerada”. Dessa forma, não teria importância que o coator não tivesse condições de realmente concretizar a ameaça, bastando que o paciente acreditasse em tal possibilidade. O papel de destaque, para o autor, será da gravidade do dano ameaçado, pois ela indicará se foi realmente a intimidação que levou a manifestação de vontade que deu origem ao negócio

⁸⁷⁴ CRISCUOLI, *Violenza fisica e violenza morale*, op. cit., p. 160.

⁸⁷⁵ TUHR, Andreas Von. **Derecho Civil: Teoría General del Derecho Civil Alemán**. Trad. Tito Ravá. Madrid: Marcial Pons, 2005, p. 546.

⁸⁷⁶ *Ibid.*, p. 547.

⁸⁷⁷ FLUME, Werner. **El Negocio Jurídico**. 4. ed. Trad. José María Miquel González e Esther Gómez Calle. Madrid: Fundación Cultural del Notariado, 1998, p. 627.

⁸⁷⁸ ZIMMERMANN, **The Law of Obligations**, op. cit., p. 660.

⁸⁷⁹ TUHR, **Derecho Civil**, op. cit., p. 547.

⁸⁸⁰ *Ibid.*, p. 548.

jurídico.⁸⁸¹

Quanto à possibilidade de a coação ser praticada contra uma pessoa jurídica, Von Tuhr, apesar de não admitir expressamente, não a exclui quando trata de uma relação comercial existente entre as partes. Se ocorrer uma ameaça de rompimento de relações comerciais, caso uma prestação que não é devida não seja realizada, desconsidera a hipótese de coação, por se tratar, simplesmente, do “exercício de um poder que em nossa vida comercial, baseada na luta de interesses, se considera lícito”.⁸⁸² No caso em comento, a exclusão da coação deu-se pela natureza da ameaça perpetrada, e não pela natureza das partes envolvidas. Por isso nos parece razoável afirmar que o autor admite a coação praticada contra uma pessoa jurídica.

A intimidação pode ser praticada por meio de atos ilícitos ou lícitos. Quando ocorrer por meio de atos ilícitos, mesmo que o fim perpetrado com a ameaça seja legítimo, o negócio jurídico será anulável, a exemplo de um pagamento obtido mediante a ameaça de um ilícito, que ocasionará a impugnação do negócio de adimplemento.⁸⁸³

Pode também ser considerada ameaça capaz de ocasionar coação no direito alemão a ameaça de prática de um ato, em si, lícito, como a ameaça de realização de uma denúncia criminal ou de um pedido de divórcio, para com ela se alcançar uma prestação de ordem patrimonial que não seja devida.⁸⁸⁴

A busca da impugnação do negócio jurídico obtido mediante coação independe da existência de prejuízo do coato, bem como de benefícios patrimoniais pelo coator, pois o seu objetivo é proteger a vontade de qualquer influxo externo indevido.⁸⁸⁵

Além disso, no direito alemão, a coação ou intimidação não é somente uma causa de impugnação do negócio jurídico, constituindo-se, também, em ato ilícito, daí porque se admite a obrigação de reparação do dano como uma consequência possível. O remédio indenizatório terá cabimento nas seguintes hipóteses: (i) quando o ato praticado mediante intimidação não admite desfazimento por meio da impugnação, como a não realização de denúncia de um contrato que lhe teria sido favorável (nesse caso, será a reparação dos danos a

⁸⁸¹ TUHR, **Derecho Civil**, op. cit., p. 549.

⁸⁸² Ibid., p. 549-550.

⁸⁸³ FLUME, **El Negocio Jurídico**, op. cit., p. 629.

⁸⁸⁴ TUHR, **Derecho Civil**, op. cit., p. 550.

⁸⁸⁵ Ibid.

solução apropriada); (ii) a indenização poderá ser cumulada com a impugnação do ato, quando a última não for suficiente para eliminar o dano, incluindo-se nele o interesse negativo (entretanto, essa indenização não abrange o interesse positivo, pois aquele que deseja que certo negócio não produza efeitos por não corresponder à sua livre vontade não pode pretender os benefícios dele decorrentes); (iii) quando a vítima da coação optar pela manutenção do negócio jurídico celebrado mediante coação, exigindo apenas a reparação do dano, que nesta situação está relacionado ao fato de o negócio ter sido celebrado por meios ilícitos, de modo que a indenização abrangerá apenas o interesse negativo da vítima.⁸⁸⁶

Por fim, quanto à possibilidade de o *BGB* permitir a aplicação da figura da *economic duress*, entende Reinhard Zimmermann que a forma como o § 123 foi redigido, valendo-se da expressão “ameaça ilegítima”, oferece ao intérprete a flexibilidade suficiente para acolher “uma nova e relativamente sutil forma de ameaça, advinda do progresso do individualismo econômico do século XIX”.⁸⁸⁷

Examinada a origem da figura da coação no direito romano, bem como a sua configuração nos ordenamentos da tradição romano-germânica que, de alguma forma, influenciam ou podem servir de inspiração para o Brasil, segue-se com a modelação jurídica da coação no direito brasileiro. Após concluída a análise, discutir-se-á a possibilidade de a coação ser a via mais adequada para a recepção da *economic duress* no direito brasileiro.

3.3.2. A coação no direito civil brasileiro

3.3.2.1. A *vis absoluta* e a *vis compulsiva*

A adoção pelas duas codificações brasileiras do vocábulo “coação” para se designar o defeito do negócio jurídico em comento demonstrou o seu afastamento das fontes francesa e italiana, que optaram pelo emprego da “violência”, bem como da tradição romana

⁸⁸⁶ TUHR, *Derecho Civil*, op. cit., p. 562 a 566.

⁸⁸⁷ ZIMMERMANN, *The Law of Obligations*, op. cit., p. 659-660.

adepta do “*metus*” (medo). Tanto a violência quanto a coação direcionam o foco no “comportamento ativo do agente, procurando extorquir o consentimento da vítima”.⁸⁸⁸

As expressões “coação” e “violência” refletem a pressão empregada pelo agente para induzir à prática do ato. Por isso, Washington de Barros Monteiro adverte que, pela perspectiva psicológica, a expressão romana que designava a coação — “*metus*” — era mais apropriada por demonstrar o temor que a pressão exercida causava na vítima, pois o vício do consentimento é constituído pelo temor causado no coato, e não pelos atos externos praticados para causar o medo.⁸⁸⁹ Concluindo: “... a violência provoca o temor que configura o vício do querer”. Apesar do distanciamento da fonte romana, a coação prevista em nossa codificação visa à “repercussão do ato no espírito da vítima, pois só permite a anulação do negócio jurídico quando a ameaça for suscetível de aí incutir temor fundado de dano”.⁸⁹⁰

A coação é um “constrangimento injusto para a obtenção de um fato”,⁸⁹¹ isto é, uma ameaça praticada contra uma pessoa para que ela celebre um ato jurídico, não caracterizando diretamente um vício de vontade, já que é o temor causado na pessoa que vicia a manifestação de vontade.⁸⁹² A violência “*stricto sensu* é um fato material que não tem ressonância sobre a vontade senão por meio do medo que ela engendra; ele é a causa que vicia o consentimento”.⁸⁹³

É uma forma de constrangimento praticado contra uma pessoa, com a finalidade precípua de “obrigá-la a consentir”,⁸⁹⁴ isto é, “o constrangimento exercido sobre uma pessoa, com o fim de obrigá-la a consentir”.⁸⁹⁵ O referido constrangimento pode ser exercido por meio de “castigos físicos, como a tortura e o encarceramento, como de ameaça de sofrimentos físicos ou morais ainda não ocorrentes mas já anunciados”.⁸⁹⁶

⁸⁸⁸ RODRIGUES, **Dos Defeitos dos Atos Jurídicos**, op. cit., p. 45.

⁸⁸⁹ MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil: Parte Geral**. 39. ed. v. 1. Atual. Cristina de Barros Monteiro França Pinto. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 237.

⁸⁹⁰ RODRIGUES, **Dos Defeitos dos Atos Jurídicos**, op. cit., p. 46.

⁸⁹¹ Tito Fulgêncio, *apud* NONATO, **Da Coação como Defeito do Ato Jurídico**, op. cit., p. 111.

⁸⁹² AMARAL NETO, Francisco. **Introdução ao Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 507.

⁸⁹³ STARCK; ROLAND & BOYER, **Obligations**, op. cit., p. 203.

⁸⁹⁴ Jouve, *apud* CARVALHO DOS SANTOS, J. M. **Código Civil Brasileiro Interpretado: Parte Geral**. 7. ed. v. II. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1958, p. 354.

⁸⁹⁵ CARVALHO DOS SANTOS & DIAS, Coação. **Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro**, op. cit., p. 68.

⁸⁹⁶ THEODORO JUNIOR, **Comentários ao Novo Código Civil**, op. cit., p. 170.

Será exercida contra uma pessoa, a fim de conduzir a sua manifestação de vontade em favor da parte que ameaça, declaração esta que não seria feita não fosse a coação praticada. Quando praticada, gerará influência sobre “o processo psicologico da formação da vontade jurídica, tirando-lhe, não a consciência, o conhecimento exacto sobre o negócio e dos efeitos de sua declaração, mas a espontaneidade que deve existir quando o processo é normal”.⁸⁹⁷

A coação, desde o direito romano, pode ser diferenciada em absoluta (*vis absoluta*) quando há emprego de violência física, impedindo-se “a formação da vontade negocial”, havendo apenas aparência de vontade, e em relativa (*vis compulsiva*)⁸⁹⁸ quando vicia a vontade do agente, ao invés de eliminar a vontade, “de modo que este perde a espontaneidade no querer”.⁸⁹⁹

Na coação absoluta, a manifestação de vontade do coator é que é expressa, tornando o ato nulo. Na coação relativa, há declaração de vontade expressa pelo próprio agente (este está consciente do ato que está praticando); no entanto, esta vontade é viciada pela “pressão moral” praticada pelo coator, de realização de ato que lesione o coagido, sua família ou o seu patrimônio.⁹⁰⁰

A violência física exclui o consentimento, fazendo com que o coato seja, meramente, um “instrumento mecânico da vontade de outrem”. Por isso, neste caso, será o negócio jurídico daí derivado nulo.⁹⁰¹ No caso de violência física “invencível”, o coato fica impedido de escolher entre os “dois males”, pois a força física do coator impossibilita a manifestação de vontade diversa, desaparecendo o temor. Na coação entendida como defeito

⁸⁹⁷ ESPINOLA, Eduardo. **Systema do Direito Civil Brasileiro**: Introdução e Parte Geral. Salvador: Litho-Typ. e Encadernação Reis & C., 1908, p. 475-476.

⁸⁹⁸ O Código Civil português de 1966 fugiu à tendência dos demais códigos europeus quando positivou a distinção entre *vis absoluta* e *vis relativa*, pois o *BGB*, no § 123A, e o *Codice Civile*, no art. 1.435, apenas tratam da coação moral. MENEZES CORDEIRO, **Tratado de Direito Civil Português**, op. cit., p. 590.

⁸⁹⁹ AMARAL NETO, **Introdução ao Direito Civil**, op. cit., p. 508, e TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena & MORAES, Maria Celina Bodin de. **Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República**. 2. ed. rev. e atual. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 290. Ver também TUHR, **Derecho Civil**, op. cit., p. 546. MAYNZ, **Cours de Droit Roman**, op. cit., p. 169. Contra: ZIMMERMANN, **The Law of Obligations**, op. cit., p. 660, nota 74, afirmando que a diferenciação entre *vis absoluta* e *vis compulsiva* foi cunhada pelos glosadores e canonistas, na Idade Média. A *vis absoluta* não teria sido sequer tratada pelo direito romano.

⁹⁰⁰ AMARAL NETO, **Introdução ao Direito Civil**, op. cit., p. 508. ESPINOLA, **Systema do Direito Civil Brasileiro**, op. cit., p. 476. GALGANO, **El Negocio Jurídico**, op. cit., 1992, p. 312. DEMOLOMBE, **Traité des Contrats ou des Obligations Conventionnelles en Général**, op. cit., p. 124.

⁹⁰¹ CARVALHO DOS SANTOS & DIAS, **Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro**, op. cit., p. 68. DEMOGUE, **Traité des Obligations en Général**, op. cit., p. 481. CARBONNIER, **Droit Civil**, op. cit., p. 1994.

do negócio jurídico, é o temor, causado pela violência, que determina a realização do negócio.⁹⁰² Neste caso, surge para o coato a necessidade de escolher “entre concordar com o ato exigido ou sofrer as consequências do ato ameaçado”. Quando um ladrão oferece “a bolsa ou a vida”, oferece duas alternativas bem claras: ou entrega a bolsa ou sofre as consequências: a perda da vida. A escolha do coato é natural; entretanto, ela decorre do medo despertado pela pressão aplicada, que é, justamente, o que vai causar o defeito, admitindo-se, portanto, a anulação do negócio. Destaque-se, novamente, que, na coação perpetrada por meio de *vis relativa*, há um processo psicológico de escolha, algo que não ocorre na *vis absoluta*, em que há “suspensão do exercício da vontade”.⁹⁰³

No referido processo psicológico de escolha, o coato realiza o que Emilio Betti designou “juízo de conveniência”, no qual o paciente opta em se sujeitar ao negócio para evitar o mal maior, pois considera que ceder à pressão e celebrar o negócio jurídico é melhor do que permitir que o evento ameaçado ocorra. Entretanto, não é possível crer que tal negócio jurídico tenha sido feito de forma espontânea.⁹⁰⁴

A violência moral é a que caracteriza, precisamente, a figura da coação, que é a que equivale ao “*metus*” do direito romano, pois, nesta forma de coação, a parte coagida realiza declaração de vontade, ainda que influenciada pela pressão moral do coator, enquanto que, quando há presença de violência física, o coato é “instrumento passivo do ato, não tem por efeito viciar apenas a manifestação da vontade, antes importando em completa ausência de consentimento. A violência física exclui, portanto, o consentimento”.⁹⁰⁵

As lições de Giorgi complementam a diferença, quando afirma que, na coação praticada por meio de violência física, a vítima vira “instrumento mecânico” da vontade do coator, que a força materialmente a assinar o contrato. E na coação moral é o medo de uma grave ameaça que induz o paciente a consentir. No primeiro caso, a parte age “*invito*, como um corpo puramente físico, que obedece necessariamente ao impulso de um corpo mais

⁹⁰² NONATO, **Da Coação como Defeito do Ato Jurídico**, op. cit., p. 113.

⁹⁰³ RODRIGUES, **Dos Defeitos dos Atos Jurídicos**, op. cit., p. 43-44. No mesmo sentido, BIANCA, **Diritto Civile**, op. cit., p. 658.

⁹⁰⁴ BETTI, **Teoria Geral do Negócio Jurídico**, op. cit., p. 362. Ver também ABREU FILHO, José. **O Negócio Jurídico e sua Teoria Geral**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 292, quando afirma que na coação “há sempre uma saída para a pessoa do coato, que pode manifestar-se, aceitando o negócio que lhe é imposto ou preferindo sofrer as consequências do dano resultante do constrangimento”.

⁹⁰⁵ CARVALHO DOS SANTOS, **Código Civil Brasileiro Interpretado**, op. cit., p. 354.

forte”. E, no segundo caso, age “*coato*, com um certo concurso da inteligência e da vontade, embora minorada na liberdade de eleição”.⁹⁰⁶

Ainda se considerando a doutrina italiana, Giovanni Criscuoli assevera que, quanto ao meio de execução da ameaça, a violência física se caracteriza pelo “uso da força material sobre a vítima (*vis physica*)”, enquanto que a violência moral, pelo “trâmite de um ato de ameaça imaterial (*vis psychica*)”. Aponta outras situações em que pode ocorrer a *vis physica*: quando o coator movimentava a cabeça da vítima para demonstrar o seu assentimento num determinado negócio jurídico, nos casos em que o paciente foi violenta ou forçosamente hipnotizado, embriagado ou drogado.⁹⁰⁷

A coação física pode ainda ser diferenciada da moral pelo “objeto de referência”, sendo a primeira dirigida ao corpo da vítima de forma a coagi-la materialmente à realização do ato pretendido (*vis corpori illata*), mediante uma invasão à “mais íntima essência do corpo do paciente”, alcançando-se uma “total exclusão de suas capacidades intelectual e volitiva”. E a segunda volta-se à consciência do paciente, para o induzir, mediante influência sobre as suas “faculdades psíquicas volitivas”, de modo a que ele realize o fim colimado pelo agente (*vis animo illata*).⁹⁰⁸

Também o fez Pontes de Miranda:

Vis absoluta é ação; não é coação. O constrangido, nela, é instrumento de quem constrange; o constrangido não age, nenhuma ação ou parcela de ação é sua. O absolutamente constrangido não quer; o coato, relativamente constrangido, quer, a despeito do constrangimento.⁹⁰⁹

Ocorre que a fronteira entre as duas espécies de coação é, por vezes, tênue, aconselhando Menezes Cordeiro que a sua diferenciação seja feita pelo critério do resultado:

⁹⁰⁶ GIORGI, Giorgio. **Teoria delle Obbligazione nel Diritto Italiano Moderno**. 7. ed. v. IV. Firenze: Fratelli Cammelli, 1908, p. 105. Ver também RUGGIERO, Roberto de. **Instituições de Direito Civil: Introdução e Parte Geral e Direito das Pessoas**. v. I. Trad. Ary dos Santos. São Paulo: Saraiva, 1935, p. 260.

⁹⁰⁷ CRISCUOLI, *Violenza fisica e violenza morale*, op. cit., p. 131-134; e D’AMICO, *Violenza: Diritto Privato*, op. cit., p. 861.

⁹⁰⁸ *Ibid.*, p. 134-135; e *Ibid.*, p. 860, respectivamente.

⁹⁰⁹ PONTES DE MIRANDA, Francisco. **Tratado de Direito Privado**. 4. ed. t. IV. São Paulo: RT, 1983, p. 349.

A coação física surgiria quando a pressão exercida sobre o declarante fosse tal que não se pudesse falar em vontade dele; pelo contrário, ela seria moral sempre que a pressão ainda permitisse falar em vontade, ainda que deturpada pela ameaça. Mais satisfatória, essa via é complicada na sua concretização; uma mesma pressão pode ocasionar coação física ou moral, consoante a pessoa atingida.⁹¹⁰

A coação moral pode caracterizar-se pela ameaça de atividade física danosa ao coato, como o caso de um pai que ameaça dar uma surra no namorado da filha para o obrigar a se casar com ela. Já a coação física é aquela irresistível, sendo o próprio coator a manifestar a sua vontade por meio das mãos do coato.⁹¹¹

Alude Menezes Cordeiro à supremacia a ser dada à coação moral, de acordo com o adágio “*voluntas coacta, voluntas est*” (“a vontade coagida é vontade”). Apenas quando a ameaça for tão grave que seja impossível falar-se em vontade é que se pode tratar de coação física.⁹¹²

Pontes de Miranda também contribuiu para a definição da coação:

Coação é a presença de violência ou intimidação, que faça B praticar o que A sugere. A ação é de B: A não age servindo-se de B; A coage. A coação já é ato de B; mas é preciso que tenha havido, também, o ato de A, sem o que não haveria coação. Se não há ato de A, coação não há. Por isso mesmo, a manifestação de vontade, que se dê por influência de outrem, sem haver violência ou intimidação, não atinge a validade do ato jurídico. Também é preciso que A tenha agido contrariamente ao direito. Se agiu de conformidade com o direito, ou exercendo direito, pretensão, ação ou exceção regularmente, a violência, ou intimidação que haja causado, não é ilícita.⁹¹³

Assim também Clovis Bevilacqua, que definiu a coação moral, diferenciando-a da coação física e considerando-a um “estado de espírito, e que o agente, perdendo a energia moral e a espontaneidade do querer, realiza o acto que lhe é exigido”.⁹¹⁴

⁹¹⁰ MENEZES CORDEIRO, **Tratado de Direito Civil Português**, op. cit., p. 589.

⁹¹¹ NEVES, José Roberto de Castro. Coação e Fraude contra Credores no Código Civil de 2002. In: TEPEDINO, **A Parte Geral do Novo Código Civil**, op. cit., p. 305. Ver também ABREU FILHO, **O Negócio Jurídico e sua Teoria Geral**, op. cit., p. 286.

⁹¹² MENEZES CORDEIRO, **Tratado de Direito Civil Português**, op. cit., p. 590.

⁹¹³ PONTES DE MIRANDA, **Tratado de Direito Privado**, op. cit., 4. ed. t. IV, 1983, p. 348.

⁹¹⁴ BEVILAQUA, **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado**, op. cit., 1927, p. 337.

Karl Larenz apresenta a visão do direito alemão sobre a intimidação suficiente para tornar impugnável uma declaração de vontade:

O anúncio de qualquer prejuízo para o ameaçado se, na opinião deste, o intimidante estivesse em condições de o produzir, e decidido a isso caso a parte ameaçada não emitisse a declaração pretendida. A intimidação tem por finalidade colocar a parte ameaçada numa situação psicológica violenta, de forma a que, em sua opinião, tenha que decidir entre dois males, dos quais deve ser o mal menor a emissão da declaração pretendida segundo o propósito do intimidante.⁹¹⁵

A partir das distinções tratadas acima, pode-se afirmar que, no caso de coação praticada por meio de violência física irresistível — *vis absoluta* —, a consequência será a nulidade do negócio jurídico, diante da inexistência de vontade manifestada. Havendo coação moral — *vis compulsiva* —, poderá ocorrer a anulabilidade do negócio jurídico, pois há consentimento, ainda que maculado.⁹¹⁶

Os bens jurídicos protegidos pela figura da coação, já desde o direito romano (“*metus*”) eram a vida, a integridade física, a liberdade e a honra. Alguns canonistas, a exemplo de Giovanni D’Andrea, passaram a admitir também a proteção ao patrimônio, desde que boa parte dele estivesse ameaçado. Esta visão recebeu críticas, a exemplo de Savigny, que entendia não poder a ameaça ao patrimônio dar causa a “*actio quod metus causa*”.⁹¹⁷ As codificações atuais acrescentam também a proteção ao patrimônio, como o próprio Código Civil de 1916, bem como o atual.

A ameaça objetiva atingir ao coato ou à sua família. Será de ordem moral quando a ameaça for contra a vida, a integridade física, a liberdade, a honra, o decoro e o bom nome da vítima; será patrimonial quando visar a atingir os valores econômicos da vítima.⁹¹⁸

A partir da definição e da diferenciação entre a *vis absoluta* e a *vis compulsiva*, passa-se a analisar os requisitos conformadores da coação.

⁹¹⁵ LARENZ, **Derecho Civil: Parte General**, op. cit., p. 548-549.

⁹¹⁶ ABREU FILHO, **O Negócio Jurídico e sua Teoria Geral**, op. cit., p. 286-287.

⁹¹⁷ NONATO, **Da Coação como Defeito do Ato Jurídico**, op. cit., p. 158-159.

⁹¹⁸ AMARAL NETO, **Introdução ao Direito Civil**, op. cit., p. 509, e, no mesmo sentido, CARVALHO DOS SANTOS, **Código Civil Brasileiro Interpretado**, op. cit., p. 355.

3.3.2.2. Requisitos para configuração da coação

3.3.2.2.1. Ameaça de dano iminente

Para que se configure a coação, deve ocorrer a ameaça de realização de um dano futuro, cuja realização deve depender, direta ou indiretamente, da parte que ameaça, pois, de outra forma, “o anúncio do perigo seria simples advertência ou conselho”.⁹¹⁹ Por isso, o mal ameaçado deve estar na esfera do “arbítrio do violentador”.⁹²⁰

Pontes de Miranda, inspirado na lição de Ulpiano, aponta que “o mal receável não precisa ser presente. O medo, sim: *metus praesens*, que se distingue de *suspicio metus inferendi*”.⁹²¹

Humberto Theodoro Junior afirma a correção da técnica legislativa empregada pelo art. 151 do Código Civil, ao exigir apenas a iminência do mal ameaçado, e não a sua atualidade ou imediatidade. Imprescindível é que o dano seja suficientemente próximo, a fim de impedir que o coato busque outras medidas legais, como o socorro da autoridade pública, para impedir a sua ocorrência.⁹²² Neste sentido, também Eduardo Espinola, que asseverava dever ser a ameaça “mal a realizar-se em um futuro mais ou menos próximo, embora seja fora de dúvida que deve faltar materialmente o tempo suficiente para invocar a proteção da autoridade pública”.⁹²³

A exigência da iminência do dano ameaçado relaciona-se com a necessidade de ele não ser “remoto ou evitável, ao fácil, com as providências da organização social, da ordem jurídica”. A ameaça de um mal remoto não traz para o estado de espírito do agente o temor apto a fundamentar a coação, pois haveria tempo hábil para se buscarem medidas aptas a impedir o dano. Entretanto, por iminência não se pode compreender que o mal sucederá, de

⁹¹⁹ ENNECCERUS & NIPPERDEY, **Derecho Civil: Parte General**, op. cit., p. 215.

⁹²⁰ WINDSCHEID, **Diritto delle Pandette**, op. cit., p. 925, nota dos tradutores.

⁹²¹ PONTES DE MIRANDA, **Tratado de Direito Privado**, op. cit., 4. ed. t. IV, 1983, p. 356; e NONATO, **Da Coação como Defeito do Ato Jurídico**, op. cit., p. 150.

⁹²² THEODORO JUNIOR, **Comentários ao Novo Código Civil**, op. cit., p. 177. Ver também DANTAS, **Programa de Direito Civil**, op. cit., p. 298.

⁹²³ Eduardo Espinola, *apud* CARVALHO DOS SANTOS, **Código Civil Brasileiro Interpretado**, op. cit., p. 358.

forma imediata, à ameaça, isto é, não precisa ocorrer imediatidade entre a ameaça e o dano, sendo o objetivo do requisito impedir que ameaça de danos distantes possa anular um negócio jurídico.⁹²⁴

A ideia de iminência aproxima-se, então, de “atualidade, de brevidade no advento do dano”. O emprego da expressão “iminência” é apropriado, pois um mal a ocorrer num futuro distante não desperta temor, carecendo do “sentido de inexorabilidade de que se deve revestir”. Demais disso, a existência de dilatado prazo entre a ameaça e o dano prometido dá ao paciente as condições para que busque ilidir os seus efeitos.⁹²⁵

Pode-se sintetizar o significado do dano iminente em duas palavras: proximidade e inevitabilidade. Por certo que o mandamento, abaixo analisado, de que se devem considerar as circunstâncias pessoais da parte ameaçada permeia todos os elementos da coação.⁹²⁶

E já advertia Teixeira de Freitas de que não haverá coação se o mal ameaçado for “um mal impossível, quimérico, ou difícil de realizar-se”.⁹²⁷ Assim também a ameaça de mal evitável não constitui coação.⁹²⁸ Por isso, “as ameaças vagas, cujos efeitos são incertos e distantes, tornam-se insuficientes para constituir coação”.⁹²⁹

3.3.2.2.2. Nexo de causalidade entre a coação e o negócio jurídico

Pode-se considerar que a coação seja o elemento determinante para a declaração da vontade quando “seja praticada com o intuito deliberado de obter o consentimento da outra parte para a formação do negócio jurídico”. Por isso, Carvalho dos Santos assevera que este elemento da coação pode ser caracterizado pela verificação da existência de nexos causal entre

⁹²⁴ NONATO, **Da Coação como Defeito do Ato Jurídico**, op. cit., p. 153.

⁹²⁵ RODRIGUES, **Dos Defeitos dos Atos Jurídicos**, op. cit., p. 83.

⁹²⁶ NONATO, **Da Coação como Defeito do Ato Jurídico**, op. cit., p. 154 e 155.

⁹²⁷ TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. **Código Civil: Esboço**. Brasília: Ministério da Justiça e Fundação Universidade de Brasília, 1983, p. 173.

⁹²⁸ Eduardo Espinola, *apud* CARVALHO DOS SANTOS, **Código Civil Brasileiro Interpretado**, op. cit., p. 358.

⁹²⁹ CARVALHO DOS SANTOS, **Código Civil Brasileiro Interpretado**, op. cit., p. 358.

a violência ou a pressão (entendida como aquela praticada sem o exercício de força física) e a celebração do negócio jurídico.^{930, 931}

A coação não precisa ser a única causa que leva o paciente a declarar a sua vontade, sendo suficiente que a sua não ocorrência exclua a prática do ato, isto é, a ameaça precisa ser apenas a razão determinante para a manifestação da vontade.⁹³² Além de ser a ameaça uma causa determinante, precisa ser também a “causa direta do ato” numa relação de nexo de causa e efeito.⁹³³ Neste sentido, vale transcrever trecho de uma decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo, em que se reconheceu o emprego pelo réu de “linguagem excessiva, ameaçadora, no auge da indignação”; entretanto, “tais ameaças não constituíam elemento ponderável, capaz de suprimir o discernimento e a liberdade de ação do paciente, homem robusto e forte”.⁹³⁴

Fator que contribui para a determinação do nexo de causalidade entre a coação e a declaração de vontade é a existência de desproporcionalidade entre o valor contratado e o habitualmente praticado no tipo de transação em questão, servindo de “índice seguro do estado de desespero em que se encontrava o declarante ao manifestar a sua vontade”.⁹³⁵

Importante a menção feita por Humberto Theodoro Junior, no sentido de que a ameaça deve ser praticada por pessoa, excluindo do campo de aplicação da coação os contratos celebrados nas seguintes circunstâncias:

- a) se celebrado sob impacto psicológico de “terror ambiental”, por exemplo, em virtude de guerra, tumulto, revolução etc.;
- b) se se dá em clima de estado de perigo enfrentado por um dos contratantes, que não foi, de forma alguma, provocado pelo outro, nem por terceiro, com conhecimento da parte interessada, como nas calamidades da natureza (terremotos, inundações etc.); e

⁹³⁰ CARVALHO DOS SANTOS, **Código Civil Brasileiro Interpretado**, op. cit., p. 355.

⁹³¹ Lembre-se de que na primeira parte desta tese foi demonstrado que o modelo jurídico da coação na *common law* requer a demonstração do nexo de causalidade entre a coação e a celebração do contrato ou a sua alteração.

⁹³² PONTES DE MIRANDA, **Tratado de Direito Privado**, op. cit., 4. ed. t. IV, 1983, p. 351. Contra: DELGADO, José Augusto & GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel. **Comentários ao Código Civil Brasileiro: Dos Fatos Jurídicos**. v. 2. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 559, ao afirmar que a coação precisa ser a “única causa de realização do ato negocial”.

⁹³³ NONATO, **Da Coação como Defeito do Ato Jurídico**, op. cit., p. 137.

⁹³⁴ RODRIGUES, **Dos Defeitos dos Atos Jurídicos**, op. cit., p. 53.

⁹³⁵ CARVALHO DOS SANTOS, **Código Civil Brasileiro Interpretado**, op. cit., p. 357.

- c) se aperfeiçoa sob estado de temor que não teve origem externa, mas que se forjou na situação interna do próprio contratante, por motivo de saúde, crises financeiras etc.⁹³⁶

Caio Mario afirma, neste sentido, que, estando a parte sob determinadas circunstâncias, que a levem a contratar em condições desfavoráveis, que tenham sido causadas por fatores externos, a exemplo do caso fortuito e da força maior, não há coação, pois não houve processo de intimidação, mas dolo de aproveitamento.⁹³⁷

Outro aspecto debatido na doutrina no que se refere ao nexos de causalidade entre a coação e o negócio jurídico é a sua prova. Por certo que o ônus de provar a existência da coação é do coato. A discussão gira em torno da admissibilidade de indícios para que se prove a ameaça ou se serão necessárias provas plenas da violência. A tendência dos tribunais é no sentido de aceitar a prova da coação por meio de indícios e circunstâncias, pois o agente que pratica a coação, normalmente, observa um padrão de cuidado na prática do ato, para evitar ser descoberto, o que torna, em algumas oportunidades, difícil a produção de prova plena da coação.⁹³⁸

3.3.2.2.3. Temor justificável

Para que seja possível aferir se a ameaça foi de fato suficiente para ser a principal razão da celebração do contrato, o temor causado pela coação deve ser justificável. Esse temor justificável não mais admite uma análise nos moldes do direito romano, que não avaliava, por exemplo, um “homem tímido”, mas um homem com “a necessária firmeza de

⁹³⁶ THEODORO JUNIOR, *Comentários ao Novo Código Civil*, op. cit., p. 174. Ver também DELGADO & GOMES JÚNIOR, *Comentários ao Código Civil Brasileiro*, op. cit., p. 557. RUGGIERO, *Instituições de Direito Civil*, op. cit., p. 262. Contra: DEMOGUE, *Traité des Obligations en Général*, op. cit., p. 515.

⁹³⁷ PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de Direito Civil: Introdução ao Direito Civil e Teoria Geral de Direito Civil*. 23. ed. v. I. Rev. e atual. Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 457.

⁹³⁸ RODRIGUES, *Dos Defeitos dos Atos Jurídicos*, op. cit., p. 59. Oportuno o excerto do Tribunal de Justiça de São, citado no mesmo local, ao julgar ação de anulação de reconhecimento de dívida: “(...) a certeza jurídica não se confunde com a certeza metafísica, matemática, mas se firma quando induz a um elevado grau de probabilidade”.

ânimo — *constantissimum hominem*” —,⁹³⁹ “diligente e bem governado”.⁹⁴⁰ Media-se a capacidade intimidatória da coação por meio do padrão estabelecido pelo homem corajoso — o *vir horatianus*.⁹⁴¹

Este critério já foi superado pelo direito brasileiro, desde o Código de Bevilacqua, que permitia interpretação subjetiva do temor justificável.⁹⁴² Destaque-se que o Código Civil, no art. 152, indica algumas situações que podem influenciar na determinação da coação: “... o sexo, a idade, a condição, o temperamento do paciente e todas as demais circunstâncias que possam influir na gravidade dela”. Com tal normativa, o atual art. 152 do Código Civil afasta o clássico homem médio da configuração da coação, prescrevendo que a sua aferição deverá considerar o homem concreto, de acordo com cada situação real.⁹⁴³

Carvalho dos Santos qualifica a necessidade de se considerar a situação concreta da parte ameaçada como um elemento primordial para a obtenção da justiça no julgamento. Dentre os elementos concretos a serem considerados está a profissão da vítima. Exemplifica com a seguinte situação: se alguém ameaça a ministração de uma determinada dose de veneno se um contrato não for celebrado, o impacto desta ameaça ao coato será diversa se ele for um médico ou farmacêutico, que conhece o efeito não nocivo à saúde de tal quantidade de veneno, ou se for um leigo, que não possui meios nem razões para dominar tais distinções. O reconhecimento de coação no segundo caso pode parecer necessário, enquanto que no primeiro, não.⁹⁴⁴

A normativa do art. 152 do Código Civil, entretanto, ao invés de favorecer a caracterização da coação, pode dificultá-la, conforme apontou Pontes de Miranda, quando comentava o art. 99 do Código Civil de 1916:

Todavia, rigorosamente, o art. 99 pode, em vez de favorecer, desfavorecer: o militar, por exemplo, presume-se homem de coragem, a educação física e

⁹³⁹ CARVALHO DOS SANTOS & DIAS, **Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro**, op. cit., p. 69, lembram que o critério *constantissimum hominem* era o adotado pelo direito romano. Ver também NONATO, **Da Coação como Defeito do Ato Jurídico**, op. cit., p. 126.

⁹⁴⁰ RODRIGUES, **Dos Defeitos dos Atos Jurídicos**, op. cit., p. 63.

⁹⁴¹ DELGADO & GOMES JÚNIOR, **Comentários ao Código Civil Brasileiro**, op. cit., p. 566, e POTHIER, **Tratado das Obrigações**, op. cit., p. 50.

⁹⁴² CARVALHO DOS SANTOS, **Código Civil Brasileiro Interpretado**, op. cit., p. 357.

⁹⁴³ AMARAL NETO, **Introdução ao Direito Civil**, op. cit., p. 509.

⁹⁴⁴ CARVALHO DOS SANTOS, **Código Civil Brasileiro Interpretado**, op. cit., p. 364, e CARVALHO DOS SANTOS & DIAS, **Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro**, op. cit., p. 72.

moral que recebe prepara-o para isto; a mesma violência, suficiente à anulabilidade de ato praticado pelo menor testador, não bastaria em relação a um pugilista profissional ou amador. O sexo, que a lei manda levar-se em conta, não opera abstratamente: o revólver que intimida a uma senhora caseira intimidaria menos uma caçadora, ou desportista, ou mulher de temperamento viril.⁹⁴⁵

A forma de redação do art. 152 do Código Civil é manifestação do princípio da operabilidade ou concretidade, um dos princípios que pautaram a elaboração desse diploma, ao lado do princípio da eticidade e da socialidade. Ele imprimiu às normas do ordenamento civil um caráter de realizabilidade, já que o direito é feito para ser aplicado.⁹⁴⁶

O intuito de construir uma legislação civil que fosse dotada de realizabilidade partiu de Miguel Reale, já na Exposição de Motivos do Anteprojeto, onde referiu a necessidade de se elaborar uma nova lei civil “com sentido operacional e não conceitual, buscando construir modelos jurídicos à luz do princípio de realizabilidade, em função das forças sociais operantes no País, isto é, como instrumento de paz social e de desenvolvimento”.⁹⁴⁷

Na elaboração do Código, privilegiou-se a construção de “modelos jurídicos com amplitude de repertório, de modo a possibilitar a sua adaptação às esperadas mudanças sociais, graças ao trabalho criador da hermenêutica”, primando-se por conferir um “sentido plástico e operacional” às normas.⁹⁴⁸

A redação do art. 152 do Código Civil segue, exatamente, as orientações dadas acima por Miguel Reale, havendo uma preocupação, na verificação da coação, com o homem concreto, real, situado numa determinada comunidade e num determinado momento histórico.⁹⁴⁹ Para tanto, valeu-se legislador, em mais uma oportunidade, das cláusulas gerais⁹⁵⁰ e dos conceitos indeterminados.⁹⁵¹

⁹⁴⁵ PONTES DE MIRANDA, **Tratado de Direito Privado**, op. cit., 3. ed. t. LVI, 1984, p. 160.

⁹⁴⁶ REALE, **O projeto de Novo Código Civil**, op. cit., p. 10.

⁹⁴⁷ Id., Exposição de Motivos do Anteprojeto de Código Civil. In: **Código Civil: Anteprojetos**. v. 5. t. I. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 1989, p. 11.

⁹⁴⁸ Ibid., p. 14-15.

⁹⁴⁹ Ver Id., **O projeto de Novo Código Civil**, op. cit., p. 12: “A obrigação que o legislador tem de não legislar em abstrato, para um indivíduo perdido na estratosfera, mas, quanto possível, legislar para um indivíduo situado. (...) Quer dizer, atender às situações sociais, à vivência plena do Código, do direito subjetivo como uma situação individual; não um direito subjetivo abstrato, mas uma situação subjetiva concreta”.

⁹⁵⁰ ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. 9. ed. Trad. J. Baptista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004, p. 233-234: “O verdadeiro significado das cláusulas gerais reside no

Essa forma de redação legal faz-nos perceber o quanto está ultrapassada a ideia de que “deveria ser possível estabelecer uma clareza e segurança jurídicas absolutas através de uma norma rigorosamente elaborada, e especialmente garantir uma absoluta univocidade a todas as decisões judiciais (...)”.⁹⁵² A lógica das cláusulas gerais e dos conceitos jurídicos indeterminados permite ao sistema jurídico migrar do assim chamado sistema jurídico fechado para um sistema jurídico aberto.⁹⁵³

Neste aspecto, pode-se destacar uma evolução do Código Civil de 2002 em relação ao de 1916. A antiga codificação exigia que a violência despertasse no paciente temor de dano igual, pelo menos, ao receável do ato extorquido. Tal fórmula era bastante criticada pela doutrina, e por duas razões: a primeira, ao considerar a regra excessivamente minuciosa quando o ideal seria o emprego de expressão mais abrangente; e a segunda razão é a comparação, em determinadas circunstâncias, de bens jurídicos não suscetíveis à comparação, a exemplo de um dano físico ou à imagem e um valor pecuniário. O *Code Civil*, em contrapartida, exige apenas que o mal seja considerável, e o *Codice Civile*, um mal notável. Estas expressões permitem que o juiz, com mais flexibilidade, possa avaliar se a violência ou ameaça praticada estava apta a causar o defeito da coação no negócio jurídico em questão.⁹⁵⁴

A codificação brasileira de 2002 superou esta dificuldade ao exigir que haja “temor de dano iminente e considerável”.

domínio da técnica legislativa. Graças à sua generalidade, elas tornam possível sujeitar um mais vasto grupo de situações, de modo ilacunar e com possibilidade de ajustamento, a uma consequência jurídica. O casuismo está sempre exposto ao risco de apenas fragmentária e provisoriamente dominar a matéria jurídica. Este risco é evitado pela utilização das cláusulas gerais. Em contrapartida, outros riscos terão de ser aceites”.

⁹⁵¹ Os conceitos jurídicos indeterminados podem ser definidos como “um conceito cujo conteúdo e extensão são, em larga medida, incertos”. ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**, op. cit., p. 208.

⁹⁵² *Ibid.*, p. 206.

⁹⁵³ CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito**. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1989, p. 103 e seguintes: “A oposição entre sistema aberto e fechado é identificada com a diferença entre uma ordem jurídica construída casuisticamente e apoiada na jurisprudência e uma ordem dominada pela ideia de codificação. (...) Portanto ao sistema de proposições doutrinárias da Ciência do Direito, a abertura do sistema significa a *incompletude* e a *provisoriedade do conhecimento científico*. (...) A abertura como incompletude do conhecimento científico acresce assim a abertura como modificabilidade da própria ordem jurídica. (...) A abertura do sistema científico resulta, aliás, dos condicionamentos básicos do trabalho científico que sempre e apenas pode produzir projectos provisórios, enquanto, no âmbito questionado, ainda for possível um progresso, e, portanto, o trabalho científico fizer sentido; o sistema jurídico partilha, aliás, esta abertura com os sistemas de todas as outras disciplinas. Mas a abertura do sistema objectivo resulta da essência do Direito positivo como um fenómeno colocado no processo da História e, como tal, mutável”.

⁹⁵⁴ RODRIGUES, **Dos Defeitos dos Atos Jurídicos**, op. cit., p. 131 e 135.

3.3.2.2.4. Temor de dano à pessoa do coato, à sua família ou ao seu patrimônio

Outro aspecto importante no estudo da coação é a delimitação de quais bens jurídicos são tutelados pela figura da coação.⁹⁵⁵ Tanto o Código Civil atual quanto o de Bevilacqua admitem que a ameaça perpetrada cause dano diretamente ao coato ou a integrante de sua família.⁹⁵⁶ A discussão ocorre porque nenhum dos codificadores detalhou — parecidos — acertadamente a quais pessoas da família a proteção é estendida. Pode-se entender aqui que o legislador considerou tanto os “parentes de sangue” quanto os parentes por afinidade.⁹⁵⁷

Há certas pessoas sobre as quais, naturalmente, não há dúvida de que o contratante teme uma ameaça, que o faça consentir, com o fim de lhes evitar qualquer dano. São os parentes mais próximos: os ascendentes, os descendentes, os irmãos, o cônjuge. Para estas há uma presunção *juris et de jure* de que a gravidade do mal ameaçado excluirá a liberdade de querer necessária à perfeição do contrato.⁹⁵⁸

Silvio Rodrigues definiu a família, abrangida pelo sentido do art. 98 do Código de Civil de 1916, mas que também alcança o Código de 2002:

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 sentido altruísta, por uma afeição que as aproxima das outras, fazendo das alegrias e preocupações de cada qual a alegria e preocupação de todas.⁹⁵⁹

Sábio foi o legislador ao amparar também pessoas que não sejam da família do coato, mas que com ele tenham desenvolvido forte relação afetiva. O parágrafo único do art.

⁹⁵⁵ RODRIGUES, **Dos Defeitos dos Atos Jurídicos**, op. cit., p. 112, nota 130, critica o emprego da expressão “destinatário da ameaça” quando da discussão acerca de quais bens jurídicos são por ela tutelados. A razão da crítica é o fato de a ameaça ser sempre direcionada contra o próprio coato, podendo ser a vítima do dano outras pessoas próximas a ele.

⁹⁵⁶ Importante observar as diversas transformações pelas quais vem passando o conceito de família, a qual é tutelada constitucionalmente, pelo art. 226 da CF/88. Ver DELGADO & GOMES JÚNIOR, **Comentários ao Código Civil Brasileiro**, op. cit., p. 562 a 564.

⁹⁵⁷ CARVALHO DOS SANTOS, **Código Civil Brasileiro Interpretado**, op. cit., p. 361.

⁹⁵⁸ CARVALHO DOS SANTOS & DIAS, **Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro**, op. cit., p. 70.

⁹⁵⁹ RODRIGUES, **Dos Defeitos dos Atos Jurídicos**, op. cit., p. 121.

151 diz que, se a coação for de ameaça praticada contra pessoa não pertencente à família do coato, o juiz decidirá com base nas circunstâncias.⁹⁶⁰ “A violência vicia quando dirigida a terceiro que valha, para o coagido, quase ou o mesmo que sua pessoa — o grande amigo, a noiva, o afilhado querido, o protetor por quem se fariam sacrifícios”.⁹⁶¹

Conclui-se, com apoio nas lições de Tuor, que nesta temática vale “o critério *pro affectu*”, isto é, a dor que o agente coato sente ao manifestar o consentimento, dependendo da pessoa contra quem o dano ameaçado é dirigido.⁹⁶² Neste sentido, o comentário ao art. 151 do Código Civil feito por Gustavo Tepedino:

Acatando a evolução doutrinária, encontra-se a atual redação do CC, que admite que o juiz acolha a violência ainda quando se trate de ameaça dirigida a um amigo do contratante, por exemplo. Deste modo, se a ameaça se refere à própria pessoa, sua família e seus bens, presume-se que ela é eficaz para viciar o consentimento do contratante; se, entretanto, tratar-se de pessoa não pertencente à família do paciente, deve-se analisar as circunstâncias de afeto e intimidade entre eles, para verificar se houve efetivamente coação.⁹⁶³

Comentando a atual codificação, Humberto Theodoro Junior defende que ameaças praticadas mesmo a pessoas estranhas ao coato podem justificar a anulação de um negócio jurídico, por uma questão de solidariedade humana. Seria o caso de uma pessoa estar num estabelecimento bancário ou num avião e outra pessoa, desconhecida, ser tomada como refém, para forçar o coato a realizar a manifestação de vontade necessária para a realização do negócio jurídico. Neste caso, mesmo sendo a vítima desconhecida, uma ameaça de grave dano a ela praticada já seria suficiente para constranger o coato a celebrar o negócio.⁹⁶⁴

Tanto o Código Civil de 1916 quanto o de 2002 admitem que a ameaça de dano atinja o patrimônio do paciente, a exemplo de ameaças de incêndio e depredação. Admite-se também que o prejuízo patrimonial atinja não somente a figura do coato, mas também os seus

⁹⁶⁰ Esta já era a proposta do art. 27 do Anteprojeto de Código das Obrigações, de 1941.

⁹⁶¹ CARVALHO DOS SANTOS, **Código Civil Brasileiro Interpretado**, op. cit., p. 361.

⁹⁶² Tuor, *apud* CARVALHO DOS SANTOS & DIAS, **Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro**, op. cit., p. 71. Também PONTES DE MIRANDA, **Tratado de Direito Privado**, op. cit., 3. ed. t. LVI, 1984, p. 158.

⁹⁶³ TEPEDINO; BARBOZA & MORAES, **Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República**, op. cit., p. 289-290.

⁹⁶⁴ THEODORO JUNIOR, **Comentários ao Novo Código Civil**, op. cit., p. 178-179.

familiares.⁹⁶⁵ Entretanto, a afirmação é controversa, pois a legislação brasileira não a acolheu expressamente, e, além disso, é passível de discussão se uma ameaça contra o patrimônio de um familiar teria a capacidade de levar o coato a contratar. Pode-se concluir ser admissível que a ameaça seja praticada contra o patrimônio de familiares ou de pessoas próximas ao coato, quando for possível demonstrar que “foi tal temor que o levou a anuir num negócio com o qual não concordaria sem a referida violência”. Aqui deverá ter o juiz liberdade para avaliar se a ameaça teve a capacidade de viciar o consenso, isto é, se houve nexos causal entre a ameaça e a manifestação de vontade.⁹⁶⁶

A codificação de 1916 admitia, como regra, que a ameaça fosse praticada contra terceira pessoa ligada ao coato, como também que ela fosse praticada por terceiro, causando a anulabilidade do negócio jurídico.⁹⁶⁷ Com o advento do Código Civil de 2002, tal orientação foi modificada, pois a regra, nos termos do art. 155, é de que o negócio jurídico celebrado sob uma ameaça, praticada por terceiro, seja mantido, sem que a parte que se beneficia do acordo saiba ou devesse saber de tal fato. Quem responderá pelos danos causados ao coato, em razão de contrato por ele celebrado, será o terceiro que praticou a ameaça. A regra do art. 154 do CC dispõe, em contrapartida, que, se a parte beneficiada com o negócio jurídico celebrado sob coação praticada por terceiro sabia ou deveria saber de tal ameaça, tornará anulável o negócio, e ambas responderão pelas perdas e pelos danos causados.⁹⁶⁸

Feita a demonstração da modelagem jurídica da coação, segue-se analisando a vinculação da coação com o exercício regular de direito, buscando-se, a partir desta discussão, a linha para amarrar a *economic duress* à coação.

3.3.3. O temor reverencial e o exercício regular de direito

⁹⁶⁵ RODRIGUES, **Dos Defeitos dos Atos Jurídicos**, op. cit., p. 113.

⁹⁶⁶ *Ibid.*, p. 130.

⁹⁶⁷ CARVALHO DOS SANTOS, **Código Civil Brasileiro Interpretado**, op. cit., p. 373.

⁹⁶⁸ Ver, nesse sentido, dentre outros, TEPEDINO; BARBOZA & MORAES, **Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República**, op. cit., p. 293-294. O direito alemão também reconhece a possibilidade de a ameaça ser perpetrada por terceiro. Ver em ENNECCERUS & NIPPERDEY, **Derecho Civil: Parte General**, op. cit., p. 214-215.

A ameaça praticada precisa despertar na vítima um medo que tenha fundamento, ou seja, ela deve crer que “pode sofrer um dano injusto, ilegítimo, ilícito”. Neste sentido, o exercício regular de direito não é considerado ameaça, sequer o temor reverencial (art. 153 do Código Civil), pelo fato de a ameaça ser oriunda de pessoas que se encontram em considerável posição na família ou nas relações de trabalho.⁹⁶⁹

Inicialmente, vamos analisar o exercício regular de direito.

Karl Larenz resume o problema do seguinte modo:

Uma ameaça é antijurídica quando o meio com que se ameaça o resultado pretendido é por si só antijurídico, ou quando o meio concreto para a produção desse resultado é inadequado ao não existir uma conexão interna entre ambos e, por isso, é juridicamente desaprovado. Deve-se examinar — segundo declara o Supremo Tribunal Federal — se o “intimidante tem um interesse legítimo na obtenção do resultado por ele pretendido e se a ameaça, segundo o critério de todo aquele que pensa justa e equitativamente, representa um meio idôneo”.⁹⁷⁰

Carvalho de Mendonça propõe, então, a seguinte regra: “... se, em princípio, a ameaça do exercício de um direito não constitui coação capaz de anular o ato, o mesmo não acontece quando o exercício do direito é empregado como meio de intimidação para alcançar um resultado, tornando-se, em tal caso, a ameaça injusta”.⁹⁷¹

Neste sentido, a ilicitude pode estar localizada tanto na ameaça propriamente dita quanto no fim almejado com a conduta ameaçada. Vejam-se duas situações elencadas por Silvio Rodrigues: a primeira refere-se à ameaça de execução de hipoteca, para forçar a devedora a aceitar proposta de casamento com o credor. A segunda refere-se a um contratante que ameaça denunciar o outro, por delito efetivamente cometido, para obter a quitação de uma dívida que ainda não foi paga. Nas duas situações o ato ameaçado é lícito, sendo contrário ao direito o fim colimado pelo coator.⁹⁷²

Por isso, o credor de uma dívida inadimplida que diz ao seu devedor que vai utilizar os meios judiciais cabíveis para a receber não pratica coação, de modo que uma dação

⁹⁶⁹ AMARAL NETO, **Introdução ao Direito Civil**, op. cit., p. 509-510.

⁹⁷⁰ LARENZ, **Derecho Civil: Parte General**, op. cit., p. 551-552.

⁹⁷¹ CARVALHO DOS SANTOS, **Código Civil Brasileiro Interpretado**, op. cit., p. 367.

⁹⁷² RODRIGUES, **Dos Defeitos dos Atos Jurídicos**, op. cit., p. 99.

em pagamento realizada após a referida declaração não poderá ser anulada por coação.⁹⁷³ No mesmo sentido, Karl Larenz afirma que não há antijuridicidade na conduta de credor que ameaça devedor moroso com o ajuizamento de uma ação de cobrança ou execução de título se a prestação não for cumprida. Apenas haveria antijuridicidade se o credor ameaçasse causar danos ao patrimônio do devedor caso a prestação não fosse realizada.⁹⁷⁴

Outra situação comum que caracteriza exercício regular de direito, julgada pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, ocorre quando o credor de um contrato de promessa de compra e venda de bem imóvel ameaça solicitar a devolução do bem vendido em razão do inadimplemento das prestações, caracterizando-se mera cobrança da dívida, por meio do exercício legítimo da retomada do bem.⁹⁷⁵

Considera-se que a parte que ameaça ajuizar uma ação para receber o seu crédito está no exercício legítimo de um direito, entretanto, como afirmou Clóvis Bevilacqua, “se houver excesso, se a pessoa armada de seu direito procurar incutir pavor ou grande apreensão no ânimo de outrem, esse cortejo de ameaças torna anormal o exercício do direito e constitui coação”.⁹⁷⁶ Retomando o exemplo acima, seria uma forma de coação condenável pelo sistema jurídico o fato de o credor ameaçar a propositura de ação judicial para obter uma modificação no contrato, que acentue os juros já contratados.⁹⁷⁷ A jurisprudência francesa já considerou como coação, apta a tornar o ato anulável, a ameaça de difamação ou de declaração de falência.⁹⁷⁸

Neste sentido é a possibilidade de anulação de negócio jurídico celebrado mediante a ameaça de ajuizamento de ação penal, quando é utilizada como forma de intimidação, para obter da parte ameaçada vantagens excessivas. Dois casos da jurisprudência francesa podem ser citados. O primeiro refere-se à ameaça praticada pelo diretor de uma companhia de seguros de promover um processo criminal contra o pai de um segurado, se este não renunciasse ao direito legítimo que tinha de receber o pecúlio, que constituiu forma de violência moral, que anulou a renúncia assim obtida. O segundo caso trata do pai de um falido

⁹⁷³ CARVALHO DOS SANTOS, **Código Civil Brasileiro Interpretado**, op. cit., p. 366.

⁹⁷⁴ LARENZ, **Derecho Civil: Parte General**, op. cit., p. 549. Nesse sentido, também THEODORO JUNIOR, **Comentários ao Novo Código Civil**, op. cit., p. 192.

⁹⁷⁵ Apelação Cível nº 70044943546, 18ª Câmara Cível. Rel. Des. Pedro Celso Dal Prá, j. 13.10.2011.

⁹⁷⁶ BEVILACQUA, **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado**, op. cit., 1927, p. 339.

⁹⁷⁷ CARVALHO DOS SANTOS, **Código Civil Brasileiro Interpretado**, op. cit., p. 367.

⁹⁷⁸ *Ibid.*, p. 368.

que ocultou mercadorias desviadas da massa falida e que celebra contrato com os credores de seu filho falido a fim de ajustar indenização para compensar os prejuízos sofridos. Será considerado caso de coação se celebrado sob a ameaça de ser processado pelo crime de receptação.⁹⁷⁹ Orozimbo Nonato considera como abuso do direito a ameaça de denúncia de crime cometido pelo coato para obtenção de vantagens pecuniárias, pois o titular o direito visa a fins antissociais e não aqueles objetivados pela ação penal ameaçada.⁹⁸⁰

A ameaça perpetrada deve, portanto, ser injusta para caracterizar coação. Para que não haja coação, o exercício do direito de ameaça não pode constituir-se em “práticas abusivas, em que sejam ultrapassados os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”.⁹⁸¹ Conclui-se, portanto, que a ameaça se constitui em exercício irregular de direito, por isso é coerente a conexão da coação com o abuso de direito, regulado pelo art. 187 do Código Civil.

Já destacava Silvio Rodrigues que ocorrerá coação não apenas quando o ato do coator for, em si, contrário ao direito, mas também quando a atitude se caracterizar por um exercício anormal, irregular ou abusivo de um direito, considerando ser o art. 100 do Código Civil de 1916, equivalente ao atual art. 153 do Código Civil, uma aplicação da regra que trata do abuso de direito.⁹⁸²

Assim como a ameaça de exercício de um direito, em regra, o temor reverencial também não ocasionará coação.

O temor reverencial, de acordo com Carvalho de Mendonça, “não é somente o sentimento de veneração, respeito, reconhecimento e condescendência para com os pais, e sim também com qualquer pessoa a quem se deva tributar tais sentimentos”. Pode ser entendido como um “temor de desgostar a quem se deve obediência e respeito”, sem que exista qualquer forma de subordinação.⁹⁸³ No que se refere ao âmbito de aplicação do temor reverencial, note-

⁹⁷⁹ CARVALHO DOS SANTOS, **Código Civil Brasileiro Interpretado**, op. cit., p. 368-369, e CARVALHO DOS SANTOS & DIAS, **Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro**, op. cit., p. 73.

⁹⁸⁰ NONATO, **Da Coação como Defeito do Ato Jurídico**, op. cit., p. 172.

⁹⁸¹ TEPEDINO; BARBOZA & MORAES, **Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República**, op. cit., p. 292.

⁹⁸² RODRIGUES, **Dos Defeitos dos Atos Jurídicos**, op. cit., p. 100.

⁹⁸³ CARVALHO DOS SANTOS, **Código Civil Brasileiro Interpretado**, op. cit., p. 369-370.

se que houve uma extensão desde o período do direito romano, quando ele cuidava apenas da relação entre pais e filhos.⁹⁸⁴

San Tiago Dantas também contribuiu para a clarificação do temor reverencial:

É aquele que existe entre duas pessoas, quando uma delas, por uma relação hierárquica qualquer, entre elas, está obrigada a respeitar a opinião e a vontade da outra, tal o soldado em relação ao seu superior; o empregado, em relação ao patrão; o padre, em relação ao seu bispo; o religioso de uma confraria, em relação ao seu superior numa congregação; o filho, em relação ao pai. Estão sujeitos a este temor reverencial, isto é, a esse acatamento à vontade alheia que, não raro, os induz a praticar um ato que não está na sua vontade.⁹⁸⁵

Destaque-se que, quando a codificação assevera que o simples temor reverencial não ocasiona coação, quis dizer que “o temor reverencial por si só, e tão somente ele, não basta para justificar a anulabilidade do ato. Admite um temor reverencial que não seja simples, a dizer — acompanhado de ameaças, e este, sem dúvida, constitui coação capaz de viciar o consentimento”.⁹⁸⁶

Este já era o entendimento de Teixeira de Freitas, em seu Esboço de Código Civil, cujo art. 495, § 3º, equiparava a temor reverencial àquele existente entre o marido e a mulher, entre empregado e patrão e entre pessoas com subordinação, somente assumindo a possibilidade de coação nessas relações se tiver ocorrido algum tipo de ameaça ou constrangimento corpóreo que tenha levado a pessoa a praticar o ato.⁹⁸⁷ Ainda que estas exemplificações sirvam à compreensão do temor reverencial, as atuais codificações tendem a não o limitar, a exemplo dos códigos brasileiro, italiano e espanhol.

Por se situar no plano subjetivo e recôndito de cada pessoa, não correspondendo a uma situação concreta destinada a incutir medo, o ordenamento, em regra, não tem condições de tornar inválido um ato praticado por pessoas em tais circunstâncias. Daí a regra em exame, segundo a qual o temor reverencial não é causa de anulação do negócio. Contudo, é

⁹⁸⁴ RODRIGUES, **Dos Defeitos dos Atos Jurídicos**, op. cit., p. 86.

⁹⁸⁵ DANTAS, **Programa de Direito Civil**, op. cit., p. 295.

⁹⁸⁶ CARVALHO DOS SANTOS, **Código Civil Brasileiro Interpretado**, op. cit., p. 370. Comentando a atual codificação, no mesmo sentido da interpretação do Código Civil de 1916, TEPEDINO; BARBOZA & MORAES, **Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República**, op. cit., p. 292.

⁹⁸⁷ TEIXEIRA DE FREITAS, **Código Civil: Esboço**, op. cit., p. 172 e 173.

de se levarem em conta as circunstâncias culturais e sociais que, recomendadas ao intérprete na dicção do art. 152, são capazes de transformar o temor reverencial em verdadeira coação, especialmente quando a atitude da pessoa reverenciada realimenta e intensifica a fragilidade subjetiva de quem tem medo, resultando em verdadeira ameaça ou violência moral irresistível.⁹⁸⁸

A lição de Pontes de Miranda é no mesmo sentido: “O temor reverencial é faca bigúmea: pode tornar-se *agravante* da ameaça. Sozinho não constitui coação: é o simples temor a que se refere o art. 100 (do Código Civil de 1916). Acompanhado serve à apreciação *in concreto* da violência”.⁹⁸⁹ Orozimbo Nonato conclui com destreza:

Coação é constrangimento anormal e anti-social deturpador da espontaneidade, da ultraneidade da determinação e a prática de ato ao fito de comprazer pessoa benemérita de afeto ou respeito, obedece a determinação normal, inspira-se em motivo que nada encerra de anti-social. Não importa que haja o *metus reverentialis* pesado decisivamente na vontade do agente. A vontade determina-se sempre por motivos e só a *anormalidade* de tais motivos, suscitados por violência do coator, origina vício do consentimento, defeito do ato jurídico.⁹⁹⁰

Pode-se afirmar que, isoladamente, o temor reverencial não está apto a anular um negócio jurídico com base na coação, servindo apenas como um elemento agravador da ameaça, que deve ocorrer independentemente do temor reverencial. Neste sentido, Carvalho de Mendonça e Aguiar Dias: “O temor reverencial, como se vê, é apenas um elemento para dar à violência ou ameaça um caráter de gravidade que não teria se ele não se verificasse”.⁹⁹¹

Havendo mero temor reverencial, a não realização do ato solicitado ocasiona um mal que não pode ser considerado grave: a preocupação do paciente de ter desagradado a pessoa a quem está subordinado ou se deve respeito, e, por isso, ele não recebe tutela do ordenamento jurídico.⁹⁹²

⁹⁸⁸ TEPEDINO; BARBOZA & MORAES, *Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República*, op. cit., p. 292.

⁹⁸⁹ PONTES DE MIRANDA, *Tratado de Direito Privado*, op. cit., 3. ed. t. LVI, 1984, p. 162.

⁹⁹⁰ NONATO, *Da Coação como Defeito do Ato Jurídico*, op. cit., p. 165.

⁹⁹¹ CARVALHO DOS SANTOS & DIAS, *Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro*, op. cit., p. 74, e RODRIGUES, *Dos Defeitos dos Atos Jurídicos*, op. cit., p. 88 e segs.

⁹⁹² RODRIGUES, *Dos Defeitos dos Atos Jurídicos*, op. cit., p. 85.

Com a demonstração dos elementos conformadores da coação e a sua conexão com o exercício irregular de direito, estão estabelecidas as bases para a discussão das razões que a tornam apta a ser a figura que vai proporcionar a recepção da *economic duress*.

3.3.4. A recepção da *economic duress* por meio da ampliação do conceito de coação

Após a pesquisa sobre a coação tanto na doutrina e jurisprudência brasileiras quanto na legislação comparada de alguns países da tradição romano-germânica, serão analisadas as razões que fazem com que a coação seja a melhor via para a recepção da *economic duress*.

O caminho a ser percorrido para se demonstrarem as razões pelas quais a coação é a melhor (mas talvez não a única) via de recepção da *economic duress* no direito civil brasileiro vai ser dividido entre os seguintes argumentos:

3.3.4.1. Aplicabilidade da coação às pessoas jurídicas

O primeiro aspecto a ser analisado refere-se à possibilidade de a coação poder ser direcionada às pessoas jurídicas. O questionamento existe, pois a racionalidade dos dispositivos — tanto da Codificação de Bevilacqua quanto da atual — que disciplinam a figura da coação faz menção a atributos das pessoas. Além disso, como o objeto desta tese é justamente perquirir qual a melhor via para a recepção da *economic duress* no direito brasileiro, e como os casos mais comuns de aplicação desta figura estão relacionados com alterações contratuais forçadas em relações comerciais, importa verificar se a coação pode ou não ter como paciente uma pessoa jurídica.

A anotação de Carvalho dos Santos e Aguiar Dias está a justificar a existência do questionamento:

Em regra, a coação pode ser uma consequência do temor de uma dor física, ou alguma tortura, assim como pode resultar do temor de um dano de ordem moral, de um dano à honra, à boa fama; reputam-se, pois, capazes de incutir

medo as ameaças de perda da vida, da saúde, da honra, da liberdade, ou ainda dos bens.⁹⁹³

A própria redação do art. 152 do Código Civil, que remete a situações de ordem estritamente pessoais, também demonstra tal raciocínio, eis que são “condições personalíssimas do agente”⁹⁹⁴ que irão determinar a existência da coação.

Apesar de, numa primeira análise, se poder concluir que a figura da coação somente poderia ser aplicável a pessoas físicas, em razão, principalmente, de a redação do art. 152 do Código Civil remeter a sua caracterização a atributos específicos da pessoa natural, não se encontra, em contrapartida, nenhuma proibição expressa ou implícita a se aplicar à coação às pessoas jurídicas.

A pessoa jurídica ou coletiva,⁹⁹⁵ como é chamada no direito português, é uma estrutura jurídica destinada ao exercício jurídico plural e institucionalizado, direcionado à consecução de fins específicos, traduzindo-se numa “autonomização jurídica em relação às pessoas humanas individuais que a constituem ou que a instituem, como centros autónomos de imputação jurídica, como sujeitos de direito”.⁹⁹⁶

Lamartine Corrêa de Oliveira entende a pessoa jurídica como um ente permanente, como sujeito consciente e livre (“os órgãos do ser social agem como pertencentes ao grupo, mas conscientes e livres em sua ação”), uma realidade permanente, individual e completa. Possui as características da personalidade, a exceção da “substancialidade”, atribuível apenas às pessoas naturais, ou seja, a pessoa humana é uma realidade substancial, enquanto que a pessoa moral é uma realidade acidental, não idêntica, mas análoga à pessoa humana.⁹⁹⁷

Explica que a pessoa jurídica é um ser dotado de individualidade e permanente, pois a entrada ou saída de sócios, associados ou administradores não altera a sua essência, eis que é dotado de “independência externa”. A ausência de substancialidade justifica-se pelo

⁹⁹³ CARVALHO DOS SANTOS & DIAS, **Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro**, op. cit., p. 69.

⁹⁹⁴ *Ibid.*, p. 71.

⁹⁹⁵ Sobre a natureza jurídica da pessoa jurídica, ver VASCONCELOS, Pedro Pais de. **Teoria Geral do Direito Civil**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2010, p. 132 a 140.

⁹⁹⁶ VASCONCELOS, **Teoria Geral do Direito Civil**, op. cit., p. 132.

⁹⁹⁷ OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. **A Dupla Crise da Pessoa Jurídica**. São Paulo: Saraiva, 1979, p. 17.

fato de não existir *per se*, dependendo, para existir, “dos seres humanos, que estão sob (*substant*) sua existência”.⁹⁹⁸

Por isso, no que se refere ao exercício jurídico, as pessoas jurídicas possuem algumas limitações, decorrentes da própria natureza das coisas. Elas não possuem “consciência nem vontade próprias como as pessoas humanas. A formação e a expressão da vontade funcional necessita do suporte de órgãos. Estes órgãos têm titulares que acabam por ser pessoas humanas”. Ainda que se considere que o titular de um órgão social seja uma pessoa jurídica, o processo de formação e de expressão da vontade da pessoa jurídica ocorrerá por meio de pessoas naturais,⁹⁹⁹ que podem, por certo, agir sob o influxo da coação.

Demais disso, já existe decisão do Superior Tribunal de Justiça, da lavra do Min. Humberto Martins, de 2009, admitindo expressamente que a pessoa jurídica pode ser paciente de coação. Trata-se do Recurso Especial nº 237.583, em que figurou como recorrente o Ministério Público do Estado do Paraná e como recorrido a COMBRASHOP — Companhia Brasileira de *Shopping Centers*. A COMBRASHOP, após ter obtido todos os alvarás necessários para o início da construção do *Mueller Shopping Center* de Curitiba, realizou a referida construção, observando as orientações emanadas pelo Instituto de Pesquisa e Planejamento de Curitiba, órgão vinculado ao município de Curitiba, responsável pelas determinação das diretrizes do setor. Faltavam apenas duas semanas para a inauguração do referido *shopping center*, momento em que os lojistas haviam realizado altos investimentos no empreendimento. Após 49 empresas terem recebido o Alvará de Localização e Funcionamento, o mesmo foi negado aos demais. No mesmo período, a prefeitura do município de Curitiba convocou a COMBRASHOP para uma reunião, momento em que a notificou de que não concederia o Certificado de Vistoria e Conclusão da Obra se um Termo de Compromisso não fosse por ela assinado. O referido Termo de Compromisso obrigava a COMBRASHOP a efetuar uma série de obras públicas, não contempladas no projeto original aprovado e fiscalizado pelos órgãos do município — obras que eram de sua responsabilidade, e não da COMBRASHOP.

O Termo de Compromisso não foi cumprido, e o município ajuizou uma ação de execução judicial, fundada em dívida ativa não tributária. Paralelamente, a COMBRASHOP ajuizou ação anulatória de ato jurídico que teria sido praticado mediante coação. A ação

⁹⁹⁸ OLIVEIRA, A *Dupla Crise da Pessoa Jurídica*, op. cit., p. 18.

⁹⁹⁹ VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, op. cit., p. 162.

anulatória foi julgada improcedente, e, por isso, a COMBRASHOP recorreu ao Tribunal de Justiça do Paraná, que deu provimento ao Recurso de Apelação interposto. Daí advém o Recurso Especial interposto pelo Ministério Público do Paraná, cujo objeto principal de discussão foi a (in)aplicabilidade da figura da coação às pessoas jurídicas.¹⁰⁰⁰

A tese do relator, a qual foi acolhida também pelos demais ministros, foi no sentido de que a pessoa jurídica é apresentada pelos seus órgãos diretivos, “a quem cabe a emissão da manifestação de vontade nos atos jurídicos *lato sensu* em que participa”. Reforça que a ameaça deverá ser dirigida ao “órgão da pessoa jurídica; e este é que poderá emitir uma manifestação de vontade viciada”.¹⁰⁰¹

Observe-se que, de acordo com o Min. Humberto Martins, a limitação sofrida pela manifestação de vontade de uma pessoa jurídica, além daquelas gerais impostas pela lei, é a prevista pelo seu estatuto. A partir disso, conclui que “o órgão diretivo da pessoa jurídica poderá ser vítima de coação, desde que essa refira-se (*sic*) a atos jurídicos contrários à finalidade daquela e à sua reputação”. Explique-se: se a finalidade perseguida pela pessoa jurídica ou se a sua reputação foi objeto de ameaça, a pessoa jurídica estará sob típica hipótese de coação, podendo emitir uma manifestação de vontade inválida. Conclui então o Relator: “Assim, em nome da percussão da finalidade estatutária e da reputação da pessoa jurídica, seu órgão diretivo poderá ser vítima de coação”.¹⁰⁰² Veja-se o voto-vista do Min. Herman Benjamin:

É verdade que o art. 98 do Código Civil (de 1916, vigente à época da celebração do Termo de Compromisso) alude, inclusive, a dano à família, o que, certamente, não se aplica à pessoa jurídica; assim como o artigo 99 do mesmo Código fala em sexo, idade, saúde e temperamento do paciente, o que, obviamente, não pode dizer respeito à pessoa jurídica. Todavia, os dirigentes ou representantes da pessoa jurídica, indubitavelmente, têm família, sexo, idade, saúde e temperamento. Se a pessoa jurídica tem vontade — o que parece indiscutível —, essa vontade pode igualmente (como a da pessoa natural) ser viciada por erro, dolo ou coação, a despeito de, para expressar essa vontade, necessitar ser representada por seu dirigente ou dirigentes, na forma do art. 17 do Código Civil, porém aos quais se aplicam todas as disposições dos referidos artigos 98 e 99 do Código Civil.¹⁰⁰³

¹⁰⁰⁰ Recurso Especial n° 237.583-PR (1999/0101162-0). Rel. Min. Humberto Martins, j. 17/12/2009.

¹⁰⁰¹ Ibid.

¹⁰⁰² Ibid.

¹⁰⁰³ Ibid.

Ainda no que tange à possibilidade de a coação ser aplicada também a pessoas jurídicas, destaque-se acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, de 1936, que tratava de discussão sobre novação realizada, sob alegada coação praticada durante a crise do ano de 1929, entre uma empresa e um banco. A decisão não anulou a novação realizada sob o argumento da coação, entretanto, não excluiu a possibilidade de ela ser aplicada a pessoas jurídicas, afirmando que, nesses casos, a sua prova deveria ser analisada com mais rigor. Veja-se o excerto: “Se essa prova deve ser rigorosa, porque a presunção é de que a vontade se externou livremente, claro é que maior deve ser o rigor em se tratando de uma pessoa jurídica, cujo orgam (*sic*), por todos os motivos, deve ser pessoa capaz de resistir a ameaças”.¹⁰⁰⁴

A fundamentação da possibilidade de a pessoa jurídica, quando sob ameaça à sua reputação ou à sua finalidade social, ser paciente de coação por meio de seu órgão diretivo encontra-se na “teoria da realidade técnica da pessoa jurídica”, que se opõe à teoria que a trata como uma ficção.

Outro aspecto que também possibilita uma aproximação entre a coação e a pessoa jurídica — e, por sua vez, a *economic duress* — é a forma de redação dos dispositivos do Código Civil que normatizam a coação. Neste sentido, quando o art. 151 do CC considera passível de proteção por meio da figura da coação os bens, está a expandir os seus limites para a proteção do patrimônio do coato.

Mais ainda, quando o artigo requer que para haver coação é necessário “fundado temor de dano iminente e considerável”, não determina quais tipos de ameaças estão aptas a ocasionar a coação, e, com isso, permite que variadas formas de pressão sejam aplicadas para causar no paciente o referido medo. Como foi dito acima, a ameaça pode ser de dano à vida ou à integridade física ou também ao patrimônio, e, quando estão os interesses patrimoniais em jogo, as mais sutis formas de pressão, muitas vezes até lícitas, mas que objetivam fins ilegítimos, podem levar tanto uma pessoa física quanto uma pessoa jurídica a realizar um negócio jurídico.

Em se tratando dos interesses patrimoniais de uma empresa, uma simples ameaça de rompimento contratual ou de não pagamento de uma dívida se determinado negócio não for celebrado ou modificado pode impactar na continuidade do negócio ou na credibilidade

¹⁰⁰⁴ Apelação Cível nº 22.296 do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Rel. Des. José Rabelo A. Valli, j. 12/07/1936. Revista dos Tribunais, São Paulo, nº 122, 1939, p. 525 e segs.

que a empresa possui no mercado. Diante de uma situação como essa, o administrador de uma empresa pode ceder à pressão para evitar o mal maior, aceitando realizar o negócio solicitado.

Não é passível de discussão o fato de que tanto as pessoas físicas quanto as pessoas jurídicas funcionam em dois planos: o patrimonial e o das relações extrapatrimoniais, ainda que este último seja limitado para as pessoas jurídicas. Também não se discute que as pessoas jurídicas possuem um patrimônio que é, inclusive, distinto do patrimônio dos seus membros, não podendo este patrimônio “coletivo” servir para pagar dívidas pessoais de um dos membros.¹⁰⁰⁵

Se as pessoas jurídicas manifestam o seu consentimento por meio de seus órgãos, constituídos, em última instância, por pessoas naturais, e se às pessoas jurídicas é permitida a participação em situações jurídicas patrimoniais, não há razão para que elas estejam excluídas do campo de aplicação da coação.

3.3.4.2. Paralelismo funcional entre a *economic duress* e a coação do direito civil brasileiro

Como apontado na introdução desta tese, nosso objetivo era demonstrar a possibilidade de se efetuar a recepção do modelo jurídico da *economic duress* no direito brasileiro, discutindo-se, para tanto, qual a melhor via para se realizar tal recepção. Importa lembrar que a proposta é de uma micro recepção, ou recepção parcial, isto é, apenas aquela figura é objeto da proposta de recepção. Alan Watson também admite a possibilidade de um “transplante de regras individuais ou de grande parte de um sistema legal”, considerando-as, inclusive, muito comuns.¹⁰⁰⁶ A recepção da *economic duress* trata, como vem sendo sustentado deste a introdução do trabalho, de micro recepção ou de um transplante de regra individual.

A figura a ser recepcionada não encontra paralelo formalmente definido, seja pela doutrina, seja pela jurisprudência, apesar de os problemas que busca resolver já estejam sendo revelados, ainda que de forma tímida, nos nossos tribunais. Daí a necessidade do estabelecimento de seus contornos em nosso sistema jurídico.

¹⁰⁰⁵ CARBONNIER, *Droit Civil*, op. cit., p. 725.

¹⁰⁰⁶ WATSON, Alan. *Legal Transplants: an approach to comparative law*. 2. ed. Athens: University of Georgia Press, 1993, p. 95.

Estando posto que a questão envolve um problema de micro recepção, o próximo passo é a demonstração de qual o critério utilizado para determinar que a coação nos parece ser a via mais adequada de recepção. Esse critério é a existência de paralelismo funcional entre a *economic duress* e a coação.

Cabe lembrar, conforme já foi discutido na primeira parte da tese, que um dos objetivos da *economic duress* é a tutela da *procedure fairness*, definida por P. S. Atiyah, que estende a preocupação da justiça contratual para além do resultado da transação (*substantive fairness*), defendendo que “ninguém deve permanecer com os frutos de uma negociação obtida por fraude ou por força”,¹⁰⁰⁷ pois “procedimentos, afinal, afetam os resultados, e é por essa razão que estamos interessados nos procedimentos” (de negociação de um contrato).¹⁰⁰⁸ Modernamente, o estudo da coação transcendeu as clássicas discussões acerca da *vis absoluta* e da *vis compulsiva* para a análise das pressões que são consideradas aceitáveis no tráfico negocial comercial e que, em sua maioria, fazem parte do jogo do processo obrigacional.

Este estudo busca, na realidade, o estabelecimento de parâmetros para o exercício jurídico obrigacional, especificamente no que se refere à utilização de ameaças como um mecanismo de convencimento da parte contrária, para a fazer realizar um negócio jurídico ou a sua modificação. Deve ser destacado que a prática de ameaças, estejam ou não aptas a caracterizar a coação, insere-se no contexto do exercício jurídico, regulado pelo Código Civil, especialmente em sua Parte Geral, que nada mais é do que a roupagem jurídica dada às ações humanas exteriorizadas em sociedade.

Como já anotavam Enneccerus e Nipperdey, “os direitos se exercitam desfrutando-os (usando-os), fazendo-os valer contra terceiros e dispondo deles”.¹⁰⁰⁹ A normatização do exercício de direitos forma um tecido amplo e complexo, passando por normas que tratam do exercício jurídico no tempo (prescrição e decadência), por terceiros (representação) e de acordo com os valores imanentes de determinado sistema jurídico (exercício inadmissível de posições jurídicas).

Assim é possível afirmar-se que tanto a coação quanto a *duress* buscam garantir a lisura do processo de negociação, a fim de se impedir que a força — mas não mais a física, e sim a econômica, por meio de ameaças de descumprimento contratual, de propositura de

¹⁰⁰⁷ ATYIAH, *Essays on Contract*, op. cit., p. 330.

¹⁰⁰⁸ *Ibid.*, p. 333.

¹⁰⁰⁹ ENNECCERUS & NIPPERDEY, *Derecho Civil: Parte General*, op. cit., p. 529-530.

ações judiciais, aos meios de subsistência do coato — seja a mola propulsora de um negócio jurídico, pois, num sistema jurídico no qual o exercício jurídico é regulado por regras e princípios que buscam, dentre outros valores, promover a eticidade, não é aceitável que um negócio jurídico seja assim obtido. E é justamente neste aspecto que se encontra o paralelismo funcional entre as figuras da *civil law* e da *common law*.

Antes de seguirmos para as possibilidades práticas de aplicação da coação econômica e do estabelecimento das regras que nortearão tal aplicação, é fundamental anotarmos o fato de que tal problemática não é desconhecida pelo Superior Tribunal de Justiça. Podem-se citar pelos menos dois Recursos Especiais julgados recentemente, em 2009 e em 2010, em que a temática de pressões de ordem econômica que teriam levado uma das partes a realizar um negócio esteve sob as luzes de tal tribunal.

No caso de 2009, já citado acima, o STJ reconheceu a possibilidade de a coação poder ser aplicada a pessoas jurídicas, tendo o Tribunal do Estado do Paraná reconhecido que a ameaça feita pelo município de Curitiba à empresa construtora do *shopping center* — de não autorizar a sua abertura às vésperas de sua inauguração — se constituiu em ameaça apta a caracterizar coação, sendo que tal ameaça era direcionada ao patrimônio e também à própria credibilidade da empresa no mercado. No outro exemplo, abaixo tratado, discutiu-se mais diretamente a natureza da pressão praticada no caso concreto.

Justificada a existência de paralelismo funcional entre a figura da coação no sistema jurídico brasileiro e a *economic duress* proveniente da *common law*, passa-se à análise de sua aplicação em território pátrio.

3.3.4.3. Aplicação da *economic duress* no direito brasileiro

Inicialmente, cabe lembrar os requisitos necessários para a configuração da *economic duress*: aplicação de pressão que se constitua em ameaça ilegítima, que deixa o paciente sem razoáveis alternativas, levando-o, em razão de tais circunstâncias, a celebrar um contrato ou a sua modificação. A desproporção entre as prestações não caracteriza um requisito propriamente dito, pois o objetivo da figura não é tutelar o equilíbrio entre as prestações, mas assegurar padrões mínimos de lealdade durante o processo de negociação, servindo como um elemento contextual de análise do negócio celebrado.

A questão envolve examinar se algumas formas de pressão utilizadas nas relações negociais comerciais estão em conformidade, ou não, com o sistema econômico e social vigente numa determinada comunidade. Propõe-se, portanto, que a verificação da coação econômica não passe pela análise da vontade do coato; isto é, se ela foi ou não abalada pela pressão imposta, conforme propõe a doutrina da *common law*, porque o consentimento daquele que age sob pressão é o mais genuíno possível, o coato realmente quer o negócio jurídico, para evitar o mal maior. Neste sentido, o cerne da coação econômica está nas razões que levaram o paciente a contratar, isto é, na ilegitimidade da pressão empregada para o forçar a praticar tal ato que o deixou sem razoáveis alternativas.¹⁰¹⁰

Trazendo-se tal contexto para a esfera econômica, a pressão apta a causar coação é aquela que deixa o coato “encurralado”, isto é, o uso de uma pressão ilegítima que deixa a parte sem razoáveis alternativas, sendo justamente a ausência de razoáveis alternativas o que causa no paciente o “temor de dano iminente e considerável” ao seu patrimônio, o que, em relações comerciais, pode ser um prejuízo ocasionado, por exemplo, pelo descumprimento de um contrato.

Esta é a proposição de Rick Bigwood, que entendemos também ser válida para uma ampliação da noção de coação no direito brasileiro, no sentido de se avaliar a vontade do coato como uma “vontade consciente injustificadamente compelida”, e não como uma “vontade severamente pressionada”.¹⁰¹¹

O foco da discussão acerca da possibilidade de ampliação da noção de coação no sistema jurídico brasileiro, a fim de que admita a coação econômica, deve ser a pressão que retirou da parte a liberdade plena de escolher entre contratar ou não. Neste sentido, o *Restatement of Contracts (2d)*, § 176, pode nos auxiliar com alguns padrões que tornam a ameaça ilegítima.

(1) A ameaça é imprópria se:

(a) o que é ameaçado é um crime ou um ato ilícito, ou se a ameaça propriamente for um crime ou um ato ilícito, se resulta na obtenção de propriedade, ou

(b) o que é ameaçado é uma ação criminal, ou

¹⁰¹⁰ ATYIAH, *Rise and fall of the contract*, op. cit., p. 436.

¹⁰¹¹ BIGWOOD, *Coercion in contract*, op. cit., p. 207.

- (c) o que é ameaçado é o uso de uma ação civil e a ameaça é feita de má-fé, ou
 - (d) a ameaça é uma quebra do dever de boa-fé e justa negociação, em um contrato com o receptor (da ameaça).
- (2) A ameaça é imprópria se o resultado da troca não é justo, e
- (a) o ato ameaçado traria dano ao receptor e não beneficiaria, significativamente, a parte que faz a ameaça,
 - (b) a efetividade da ameaça na indução da manifestação do consentimento é significativamente aumentada pela negociação injusta pela parte que faz a ameaça, ou
 - (c) o que é ameaçado é, por outro lado, o uso de poder para fins ilegítimos.¹⁰¹²

Parece-nos que o critério mais apropriado para o balizamento da ilegitimidade da ameaça praticada para o sistema jurídico brasileiro é o da quebra do dever de boa-fé e justa negociação, em razão de sua plena adaptabilidade ao problema em questão. Além disso, os critérios relacionados à ilicitude da própria ameaça ou do fim colimado já foram devidamente analisados quando do estudo da *economic duress* e possuem plena aplicabilidade ao sistema brasileiro.

Não é o nosso objetivo, no âmbito deste trabalho, percorrer todo o caminho já traçado por nossa doutrina e jurisprudência acerca da criação e do desenvolvimento do princípio da boa-fé objetiva.¹⁰¹³ Apesar disso, fundamental é a lembrança de construção conceitual elaborada acerca da boa-fé objetiva por Judith Martins-Costa:

Já por boa-fé objetiva se quer significar (...) modelo de conduta social, arquétipo ou *standard* jurídico, segundo o qual cada pessoa deve ajustar a própria conduta a esse arquétipo, obrando como obraria um homem reto: com honestidade, lealdade, probidade. Por este modelo objetivo de conduta levam-se em consideração os fatores concretos do caso, tais como o *status* pessoal e cultura dos envolvidos, não se admitindo uma aplicação mecânica do *standard*, de tipo meramente subsuntivo.¹⁰¹⁴

¹⁰¹² *Restatement of Contracts (2d)*, apud GOFF & JONES, **The Law of Restitution**, op. cit., p. 206, nota 18. Destaque-se que também o *Unidroit Principles*, para os contratos comerciais internacionais, permite a possibilidade de que uma ameaça “injustificada, iminente e séria, que deixa a outra parte sem razoáveis alternativas”, praticada para forçar a realização de um contrato, o invalide, nos termos do art. 3.9. Veja em CSERNE, *Duress in Contracts*, op. cit., p. 2.

¹⁰¹³ Ver MARTINS-COSTA, **A Boa-fé no Direito Privado**, op. cit., p. 411 e segs.

¹⁰¹⁴ *Ibid.*, p. 411.

Importa-nos a boa-fé enquanto padrão de conduta dos contratantes durante toda a vida do contrato, como uma “ordem normativa” situada num plano distinto das estipulações decorrentes da esfera de autonomia das partes que o “envolvem”. Disso decorre que, além dos deveres de prestação e dos deveres acessórios à prestação principal, devem as partes observar certos deveres de conduta ou deveres laterais.¹⁰¹⁵

O Código Civil determina, em seu art. 422, que as partes devem observar, tanto na formação do contrato quanto em sua execução, a probidade e a boa-fé. É justamente este aspecto da boa-fé objetiva que nos interessa para o espectro de nosso estudo, pela sua função criadora de deveres, os assim chamados “deveres anexos”, “laterais” ou “instrumentais”. Cuida-se aqui de regra que todos os membros da comunidade devem observar, considerando-se uma “linha de correção e probidade, tanto na constituição das relações entre eles quanto no desempenho das relações constituídas”.¹⁰¹⁶

Esses deveres que estabelecem padrões de conduta para as partes ao longo do desenvolvimento de uma relação negocial possuem “incidência escalonada”, isto é, a maior ou menor exigência para a conduta das partes será “graduada” de acordo com a natureza do vínculo.¹⁰¹⁷ Nas relações comerciais, em sua grande parte não esporádicas, é esperado das partes um alto padrão de comportamento, observados das condutas que decorrem da boa-fé.

A boa-fé remete-nos a “elementos que apontam para além da ordem jurídica, procedendo à respectiva incorporação nesta, como põe de manifesto o seu apelo para critérios do comportamento social correcto normalmente aceite”, sendo, por isso, o cerne da boa-fé enquanto regra de conduta o seu sentido “ético-jurídico”.¹⁰¹⁸

Está em causa um padrão de comportamento individual, a necessidade de uma conduta proba, honesta ou leal. Proceder de boa-fé apela a uma condução, no direito, de acordo com as determinações da recta consciência. É difícil sustentar que uma objetivação da norma do agir de boa-fé possa ir tão longe que apague completamente essa colaboração. O *civiler agere* — que pode apresentar-se como expressão-síntese das várias exigências de conduta que a boa-fé transmite — reclamará, se se quiser, aquilo que se

¹⁰¹⁵ CARNEIRO DA FRADA, **Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil**, op. cit., p. 432.

¹⁰¹⁶ COSTA, **Direito das Obrigações**, op. cit., p. 104.

¹⁰¹⁷ MARTINS-COSTA, Judith. Mercado e Solidariedade Social entre *Cosmos* e *Taxis*: A boa-fé nas relações de consumo. In: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). **A Reconstrução do Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 643.

¹⁰¹⁸ CARNEIRO DA FRADA, **Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil**, op. cit., p. 440, nota 451 e 447.

apresenta como razoável, équo ou justificado e, nesse sentido, “civilizado”, mas encontra-se ainda então impregnado por aquela tonalidade característica de ditame de “rectidão de procedimento” ínsita expressivamente na locução boa-fé. (...) Já se sabe que ela trata de resolver juridicamente conflitos entre sujeitos, segundo critérios partilháveis e intersubjectivamente vinculantes, e não de qualquer imposição de uma ética puramente pessoal.¹⁰¹⁹

Os deveres instrumentais caracterizam-se por “uma função auxiliar da realização positiva do fim contratual e de proteção à pessoa e aos bens da outra parte, contra riscos de danos”.¹⁰²⁰

Não é demais lembrar que tais deveres não decorrem da autonomia negocial das partes, mas da incidência do princípio da boa-fé objetiva em todas as relações negociais. Sua fonte é a boa-fé objetiva, sendo tais deveres, portanto, “avoluntaristas” e aplicáveis a todas as fases da relação obrigacional. Podem-se citar, exemplificativamente, os deveres de lealdade, de cuidado, de previdência e segurança, de aviso e esclarecimento, de informação, de consideração com os legítimos interesses do parceiro contratual, de proteção da pessoa e do patrimônio do *alter*, de abstenção de condutas que possam colocar em risco o programa contratual e de omissão e segredo.¹⁰²¹ Tais deveres dizem respeito ao “exato processamento da relação obrigacional, ou dizendo de outra maneira, à exata satisfação dos interesses globais envolvidos na relação obrigacional complexa”.¹⁰²²

A boa-fé enquanto norma de comportamento pode ser abordada por um “prisma positivo”, estabelecendo deveres de conduta como os citados acima, ou por um “prisma negativo”, isto é, como “regra de proibição (de exclusão de permissibilidade) de condutas contrárias à boa-fé”, esperando-se que as partes evitem comportamentos desonestos. Carneiro da Frada aponta algumas condutas que seriam contrárias à boa-fé: condutas que omitam cuidados que a outra parte deveria tomar para salvaguardar a integridade física e patrimonial do alter; que impeçam a outra parte de retirar os proveitos que a levaram a realizar o contrato; que lhe causem um dano sem ser para evitar um prejuízo próprio; que recusem alternativas menos gravosas para a outra parte sem interferir nos seus interesses legítimos; que manipulem circunstâncias das quais depende a execução do contrato ou que tenham sido decisivas na

¹⁰¹⁹ CARNEIRO DA FRADA, **Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil**, op. cit., p. 447-448.

¹⁰²⁰ MARTINS-COSTA, **A Boa-fé no Direito Privado**, op. cit., p. 440.

¹⁰²¹ MARTINS-COSTA, Mercado e Solidariedade Social entre *Cosmos* e *Taxis*, op. cit., p. 634-635.

¹⁰²² COSTA, **Direito das Obrigações**, op. cit., p. 66.

contratação.¹⁰²³ Também Almeida Costa defende essa diferenciação, pontuando que, pelo “ângulo positivo”, se deve agir com lealdade e, pelo “ângulo negativo”, não se deve agir com deslealdade.¹⁰²⁴

Assim, os deveres de lealdade são aqueles que obrigam as partes a não praticar atos, comissivos ou omissivos, durante a sua formação, execução ou mesmo após o cumprimento das prestações principais, que “venham a frustrar as expectativas corporificadas ao contrato ou nele legitimamente sustentadas”.¹⁰²⁵

É inegável que a boa-fé como regra de conduta tem um “conteúdo diversificado e aberto”, trazendo por vezes “ideia de proporcionalidade no exercício de posições relativas”, em outras oportunidades, “exigências de consideração para com interesses alheios”, “a coerência de comportamentos”, proibição de “condutas desonestas em prejuízo de outros”. Diante de tudo isso, percebe-se a incorporação de uma “pluralidade muito rica de valores suscetíveis de se articular com variável intensidade entre si”, constituindo-se, por isso, numa “realidade de conteúdo multipolar”.¹⁰²⁶

Parece-nos ser justamente por este viés que a boa-fé pode contribuir para a definição da ilegitimidade da proposta, ao impor o dever de lealdade que “obriga as partes a, na pendência contratual, se absterem de comportamentos que possam falsear o objetivo do negócio ou desequilibrar o jogo das prestações por elas consignado”.¹⁰²⁷ Esta concepção de dever de lealdade, que impede as partes de praticar condutas desonestas no curso da relação obrigacional, servirá como parâmetro para uma das situações mais complexas em termos de avaliação da *economic duress*, qual seja, determinar se a ameaça de descumprimento contratual pode ser considerada coerciva.

É possível, então, estabelecer dois principais grupos de casos em que as ameaças são praticadas na seara comercial: (i) ameaça de descumprimento do contrato em vigor caso uma alteração prejudicial ao coato não seja praticada e (ii) ameaça de não realização de contratos futuros. Uma outra forma de pressão usual na *common law* e também já devidamente tratada no direito brasileiro e, por isso, não desenvolvida nessa seara são as

¹⁰²³ CARNEIRO DA FRADA, **Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil**, op. cit., p. 444-445.

¹⁰²⁴ COSTA, **Direito das Obrigações**, op. cit., p. 104.

¹⁰²⁵ SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. **A boa-fé e a violação positiva do contrato**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 112.

¹⁰²⁶ CARNEIRO DA FRADA, **Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil**, op. cit., p. 445.

¹⁰²⁷ MENEZES CORDEIRO, **Da Boa-fé no Direito Civil**, op. cit., p. 606.

ameaças de ajuizamento de ação penal ou cível, quando desviadas de seu propósito original. Por isso, a atenção será direcionada às duas primeiras formas de ameaça.

Será abordado, inicialmente, o problema das modificações contratuais celebradas mediante a ameaça de descumprimento contratual, enquanto conduta desleal e, portanto, proibida pelo princípio da boa-fé objetiva, que, nessa esfera, nos auxilia como parâmetro para balizar se as ameaças perpetradas são meramente pressões comerciais aceitáveis no tráfego negocial ou se, de acordo com aquele princípio, podem ser consideradas pressões ilegítimas aptas a ocasionar a coação econômica, desde que o requisito da inexistência de razoáveis alternativas esteja também presente.

É notória a importância da adaptabilidade dos contratos ao longo da execução, sendo, além de saudável, permitido pelo princípio da autonomia que as partes modifiquem o contrato, principalmente aqueles contratos que se protraem no tempo e ficam suscetíveis aos efeitos de acontecimentos futuros. Sendo o contrato um instrumento de previsão para o futuro, com a passagem do tempo e as suas inexoráveis mudanças, deve ser permitida às partes uma oportunidade para a retomada da análise dos interesses em jogo.¹⁰²⁸

Em algumas oportunidades, o acordo modificativo, em princípio saudável para a manutenção da relação contratual, pode ocorrer em virtude de uma excessiva pressão impressa por uma das partes, direcionada contra os interesses econômicos da outra, mediante a ameaça de descumprimento contratual. Nem todas as ameaças de descumprimento contratual podem ser consideradas uma forma de coação econômica, principalmente naqueles casos em que ela não for oportunista e designar não propriamente uma ameaça, mas um aviso de que, nos termos vigentes, será impossível o cumprimento. Assim, a *economic duress* e também a coação econômica, cuja aplicação no Brasil é o que se propõe nesta tese, por meio de ameaça de modificação contratual, serão demonstradas pela prova de que uma parte ameaçou quebrar o acordo, sem uma causa legítima que justifique tal proposta.

Será coação econômica aquela ameaça de caráter oportunista e que viole os padrões de justa negociação, impostos pelo princípio da boa-fé, tanto no sistema da *common law*¹⁰²⁹ quanto no sistema jurídico brasileiro. Por isso, em razão de uma relação de confiança que se estabelece entre as partes quando da celebração de um contrato, “uma parte não tem o

¹⁰²⁸ HILLMAN, Policing Contract Modifications under the UCC, op. cit., p. 849.

¹⁰²⁹ SHAVELL, Steven. **Contracts, Holdup, and Legal Intervention**. Disponível em: <<http://www.nber.org/papers/w11284>>, acesso em: 19.02.2012, p. 14.

direito de quebrar ou de ameaçar quebrar um contrato meramente para obter concessões da outra parte”.¹⁰³⁰

Diante disso, a forma como se apresenta a “proposta” de modificação de um contrato é fundamental para se determinar se houve ou não coação. A presença de coação econômica pode ser vislumbrada pela utilização da técnica “pegar ou largar”, quando da proposição do acordo modificativo. Entretanto, esta afirmação não deve ser vista de forma absoluta, pois uma das partes pode estar apenas tentando renegociar o contrato, já que a sua manutenção nos termos iniciais ocasionaria a sua bancarrota, ou estar, de fato, objetivando lucro extra, quando então se caracterizaria a coação econômica. O que ocorre, normalmente, é que as propostas modificativas coercivas decorrem de contratos que se tornaram um “mau negócio”, e tal proposta se torna a solução possível para que o contrato possa tornar-se ou continuar vantajoso para uma das partes. Lembre-se: uma proposta modificativa, sob pena de descumprimento contratual, em princípio coerciva, somente irá caracterizar a coação econômica se deixar a outra parte sem razoáveis alternativas.¹⁰³¹

A ameaça de descumprimento contratual, se a modificação proposta por uma das partes não for aceita, pode decorrer também de uma impossibilidade de cumprimento do contrato. Neste caso, para que se caracterize a ilegitimidade da “proposta” feita, devem-se considerar as causas que levaram a parte a tal situação. Se a incapacidade de cumprimento foi decorrente de um fator superveniente não razoavelmente previsível, pode ser visto como legítimo o pedido de modificação contratual proposto. Entretanto, se a oferta de modificação contratual decorrente de incapacidade de cumprimento for proveniente de evento previsível, ainda que obedecendo aos padrões de honestidade, tal pedido não poderá ser considerado legítimo, pois a negligência de uma parte não pode ser imputada à outra.¹⁰³²

A ameaça de descumprimento apta a gerar a discussão sobre a existência de uma forma de pressão que ultrapasse os limites de um processo de justa negociação pode ser organizada, então, nos seguintes grupos de casos: (i) uma das partes é responsável pela alteração das circunstâncias; (ii) a alteração das circunstâncias não é imputável a nenhuma das partes, e uma delas tenta, por meio da modificação contratual proposta, transferir a suportaçã dos riscos que lhe cabiam à outra, ou tenta adquirir novas vantagens, isto é, vantagens que não estavam previstas no contrato e que, portanto, não poderia pleitear; e (iii) uma das partes

¹⁰³⁰ HILLMAN, Policing Contract Modifications under the UCC, op. cit., p. 894.

¹⁰³¹ Ibid., p. 895.

¹⁰³² Ibid., p. 896, e SHAVELL, **Contracts, Holdup, and Legal Intervention**, op. cit., p. 14.

deliberadamente explora a situação de vantagem que detém em relação ao outro contratante.¹⁰³³

Portanto, se há uma “relação de proporcionalidade entre a mudança das circunstâncias e a magnitude das modificações contratuais ocorridas, então a proposta de quebra sob aquelas circunstâncias não deveria ser considerada como uma ameaça ilegítima”.¹⁰³⁴

O segundo campo de aplicação da coação econômica na *common law* refere-se à ameaça de não realização de contratos futuros. A doutrina italiana discute se as ameaças, perpetradas na fase pré-contratual, de não celebrar o contrato se a outra parte não aceitar, literalmente, os termos como lhe estão sendo propostos podem constituir forma de coação. Giovanni D’Amico não considera haver um problema de coação, pois a capitulação deste tipo de situação, corriqueira nas tratativas de qualquer relação contratual, na categoria dos vícios do consentimento, seria extremamente perigosa. Este possível problema poderia encontrar guarida nos deveres de correção e de observância da boa-fé.¹⁰³⁵

Problemática pode ser a circunstância em que ameaças de não realização de contratos futuros são praticadas para se forçar uma modificação contratual. Parece-nos que, em princípio, tal ameaça poderia ser praticada, porque um dos atributos da autonomia negocial, justamente, é a possibilidade que as partes têm de decidir se querem ou não contratar e com quem desejam estabelecer os seus vínculos contratuais.¹⁰³⁶ É também sabido que a autonomia negocial não mais é entendida hoje de forma absoluta, sofrendo diversas limitações no ordenamento jurídico e no próprio Código Civil (a exemplo das normas sobre lesão e estado de perigo). Entretanto, em regra, a prática de ameaças de não realização de contratos futuros não constitui ameaça que possa ser causa de coação econômica.¹⁰³⁷

¹⁰³³ GLOVER, Developing a test for economic duress in the South African Law, op. cit., p. 294.

¹⁰³⁴ BIGWOOD, Coercion in contract, op. cit., p. 251.

¹⁰³⁵ D’AMICO, Violenza: Diritto Privato, op. cit., p. 871.

¹⁰³⁶ ROPPO, **O Contrato**, op. cit., p. 32.

¹⁰³⁷ No campo do direito da concorrência, a Lei n. 8.884/94, em seu art. 21, XIII e XIV, prevê práticas comerciais que poderão ser ilícitas se apresentarem potencialidade de dano à livre concorrência. O inciso XIII prevê ilicitude da recusa de venda de bens ou a prestação de serviços, dentro das condições de pagamento normais aos usos e costumes comerciais; e o XIV, a dificuldade ou o rompimento, a continuidade ou o desenvolvimento de relações comerciais de prazo indeterminado em razão de recusa da outra parte em se submeter a cláusulas e condições comerciais injustificáveis ou anticoncorrenciais. Nesse âmbito estas condutas podem ser consideradas ilícitas; entretanto, não havendo potencial lesivo para a concorrência, a ameaça de recusa a contratar assume um caráter de difícil controle. Ver SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. **Direito da Concorrência e Obrigação de Contratar**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 114, e FORGIONE, Paula A. **Os fundamentos do antitruste**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 146 e segs.

A discussão sobre a existência de pressão comercial como um elemento que pode transcender o nível da normalidade para vir a se caracterizar como coação econômica não é desconhecida dos tribunais brasileiros, embora não haja a construção teórica da figura da coação econômica. As duas decisões que serão abaixo tratadas constituem casos em que a pressão aplicada é, em si, lícita, sim, mas objetivam fins que talvez não o sejam.

O primeiro acórdão a ser tratado é o Recurso Especial nº 237.583-PR (1999/0101162-0). Rel. Min. Humberto Martins, j. 17/12/2009, cuja situação problema já foi descrita acima quando da discussão sobre a aplicabilidade da coação a pessoas jurídicas. O aspecto que neste momento merece ser destacado é o relativo, especificamente, ao reconhecimento de que uma pressão de ordem econômica está apta a gerar coação. De suma importância é o voto-vista do Min. Herman Benjamin, que reconhece, ainda que de modo não expresso, a prática de *economic duress*. Assevera o ministro que a possibilidade de o município exigir contrapartida daqueles que realizarão obras que interfiram no meio ambiente, no trânsito local ou na segurança da população está assegurada no Estatuto da Cidade e em diversos planos diretores. No caso concreto, considera existir coação, pois o município liberou a realização da obra e a fiscalizou, tendo exigido a realização das obras urbanas a duas semanas da inauguração do *shopping*. A COMBRASHOP, “temerosa pelos prejuízos causados pela não emissão dos alvarás e das licenças de funcionamento, teria firmado o acordo”.¹⁰³⁸

Embora sem mencionar, o STJ acolheu nesta situação concreta a *economic duress* prevista na *common law*, com todos os seus requisitos. Está presente a ilegitimidade da ameaça, caracterizada pelo momento inadequado para a exigência das obras, em princípio legítima, às vésperas da inauguração do empreendimento, sob pena de, em o acordo não sendo realizado, ser negado o Certificado de Vistoria e Conclusão da Obra ao empreendimento, além de ser também negado o Alvará de Localização e Funcionamento a muitos dos lojistas, que, até aquele momento, não o tinham recebido.

Tal ameaça deixou a COMBRASHOP sem razoáveis alternativas, pois a ameaça de não liberação das licenças necessárias à abertura do *shopping*, feita a duas semanas da inauguração, ocasionaria prejuízo ao próprio empreendimento, bem como a todos os investidores. Destaque-se que o tempo existente entre a ameaça perpetrada e a inauguração do shopping — duas semanas — inviabilizou a busca por amparo judicial para a resolução do

¹⁰³⁸ Recurso Especial nº 237.583-PR (1999/0101162-0). Rel. Min. Humberto Martins, j. 17/12/2009.

problema. Outro aspecto, não essencial para caracterização da *economic duress* mas que também está presente no caso em comento, é a existência de protesto durante a prática do ato ameaçado, bem como o curto lapso de tempo decorrido entre o ato praticado sob coação e a busca da tutela judicial.

Neste caso, houve um reconhecimento de que se tratou, sim, de uma pressão de ordem econômica — o prejuízo financeiro e à imagem do empreendimento, e também dos lojistas que já haviam efetuado investimentos no *shopping* —; uma pressão que ultrapassou o limite estabelecido pelos usos do tráfico, bem como pelo dever de lealdade imposto pela boa-fé objetiva, deixando o paciente sem razoáveis alternativas, senão optar pelo mal considerado menor, ou seja, assinar o acordo para evitar que o *shopping* fosse impedido de ser inaugurado (e todas as consequências que tal situação acarretaria).

Destaque-se que a ameaça praticada não observou o que Judith Martins-Costa designou de “vetor ‘lealdade’ e ‘consideração aos interesses alheios’”, dos quais “nascem as especiais cautelas de proteção para que, da relação jurídica em que estão co-envolvidos, não resultem danos injustos à pessoa e ao patrimônio da contraparte”.¹⁰³⁹

Tal violação aos padrões citados, impostos pela boa-fé objetiva (mesmo em relações entre a administração pública e particulares), ocorreu quando a administração pública do município de Curitiba, após acompanhar e autorizar todo o desenvolvimento da obra do *shopping*, às vésperas de sua inauguração, ameaçou impedi-la se obras públicas no entorno do empreendimento não fossem realizadas pela empresa. Neste caso, o que poderia ser a ameaça do exercício de um direito (pois a administração pública pode realizar tal tipo de pedido a entes privados, em determinadas circunstâncias) se tornou uma ameaça coerciva, pois a ameaça de exercício de tal direito, sob pena de não abertura do *shopping*, viola o dever de lealdade e de respeito às legítimas expectativas, tanto da empresa que promove o empreendimento quanto dos lojistas investidores, deixando-os sem razoáveis alternativas.

O outro acórdão em que a temática da coação econômica teve destaque foi no Recurso Especial nº 1.018.296, oriundo do estado de São Paulo. O caso envolvia as empresas Cargill e COMCITRUS, parceiras comerciais de longo período no fornecimento e processamento de laranjas.

¹⁰³⁹ MARTINS-COSTA, Judith. **Contratos de Derivativos Cambiais. Contratos Aleatórios. Abuso de Direito e Abusividade Contratual. Boa-fé objetiva. Dever de Informar e Ônus de Informar. Teoria da Imprevisão. Excessiva Onerosidade Superveniente.** Parecer. Inédito, p. 48.

A COMCITRUS atuava no mercado de laranjas desde 1987, e a partir de 1995 assinou um contrato de fornecimento de laranjas, com exclusividade, à Cargill, que se obrigava, em contrapartida, a processar a fruta, transformando-a em suco e outros derivados. O contrato continha uma cláusula que previa o seu término de forma escalonada, caso uma das partes decidisse denunciar o contrato, com a redução gradual do volume de frutas processadas, ao longo de três anos, cláusula esta denominada de *phase out*. Em 1999, ocorreu o distrato do contrato, momento coincidente com uma super safra de laranja.

A empresa produtora de laranjas considerou que o distrato foi celebrado por meio de coação e abuso do poder econômico, pois não havia previsão de indenização ou de qualquer outra forma de compensação pelo término do contrato. A produtora alegou que celebrou o referido distrato sob ameaça feita pela Cargill de que, caso ele não fosse aceito, passaria a comprar as frutas no mercado local, já pressionado pela super safra de laranjas, que já havia diminuído bastante o seu preço. Diante disso, foram dois os pedidos feitos pela COMCITRUS: anulação do distrato por ter sido celebrado mediante coação e pagamento de indenização pelas perdas e danos sofridos. Os pedidos foram acolhidos em primeira instância, porém não foram no Tribunal de Justiça de São Paulo nem no STJ.

Outro fato deve também ser suscitado: foi proposto pela Cargill aos produtores de laranja, na maioria sócios da COMCITRUS, a celebração de novo contrato para venda da laranja diretamente à Cargill, por um preço superior àquele praticado no mercado.

A negociação da realização do distrato foi feita mediante trocas de correspondências, onde as possibilidades oferecidas pela Cargill foram expostas: realização do distrato para posterior celebração de novos contratos diretamente com os produtores de laranja (sócios da COMCITRUS) ou início do término escalonado do contrato (cláusula *phase out*).

O cerne do problema está em se definir se a ameaça do exercício da denúncia do contrato com seu término escalonado se constitui em coação (de ordem econômica) ou em exercício regular de um direito, diante de um mercado da fruta pressionado por uma super safra e do tempo disponível até o seu amadurecimento, para que outros compradores fossem encontrados a um preço compatível. Entretanto, de acordo já com o acórdão proferido pelo Tribunal de São Paulo, esse risco não existia, pois, caso não ocorresse o distrato, o contrato entraria em *phase out*.

A realização do distrato, opção tomada pela COMCITRUS, veio acompanhada de realização de novo contrato da Cargill com os sócios da COMCITRUS, de fornecimento de laranjas a um preço superior ao praticado no mercado. Embora se alegue prejuízo à COMCITRUS, os seus sócios foram beneficiados com o novo contrato de fornecimento celebrado, a um preço superior ao praticado no mercado. Neste sentido aduziu a Min. Rel. Nancy Andrichi: “... a procedência do pedido indenizatório significaria onerar a recorrida (a Cargill) duplamente. Estaria ela obrigada a pagar o sobrepreço em relação ao valor da laranja adquirida dos sócios da recorrente e, além disso, estaria vinculada a um contrato cujo distrato era condição a esse sobrepreço”.¹⁰⁴⁰

Complementa a relatora que está na esfera da autonomia negocial das partes renegociar as cláusulas de um contrato e, no caso em comento, também a cláusula *phase out*, mediante a exposição de alternativas que cabiam a elas. Acentua que não houve coação, pois, “no contexto de crise, prenhe de pressões típicas do comércio, as quais os empresários estão ou deveriam estar acostumados”, a renegociação entabulada não teria ocorrido mediante coação.¹⁰⁴¹

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no acórdão do referido caso, afirma que a decisão tomada “resultou da conveniência da direção da empresa, após a sua análise e das projeções futuras”. E, por isso, se, no final, a decisão tomada se tornou desvantajosa para a COMCITRUS, não se poderia atribuir a responsabilidade pelo mau negócio a terceiros.

O Min. Sidnei Benetti também proferiu detalhado voto no caso em comento, entendendo ser difícil o reconhecimento da prática de coação em negócios jurídicos entabulados entre pessoas jurídicas. Fundamenta a sua posição afirmando que “as pressões e o *stress* nas relações contratuais negociais, sobretudo de longa duração, são intrínsecos à atividade empresarial”. Considera que o campo de aplicação mais comum da coação está na matéria sucessória, de família e em negócios jurídicos celebrados entre pessoas físicas.¹⁰⁴² Deve-se lembrar, entretanto, que já existe precedente desta corte, recente, admitindo a anulação de ato jurídico praticado por uma empresa, mediante coação. Demais disso, o Tribunal do Estado de São Paulo, nos anos 30, tendo como pano de fundo a chamada “Crise de 29”, também considerou possível que uma pessoa jurídica fosse paciente de coação, desde que cabalmente comprovado.

¹⁰⁴⁰ Recurso Especial nº 1.018.296-SP (2007/030021-2). Rel. Min. Nancy Andrichi, j. 18/05/2010.

¹⁰⁴¹ Ibid.

¹⁰⁴² Ibid.

Outro argumento de destaque para o referido ministro é o fato de não ter encontrado precedentes sobre a anulação de distratos celebrados mediante coação, considerando ser este um tipo de precedente “perigoso”, pois os distratos são, normalmente, cercados de “tensões da conjuntura fática”, que levam as partes a extinguir a relação jurídica.¹⁰⁴³

Este caso, apesar de não reconhecer a existência de coação econômica, também é muito importante para o desenvolvimento da temática no País, pois nos auxilia em um dos aspectos mais difíceis para a aplicação desta modalidade de coação: a diferenciação entre o exercício de um direito, mediante a prática de ameaça do seu exercício, e a efetiva coação. No caso em comento, o STJ entendeu que não houve coação, pois duas alternativas razoáveis foram propostas pela Cargill: o exercício do direito de denúncia do contrato mediante a aplicação da cláusula de *phase out* ou a realização de distrato com a consequente celebração de novos contratos individuais entre a Cargill e os sócios da COMCITRUS, que eram, na realidade, os próprios produtores de laranja.

Por fim, discutidos os elementos que possibilitam a aplicação da coação econômica no direito brasileiro por meio de uma ampliação da interpretação de tal figura, passa-se à síntese conclusiva.

¹⁰⁴³ Recurso Especial nº 1.018.296-SP (2007/030021-2). Rel. Min. Nancy Andrigli, j. 18/05/2010.

4. CONCLUSÃO

A presente tese teve como objetivo discutir a possibilidade de recepção no direito brasileiro de figura proveniente da *common law*: a *economic duress*.

Para tanto, na primeira parte, delinearão-se contornos das três principais formas de *duress* existentes no sistema da *common law* — desde a mais simples construção, a *physical duress*, até a sua formulação mais complexa: a *economic duress*.

A *physical duress* refere-se a situações em que uma das partes, valendo-se de sua superioridade física, manifesta a sua vontade utilizando a outra como um mero instrumento. Refere-se também àqueles casos em que uma ameaça contra a vida ou a integridade física da vítima ou de um ente querido é praticada para se obter a realização de um contrato ou a sua modificação, e a vítima tem de escolher entre dois males, entre duas alternativas não desejadas. Na primeira situação, a vítima age sem vontade; na segunda, voluntariamente, porém coagida.

A extensão da *duress* para a proteção do patrimônio ocorreu com o reconhecimento da *duress of goods*, que se caracteriza pela retenção ou pelo sequestro de bens para se obter de seu proprietário ou legítimo possuidor quantia indevida. Esse foi o primeiro passo para que, no século XX, alguns países pertencentes à família da *common law*, a exemplo dos Estados Unidos e da Inglaterra, passassem a discutir, em sua doutrina e em sua jurisprudência, a ilegitimidade de determinadas formas de pressão comercial utilizadas no tráfego negocial.

É incontroverso que, durante o processo de negociação de qualquer contrato, as partes ficam sujeitas aos mais diversos tipos de pressão, que fazem parte da vida social e econômica e são, inclusive, importantes para o desenvolvimento da economia capitalista. Apesar da compreensão de que um determinado patamar de ameaças ou de pressões é admissível no “jogo das negociações”, existe um limite além do qual as partes não podem prosseguir, sob pena de comprometer um certo grau de lisura e transparência necessárias para que o contrato celebrado não seja considerado anulável.

A figura responsável pela busca da manutenção de tal grau de transparência e ética no processo de negociação de um contrato é a *economic duress*, que serve à *procedure fairness*.

A partir dos anos 40, a *economic duress* foi tendo os seus contornos estabelecidos, ainda que de forma paulatina. Na realidade, até hoje, nos países da *common law* que a reconhecem, não há uma definição rígida de quais sejam os seus requisitos de conformação. De qualquer forma, a partir da leitura de autores americanos, ingleses, canadenses e australianos acerca da doutrina que tem a *economic duress* como tema, foi possível extrair os seus principais requisitos.

Para que se configure a *economic duress*, é preciso que haja uma ameaça que objetive influenciar o comportamento da outra parte, levando-se em conta, para tanto, o efeito que ela teve em suas opções, isto é, em sua tomada de decisão. Neste sentido, a ameaça de prejuízos econômicos, apta a causar *economic duress*, é aquela efetiva, que tenha sido o fator determinante ou substancial que levou o paciente a celebrar o contrato ou a sua modificação, mas não, necessariamente, o único fator que tenha contribuído na decisão. Além disso, a ameaça apta a gerar *economic duress* é aquela, em si, ilícita ou lícita, se o objetivo colimado é ilícito ou não possui relação com o contrato, ou é, em relação ao contrato, desproporcional. Importante critério para a aferição da ilegitimidade de ameaça, principalmente aquela de ameaça de descumprimento contratual, é a boa-fé objetiva, isto é, quando uma determinada ameaça constitui uma quebra de um dever de boa-fé e de justa negociação.

A doutrina mais recente que discute a questão da *duress* dispensa a demonstração de que a ameaça praticada tenha impedido a vítima de manifestar livremente o consentimento. Tal entendimento sustenta-se na superação da “*overborne will theory*”, que considerava essencial para a *duress* a prova de que a ameaça impediu a livre manifestação de vontade. Entretanto, havendo ameaça de graves prejuízos econômicos, em que o paciente se encontra diante de dois males e opta pelo menor, há verdadeiro e genuíno consentimento, isto é, “vontade consciente injustificadamente compelida”.¹⁰⁴⁴

É também necessário que a ameaça ilegítima praticada deixe a vítima sem razoáveis alternativas, em razão, por exemplo, da ineficiência do remédio jurisdicional disponível no caso e da exiguidade de tempo de que dispõe a vítima para buscar um outro

¹⁰⁴⁴ BIGWOOD, Coercion in contract, op. cit., 1996, p. 207.

parceiro que realize a prestação devida no tempo disponível para evitar, por exemplo, uma quebra do contrato.

Por fim, a desproporção entre as prestações verificadas no contrato ou a modificação contratual, originadas de uma ameaça, apesar de ser exigida no *Restatement of Contract (Second)*, acabou por ser um fator meramente contextual de análise da *economic duress*, pois o seu objetivo está relacionado com a garantia de um justo processo de negociação do contrato, e não do equilíbrio entre as prestações intercambiadas. Por isso, o desequilíbrio entre as prestações pode contribuir para a sua definição, não sendo, ao contrário, o seu elemento definidor.

Após a demonstração dos elementos que configuram a *economic duress*, foram examinadas as suas principais hipóteses de aplicação. A principal delas, por ser a mais comum no tráfego negocial, constitui a ameaça de descumprimento contratual.

Cabe destacar, *a priori*, as vantagens de um comportamento adaptativo das partes, em razão da impossibilidade prática e dos custos envolvidos num longo processo de negociação de um contrato. É saudável que as partes tenham oportunidade, se necessário, ao longo da contratação, de adequar o programa contratual às vicissitudes que podem influenciá-lo. Entretanto, se o processo de modificação de um contrato for ocasionado pela prática de *duress*, mediante a ameaça de que, se a alteração solicitada não for realizada, o contrato será descumprido, estaremos diante da situação de uma modificação contratual oportunista. Isto significa que há, no caso, exploração de uma parte pela outra.

Alguns cenários de solicitação de modificação contratual, construídos a partir de precedentes, podem ocasionar *duress*: (i) quando uma das partes é responsável por uma alteração das circunstâncias que motiva a ameaça de descumprimento; (ii) quando a alteração que gera a ameaça de descumprimento não é imputável às partes, mas uma das partes tenta, por meio da ameaça de descumprimento, promover a transferência da suportaçã dos riscos ou adquirir novas vantagens não previstas inicialmente; e (iii) quando uma das partes explora a outra, acreditando que a sua proposta de renegociação é legítima. Neste caso, a boa-fé (subjetiva) não exclui a ilegitimidade da pressão exercida.

Outras hipóteses também podem ser encontradas na discussão acerca da caracterização da *economic duress*, como a ameaça de não realização de contratos no futuro — hipótese ainda não aceita na *common law*, por ser considerada um exercício regular de um direito, inerente à liberdade contratual, ou seja, a possibilidade das partes de escolher se querem ou não contratar, com quem contratar ou quando contratar.

A ameaça de proposição de ação judicial pode também constituir *economic duress*, a partir da análise da boa ou má-fé do proponente da ação civil, bem como da utilização da ação para os fins a que ela se destina (principalmente a ação penal), e não para fins privados ou diversos.

Por fim, também a ameaça aos meios de subsistência da vítima vem sendo aceita como uma forma de *economic duress* nas relações trabalhistas.

Após a apresentação dos seus contornos, discutiram-se as três possíveis vias de recepção que pode ter a *economic duress* no direito brasileiro. As três figuras, em princípio, aptas a realizar tal recepção, foram selecionadas a partir da existência de alguma similitude que possam apresentar em termos de requisitos para a sua configuração e a sua funcionalidade.

O primeiro caminho analisado foi o da lesão, nos termos de sua previsão pelo art. 157 do Código Civil. Previamente à análise das similitudes e das diferenças entre a lesão e a *economic duress*, foram examinados os seus elementos conformadores, de ordem objetiva e subjetiva. O primeiro refere-se ao desequilíbrio entre as prestações no momento da contratação; o segundo, à inferioridade do contratante lesado, consubstanciado na sua inexperiência e no estado de necessidade em que se encontra.

A lesão não foi considerada a melhor via para a recepção da *economic duress*, principalmente pela racionalidade das duas figuras. A primeira tutela o princípio do equilíbrio, manifestação da justiça contratual e cuja maior preocupação é, justamente, a garantia de que as prestações intercambiadas num contrato sejam proporcionais, desde o momento de sua formação. Enquanto isso, a segunda tutela o processo de negociação de um contrato, direcionando o olhar mais para o seu procedimento do que para o seu conteúdo, apesar de a desproporção entre as prestações servir como elemento contextual, e não central para a análise da *economic duress*.

Outro aspecto que contribuiu para a exclusão da lesão como uma alternativa viável foi o entendimento encontrado na doutrina de que esta figura não é aplicável às relações comerciais, campo fértil de aplicação da *economic duress*.

O segundo caminho encontrado para a recepção da *economic duress* foi o do abuso do direito, enquanto ferramenta de controle do exercício de posições jurídicas. Inicialmente, realizou-se a demonstração das duas concepções admissíveis de abuso do direito, quais sejam, a subjetiva, relacionada à prática de ato emulativo; e a objetiva, relacionada ao exercício do direito, observando-se a sua finalidade econômica e social.

Foi também necessário o exame da influência que tais concepções acerca do abuso do direito tiveram nas codificações brasileiras de 1916 e de 2002. A atual codificação, por meio de seu art. 187, acolheu a concepção objetivada de abuso, estabelecendo como balizas para o exercício do direito a boa-fé os bons costumes e a sua função econômica e social.

A conexão entre a *economic duress*, isto é, a coação econômica, e o abuso do direito ocorre quando a ameaça é de exercício de direito. Isto ocorre por meio do próprio art. 153 do Código Civil, quando estabelece que não é coação a ameaça de exercício normal de direito.

O exercício jurídico é regulado pelo Código Civil, especialmente em sua Parte Geral, e principalmente pela figura do abuso no exercício de direitos, prevista no seu art. 187. Não se poderia, *a priori*, excluir da tutela do abuso do direito a prática de ameaças para se convencer uma das partes a celebrar ou alterar um negócio jurídico, pois, como foi demonstrado, há uma intensa conexão entre as figuras da coação e do abuso. No entanto, entendemos que a coação — enquanto exercício de uma ameaça (de um direito ou não) ilegítima para forçar uma das partes a celebrar um negócio jurídico ou alterar os seus termos — recebeu uma regulação específica do codificador, por meio da anulabilidade dos negócios jurídicos celebrados mediante coação.

Não há, por isso, necessidade de o intérprete recorrer ao abuso do direito para recepcionar a *economic duress*, forma de pressão de caráter econômico, que se compatibiliza, diretamente, com a figura da coação. O exercício jurídico de ameaças — apesar de poder estar, genericamente, sob o manto da proibição prevista no sistema jurídico brasileiro de prática de abuso durante o exercício de direitos — recebe tutela específica da figura da coação, enquanto defeito do negócio jurídico.

A última via possível para a recepção da *economic duress* no direito brasileiro resultou por ser a da própria coação. Para que esta análise fosse possível, buscou-se compreender a modelagem jurídica da coação no direito romano e nas principais codificações pertencentes à tradição romano-germânica, a saber: as codificações francesa, italiana e alemã. Além disso, procurou-se observar se tais codificações trataram, de alguma forma, da *economic duress*.

O foco da pesquisa foi, a seguir, direcionado para a modelagem jurídica da coação no direito brasileiro, a fim de se compreender quais os requisitos necessários para a sua configuração e como ocorre a sua aplicação pelos tribunais.

No que se refere à coação econômica, há a indicação, já prevista na codificação, de que a ameaça pode ser direcionada tanto à pessoa quanto ao patrimônio da vítima. Entretanto, na jurisprudência do STJ, foram observadas decisões sobre casos envolvendo tal temática.

Realizado o exame da coação no sistema jurídico brasileiro, passamos ao entendimento de que a *economic duress* poderia ser recepcionada pela própria coação. Esta posição fundamenta-se na existência de paralelismo funcional entre as duas figuras, isto é, ambas buscam tutelar a correção no processo de negociação de um contrato ou de sua modificação.

Um dos entraves para a recepção da *economic duress* pela via da coação seria o fato de que o seu campo de aplicação mais comum é o das relações comerciais, e existem questionamentos na doutrina e na jurisprudência brasileiras acerca da possibilidade de uma pessoa jurídica ser paciente de coação.

Cotejando-se a doutrina sobre a pessoa jurídica e aquela sobre a coação, pode-se concluir não haver incompatibilidade entre as duas, eis que todas as declarações de vontade exaradas por uma pessoa jurídica ocorrem por meio de seus órgãos diretivos, constituídos, em última instância, por pessoas naturais. Com base neste argumento, o STJ, em 2009, concluiu pela aplicabilidade da coação também às pessoas jurídicas.

Verificada a similitude de funcionalidade entre a *duress* e a coação, o cerne da questão da aplicação da *economic duress* volta-se para as razões que levaram o paciente a contratar, isto é, a ilegitimidade da pressão empregada para o forçar a praticar tal ato, que o deixou sem razoáveis alternativas, e não para as questões psicológicas a envolver o consentimento.

Neste sentido, a pressão apta a causar coação é aquela que deixa o coato “encurralado”, isto é, que deixa a parte sem razoáveis alternativas, sendo justamente a ausência de razoáveis alternativas o que causa, no paciente, o “temor de dano iminente e considerável” ao seu patrimônio — o que, em relações comerciais, pode ser um prejuízo ocasionado, por exemplo, pelo descumprimento de um contrato.

Esta é a proposição de Rick Bigwood, que entendemos também ser válida para uma ampliação da noção de coação no direito brasileiro, no sentido de se avaliar a vontade do

coato como uma “vontade consciente injustificadamente compelida”, e não como uma “vontade severamente pressionada”.¹⁰⁴⁵

Para que a *economic duress* seja aplicada no Brasil, através da coação enquanto defeito do negócio jurídico, por meio da abertura proporcionada pela redação do art. 151 do Código Civil, que protege das ameaças também o patrimônio da vítima, é fundamental que o foco do exame seja a ilegitimidade da ameaça perpetrada, que tenha deixado a vítima sem razoáveis alternativas — ameaça que ocasionou o prejuízo patrimonial caracterizador da *duress*.

Conclui-se que a *economic duress* pode ser recepcionada pelo direito brasileiro por meio da figura da própria coação, em razão da existência de paralelismo funcional entre ambas. A *economic duress* e a coação buscam, as duas, tutelar um justo processo de negociação de um negócio jurídico ou de sua modificação.

¹⁰⁴⁵ BIGWOOD, Coercion in contract, op. cit., p. 207.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABREU FILHO, José. **O Negócio Jurídico e sua Teoria Geral**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

ADIERS, Moacir. A suportação dos Riscos na compra e venda na visão do sinalagma funcional. **Jurídica**. Belo Horizonte, p. 253-290, out./nov. 1972.

AGUIAR JR., Ruy Rosado de. Cláusulas abusivas no Código do Consumidor. In: MARQUES, Cláudia Lima (Org.). **A proteção do consumidor no Brasil e no Mercosul**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1994.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011.

AMARAL NETO, Francisco dos Santos. **Introdução ao Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

AMERICANO, Jorge. **Do abuso do direito no exercício da demanda**. 2. ed. São Paulo: Saraiva & Cia., 1932.

ANDORNO, Luis O. La lesion. **Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial**. São Paulo, n. 18, p. 18-29, out./dez. 1981.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Livro V, 1132 a 1133b. Trad. Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2003.

ASCARELLI, Tullio. **Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado**. Campinas: Bookseller, 2001.

_____. **Studi di Diritto Comparato**. Milano: Giuffrè Editore, 1952.

ASCENSÃO, José de Oliveira. A desconstrução do abuso do direito. In: DELGADO, Mário Luiz & ALVES, Jones Figueiredo. **Questões Controvertidas no direito das obrigações e dos contratos**. v. 4. São Paulo: Método, 2005, p. 33-54.

ATYIAH, P. S. Duress and the overborne will again. **The Law Quarterly Review**. London, v. 99, p. 353-356, 1983.

_____. **Essays on Contract**. Oxford: Oxford University Press, 2001.

_____. **Rise and fall of the contract**. Oxford: Oxford University Press, 1979.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. A lesão como vício do negócio jurídico. A lesão entre comerciantes. Formalidades pré-contratuais. Proibição de *venire contra factum proprium* e ratificação de atos anuláveis. Resolução ou revisão por fatos supervenientes. Excessiva onerosidade, base do negócio e impossibilidade da prestação. In: **Estudos e Pareceres de Direito Privado**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 109-125.

_____. Interpretação do Contrato pelo exame da vontade contratual. O comportamento das partes posterior à celebração. Interpretação e efeitos do contrato conforme o princípio da boa-fé objetiva. Impossibilidade de *venire contra factum proprium* e de utilização de dois pesos e duas medidas (*tu quoque*). Efeitos do contrato e sinalagma. A assunção pelos contratantes de riscos específicos e a impossibilidade de fugir do “programa contratual” estabelecido. **Revista Forense**. Rio de Janeiro, n. 351, p. 275-283, jul./set., 2000.

_____. **Negócio jurídico e declaração negocial**. São Paulo: s.e. 1986.

BALDWIN, Diane M. & WHITESIDE, Francis B. **Introduction to contracts**. Dallas: Prentice Hall, 2000.

BAR-GRILL, Oren & BEM-SHAHAR, Omri. Credible Coercion. **Texas Law Review**. Austin, v. 83, n. 3, p. 717-780, fev. 2005.

BAUDRY-LACANTINERIE, G. & BARDE, L. **Trattato Teorico-Pratico di Diritto Civile: Delle Obbligazioni**. v. I. Milano: Dottor Francesco Vallardi, 1915.

BEATSON, Jack. Duress as a vitiating factor in contract. **Cambridge Law Journal**. Cambridge, v. 33, p. 97-115, 1974.

BECKER, Anelise. **Teoria Geral da Lesão nos Contratos**. São Paulo: Saraiva, 2000.

BETTI, Emilio. **Teoria Geral do Negócio Jurídico**. Trad. Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN Editora, 2003.

BEVILAQUA, Clovis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado**. 3. ed. t. I. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1927.

_____. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado**. t. I. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1917.

BIANCA, C. Massimo. **Diritto Civile: Il Contrato**. 2. ed. t. III. Milano: Giuffrè, 2000.

BIGWOOD, Rick. Coercion in contract: the theoretical constructs of duress. **University of Toronto Law Review**. Toronto, v. 46, p. 201-271, 1996.

_____. **Exploitative Contracts**. New York: Oxford University Press, 2003.

BLUM, Brian A. & BUSHAW, Amy C. **Contracts**. 4. ed. New York: Aspen Publishers, 2007.

_____. **Contracts, cases, discussion and problems**. New York: Aspen Publishers, 2003.

BOULOS, Daniel M. **Abuso do Direito no novo Código Civil**. São Paulo: Método, 2006.

BRITO, Rodrigo Toscano. Estado de perigo e lesão: entre a previsão de nulidade e a necessidade de equilíbrio nas relações contratuais. In: DELGADO, Mário Luiz & ALVES, Jones Figueirêdo (Coords.). **Questões controvertidas no novo Código Civil**. v. 4. São Paulo: Método, 2005, p. 55-74.

CACHAPUZ, Maria Claudia. **Intimidade e Vida Privada no Novo Código Civil Brasileiro: uma leitura orientada no Discurso Jurídico**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2006.

CANARIS, Claus-Wilhen. **O Pensamento Sistemático e o Conceito de Sistema na Ciência do Direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbeinkian, 1989.

CARBONNIER, Jean. **Droit Civil**. v. I. Paris: QUADRIGE/PUF, 2004.

_____. **Droit Civil**. v. II. Paris: QUADRIGE/PUF, 2004.

CARNEIRO DA FRADA, Manuel António de Castro Portugal. **Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil**. Coimbra: Almedina, 2007.

CARPENA, Heloísa. **Abuso do Direito nos Contratos de Consumo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____. O abuso do direito no Código de 2002: Relativização de direitos na ótica civil-constitucional. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). **A Parte Geral do Novo Código Civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 377-396.

CARVALHO DOS SANTOS, J. M. & DIAS, José de Aguiar. Coação. **Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro**. v. IX. Rio de Janeiro: Borsoi, 1947, p. 67-75.

CARVALHO DOS SANTOS, J. M. **Código Civil Brasileiro Interpretado: Parte Geral**. 7. ed. v. II. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1958.

CASSIM, Maleka Femida. *Medscheme Holding (PTY) Limited v Bhamjee: The Concept of Economic Duress*. **The South African Law Journal**. Cape Town, v. 122, p. 528-541, 2005.

CASTRO FILHO, José Olímpio de. **Abuso do Direito no Processo Civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1960.

CHAZAL, Jean-Pascal & GRIDEL, Jean-Pierre. Le consentement n'est pas vicié de violence par la seule dépendence économique inhérente au statut salarial. **Recueil Le Dalloz**. Paris, n. 23, p. 1860-1865, 2002.

CHAZAL, Jean-Pascal. Le contrainte économique: violence ou lésion? **Recueil Le Dalloz**. Paris, n. 43, p. 879-881, 2000.

COLIN, Ambroise & CAPITANT, H. **Cours Élémentaire de Droit Civil Français**. t. II. Paris: Dalloz, 1935.

COOTER, Robert & ULEN, Thomas. **Law and Economics**. 4. ed. Boston: Pearson-AddisonWesley, 2003.

COSTA, Mário Júlio de Almeida. **Direito das Obrigações**. 9. ed. Coimbra: Almedina, 2001.

COUTINHO DE ABREU, Jorge Manuel. **Do Abuso de Direito**. 2. tir. Coimbra: Almedina, 2006.

_____. **Do Abuso de Direito**. Coimbra: Almedina, 1999.

COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006.

CRISCUOLI, Giovanni. Violenza fisica e violenza morale. **Rivista di Diritto Civile**. Padova, parte I, p. 127-191, 1970.

CSERNE, Péter. Duress in Contracts: an economic analysis. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1498236>>. Acesso em: 16.05.2010.

D'AMICO, Giovanni. Violenza: Diritto Privato. In: **Enciclopedia del Diritto**. v. XLVI. Padova: Guiffirè, p. 858-880, 1995.

DADSON, Aleck. The Atlantic Baron: Consideration, Economic Duress and Coerced Bargains. **University of Toronto Faculty of Law Review**. Toronto, v. 38, p. 223-231, 1980.

DALZELL, John. Duress by economic pressure, I. In: GOLDBERG, Victor P. (Ed.) **Readings in the economics contract law**. New York: Cambridge University Press, 1993.

_____. Duress by economic pressure, II. **North Carolina Law Review**. Chapel Hill, v. 20, p. 341-386, 1941/1942.

DANTAS, San Tiago. **Programa de Direito Civil: Parte Geral**. 4. tir. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1979.

DAVID, René. **O Direito Inglês**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DAWSON, John P. Duress through civil litigation I. **Michigan Law Review**. Ann Arbor, v. 45, p. 571-598, 1947.

_____. Economic Duress — an essay in perspective. **Michigan Law Review**. Ann Arbor, v. 45, n. 3, p. 253-290, 1947.

DELGADO, José Augusto & GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel. **Comentários ao Código Civil Brasileiro: Dos Fatos Jurídicos**. v. 2. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

DEMOGUE, René. **Traité des Obligations en Général**. v. I. t. I. Paris: Librairie Arthur Rousseau, 1923.

DEMOLOMBE, G. **Traité des Contrats ou des Obligations Conventionnelles en Général**. v. 24. t. I. Paris: Tipografia Lahure, 1877.

DERNBURG, Arrigo. **Diritto delle Obligazioni**. Trad. Francesco Bernardino Cicala. Torino: Fratelli Bocca Editore, 1903.

DI MARCO, Carmen Gentile. Minaccia di far valere un diritto e annullabilità del contratto. **Rivista di Diritto Civile**. Padova, n. 5, p. 514-531, 1984.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

- EIRÓ, Pedro. **Do negócio usurário**. Coimbra: Almedina, 1990.
- ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. 9. ed. Trad. J. Baptista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.
- EPSTAIN, Richard A. Unconscionability: a critical reappraisal. In: BARNETT, Randy E. **Perspectives on Contract Law**. 3. ed. New York: Aspen Publishers, 2005, p. 355-365.
- ENNECCERUS, Ludwig & NIPPERDEY, Hans Carl. **Derecho Civil: Parte General**. Trad. Blas Pérez Gonzales e José Alguer. t. I. v. II. Barcelona: Bosch, 1935.
- ESPINOLA, Eduardo. **Systema do Direito Civil Brasileiro: Introdução e Parte Geral**. Salvador: Litho-Typ. e Encadernação Reis & C., 1908.
- FARNSWORTH, Edward Allan. **An introduction to the legal system of United States**. 3. ed. New York: Oceana, 1996.
- FLUME, Werner. **El Negocio Jurídico**. Trad. José María Miquel González e Esther Gómez Calle. 4. ed. Madrid: Fundación Cultural del Notariado, 1998.
- FORGIONE, Paula A. **Os fundamentos do antitruste**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- FRADERA, Véra Maria Jacob de. A boa-fé objetiva, uma noção presente no conceito alemão, brasileiro e japonês de contrato. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito — PPGD/UFRGS**. Porto Alegre, v. 1, n. 3, p. 125-140, 2003.
- _____. **Reflexões sobre a contribuição do direito comparado para a elaboração do direito comunitário**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.
- FRANTZ, Laura Coradini. **Revisão dos Contratos**. São Paulo: Saraiva, 2007.
- FREY, Martin A. & FREY, Phyllis Hurley. **Essentials of Contract Law**. Albany: Thomson Learning, 2001.
- FRIED, Charles. **Contract as Promise**. Cambridge: Harvard University Press, 1981.
- _____. **Contrato como Promessa**. Trad. Sérgio Duarte. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.
- GALGANO, Francesco. **El Negocio Jurídico**. Trad. Francisco de P. Blasco Gascó e Lorenzo Pratis Albentosa. Valencia: Tirant lo Blanch, 1992.
- GALT, Hugh Douglas. Economic duress: a rethinking after *Totem*. **Ucla-Alaska Law Review**. Los Angeles, v. 9, p. 197-218, 1979/1980.
- GATTI, Serafino. L'adeguatezza fra le prestazione nei contratti com prestazione corripettive. **Rivista del Diritto Commerciale**. Padova, gr. 4, n. 11-12, ano LXI, p. 424-463, nov./dez. 1963.
- GHESTIN, Jacques. L'utile et le juste dans les contrats. **Archives de Philosophie du Droit**. Paris, n. 26, p. 35-57, 1981.
- _____. **Traité de Droit Civil: Les Obligations**. Paris: L.G.D.J., 1988.

GIESEL, Grace M. A realistic proposal for the contract duress doctrine. **West Virginia Law Review**. Morgantown, v. 107, p. 443-498, 2005.

GIORGI, Giorgio. **Teoria delle Obbligazione nel Diritto Italiano Moderno**. v. IV. 7. ed. Firenze: Fratelli Cammelli, 1908.

GIRARD, Paul Frédéric. **Manuel élémentaire de droit romain**. 8. ed. Paris: Dalloz, 2003.

GLOVER, Graham. Developing a test for economic duress in the South African Law of Contract: a comparative perspective. **South African Law Journal**. Cape Town, v. 123, p. 285-314, 2006.

_____. The inducement of a contract by 'Duress of Goods' — A Reappraisal. **South African Mercantile Law Journal**. Cape Town, v. 18, p. 175-185, 2006.

GOFF, Robert & JONES, Gareth. **The Law of Restitution**. 3. ed. London: Sweet & Maxwell, 1986.

GORDLEY, James. Equality in Exchange. **California Law Review**. Berkeley, v. 69, p. 1587-1681, 1981.

GORLA, Gino. Intérêts et problèmes de la comparaison. **Revue Internationale de Droit Comparé**. Paris, v. 15, n. 1, p. 5-18, 1963.

HALE, Robert H. Bargaining, Duress and Economic Liberty. **Columbia Law Review**. New York, v. 43, 1943, p. 603-628.

HALSON, Roger. Opportunism, economic duress and contractual modifications. **The Law Quarterly Review**. London, v. 107, p. 649-678, 1991.

HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.

HILLMAN, Robert. Policing Contract Modifications under the UCC: Good Faith and the Doctrine of Economic Duress. **Iowa Law Review**. Iowa City, v. 64, p. 849-902, 1978/1979.

IONESCU, Octavian. Le problème de la Partie Introductive du Code Civil. **Revue Internationale de Droit Comparé**. Paris, v. 19, n. 3, p. 579-618, jul./set. 1967.

ITURRASPE, Jorge Mosset. **Interpretacion Economica de los Contratos: Justicia Contractual**. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni Editores, 1994.

JALUZOT, Béatrice. Méthodologie du Droit Comparé: bilan et prospective. **Revue Internationale de Droit Comparé**. Paris, v. 57, n. 1, p. 29-48, 2005.

JORGE, Fernando Pessoa. **Ensaio Sobre os Pressupostos da Responsabilidade Civil**. Coimbra: Almedina, 1999.

JOSSERAND, Louis. **L'abus des droits**. Paris: Librairie Nouvelle de Droit et de Jurisprudence, 1905.

_____. **L'Esprit des Droits et de leur Relativité**. 2. ed. Paris: Librairie Dalloz, 1939.

KELLEY, Patrick J. Economic duress after the demise of free will theory: a proposed tort analysis. **Iowa Law Review**. Iowa City, v. 53, n. 4, p. 892-924, 1968.

LARENZ, Karl. **Derecho Civil: Parte General**. Caracas: Editoriales de Derecho Reunidas, 1978.

_____. **Derecho de Obligaciones**. v. I. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1958.

_____. **Derecho Justo: Fundamentos de Etica Juridica**. Madrid: Civitas, 1993.

LAROMBIÈRE, M. L. **Théorie e Pratique des Obligations**. v. 1. Paris: A Durand, 1857.

LE GOFF, Jacques. **A bolsa e a vida**. Trad. Rogério Silveira Muoio. São Paulo: Brasiliense, 2004.

LEGRAND, Pierre & SAMUEL, Geoffrey. **Introduction au common law**. Paris: Éditions La Découverte, 2008.

LIMA, Alvino. Abuso de Direito. **Revista Forense**. São Paulo, v. 166, p. 25-51, 1956.

LOPEZ, Teresa Ancona. O estado de perigo como defeito do negócio jurídico. **Revista do Advogado**. São Paulo: AASP, v. 22, n. 68, p. 49-60, 2002.

LUNA, Everardo da Cunha. **Abuso de Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 1959.

MACARIO, Francesco. Abuso di Autonomia Negoziabile e Disciplina dei Contratti fra Imprese: verso una nuova clausola generale? **Rivista di Diritto Civile**. Padova, n. 6, p. 663-708, 2005.

MARC, Ancel. **Utilidades e Métodos do Direito Comparado**. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1980.

MARTINS, Pedro Baptista. **O abuso do direito e o Ato Ilícito**. 3. ed. Rio de Janeiro, 1997.

MARTINS-COSTA, Judith & BRANCO, Gerson Luiz Carlos. **Diretrizes Teóricas do Novo Código Civil Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2002.

MARTINS-COSTA, Judith. **A Boa-fé no Direito Privado: Sistema e Tópica no Processo Obrigacional**. 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. **Contratos de Derivativos Cambiais. Contratos Aleatórios. Abuso de Direito e Abusividade Contratual. Boa-fé objetiva. Dever de Informar e Ônus de Informar. Teoria da Imprevisão. Excessiva Onerosidade Superveniente**. Parecer. Inédito.

_____. Mercado e Solidariedade Social entre *Cosmos* e *Taxis*: A boa-fé nas relações de consumo. In: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). **A Reconstrução do Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 611-661.

_____. Os avatares do abuso de direito e os rumos indicados pela boa-fé. In: <<http://www.fd.ul.pt/Portals/0/Docs/Institutos/ICJ/LusCommune/CostaJudith.pdf>>. Acesso em: 28.05.2008.

MATHER, Henry. Contract modifications under duress. **South Carolina Law Review**. Columbia, v. 33, n. 4. p. 615-658, 1982.

MAYNZ, Charles. **Cours de Droit Roman**. t. II. 5. ed. Bruxelles: Bruylant-Christophe e Cia., 1891.

MAZEAUD, Henry; MAZEAUD, Léon & TUNC, André. **Traité Théorique et Pratique de la Responsabilité Civile Délictuelle et Contractuelle**. t. I. 5. ed. Paris: Montchrestien, 1957.

MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha. **Da Boa-fé no Direito Civil**. Coimbra: Almedina, 2002.

_____. **Litigância de Má-Fé, Abuso do Direito de Ação e Culpa “In Agendo”**. 2. ed. aum. e atual. Coimbra: Almedina, 2011.

_____. **Tratado de Direito Civil Português**. 2. ed. v. I. t. I. Coimbra: Almedina, 2000.

MESSINEO, Francesco. **Doctrina General del Contrato**. v. II. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1952.

MIRAGEM, Bruno Barbosa. **Ilicitude objetiva: proteção da confiança e limite ao exercício das prerrogativas jurídicas no direito privado**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

_____. Abuso de Direito: ilicitude objetiva no direito privado brasileiro. **Revista dos Tribunais**, v. 842, p. 11-44, dez. 2005.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil: Parte Geral**. v. 1. 39. ed. Atual. Cristina de Barros Monteiro França Pinto. São Paulo: Saraiva, 2003.

MORAES, Maria Amália Dias de. Do abuso de direito: alguns aspectos. **Revista da Procuradoria Geral do Estado do Rio Grande do Sul**. Porto Alegre, n. 42. v. 15, p. 11-26, 2000.

MOREIRA ALVES, José Carlos. **A Parte Geral do Projeto de Código Civil Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1986.

MUIR-WATT, Horatia. La fonction subversive de droit comparé. **Revue Internationale de Droit Comparé**. Paris, v. 52, n. 3, p. 503-527, 2000.

MURPHY, Cornelius. Economic Duress and Unequal Treaties. **Virginia Journal of International Law**. Charlottesville, v. 11, p. 51-69, 1970/1971.

NEGREIROS, Teresa. **Teoria do Contrato: novos paradigmas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

NEVES, José Roberto de Castro. Coação e Fraude contra Credores no Código Civil de 2002. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). **A Parte Geral do Novo Código Civil: Estudos na Perspectiva Civil-Constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 299-318.

NONATO, Orozimbo. **Da Coação como Defeito do Ato Jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 1957.

NORONHA, Fernando. **O Direito dos Contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual**. São Paulo: Saraiva, 1994.

NOZICK, Robert. **Anarchy, State and Utopia**. New York: Basic Books Inc., 1974.

OGILVIE, M. H. Economic duress in contract: departure, detour or dead-end? **Canadian Business Law Journal**. Toronto, n. 34, p. 194-230, 2001.

_____. Economic duress, inequality of bargaining power and threatened breach of contract. **McGill Law Journal**. Montreal, v. 26, p. 289-319, 1980/1981.

_____. Wrongfulness, rights and economic duress. **Ottawa Law Review**. Ottawa, v. 16, p. 1-33, 1984.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. **Teoria e Prática da Tutela Jurisdicional**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. **A Dupla Crise da Pessoa Jurídica**. São Paulo: Saraiva, 1979.

PATERSON & HOCKER. **Contracts voidables on the grounds of unconscionable conduct**. In: <<http://law.anu.edu.au/colin/Lectures/uncons.htm>>. Acesso em: 15.10.2005.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de Direito Civil: Introdução ao Direito Civil e Teoria Geral de Direito Civil**. v. I. 23. ed. Rev. e atual. Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

_____. **Lesão nos Contratos**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

PETIT, Eugène. **Tratado Elementar de Direito Romano**. Trad. Jorge Luís Custódio Porto. Campinas: Russell, 2003.

PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. **Abuso do direito nas relações contratuais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PIOLLET, Fabrice. **La Réception de la Violence Économique en Droit Comparé**. In: <www.freewebs.com/mja-paris2/MEMOIRES%202008/Violence%20.pdf>. Acesso em: 03.02.2012.

PLANIOL, Marcel. **Traité Élémentaire de Droit Civil**. v. 2. 2. ed. Paris: Librairie Cotillon, 1902.

PONTES DE MIRANDA, Francisco. **Comentários ao Código de Processo Civil**. v. I. Rio de Janeiro: Forense, 1947.

_____. **Tratado de Direito Privado**. 2. ed. v. IV. Rio de Janeiro: Borsóí, 1959.

_____. **Tratado de Direito Privado**. 3. ed. t. LVI. São Paulo: RT, 1984.

_____. **Tratado de Direito Privado**. 4. ed. t. II. São Paulo: RT, 1983.

_____. **Tratado de Direito Privado**. 4. ed. t. IV. São Paulo: RT, 1983.

- POSNER, Richard. **Economic Analysis of Law**. 6. ed. New York: Aspen Publishers, 2003.
- POTHIER, Robert Joseph. **Tratado das Obrigações**. Trad. Adrian Sotero de Witt Batista e Douglas Dias Ferreira. Campinas: Servanda, 2001.
- RAFFERTY, Nicholas & ENGLAND, Geoffrey. Contractual variations: consideration and duress. **Osgood Hall Law Journal**. Toronto, v. 18, n. 4, p. 627-638, 1980.
- RAFFERTY, Nicholas. The element of wrongful pressure in a finding of duress. **Alberta Law Review**. Alberta, v. 18, p. 431-457, 1980.
- RANIERI, Filippo. Bonne foi et exercice du droit dans la tradition du civil law. **Revue Internationale de Droit Comparé**. Paris, n. 4, p. 1055-1092, 1998.
- REALE, Miguel. Exposição de Motivos do Anteprojeto de Código Civil. In: **Código Civil: Anteprojeto**. v. 5. t. I. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 1989.
- _____. **Fontes e Modelos do Direito: Para um novo paradigma hermenêutico**. São Paulo: Saraiva, 2002.
- _____. **O projeto de Novo Código Civil: Situação após aprovação no Senado Federal**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- RIPERT, Georges. **A regra moral das obrigações civis**. Campinas: Bookseller, 2002.
- _____. **A Regra Moral nas Obrigações Civis**. Trad. Osório de Oliveira. São Paulo: Saraiva e Cia., 1937.
- RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil: Parte Geral**. v. 1. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.
- _____. **Dos Defeitos dos Atos Jurídicos: Da Coação**. v. 2. São Paulo: Max Limonad, 1962.
- ROPPO, Enzo. **O Contrato**. Coimbra: Almedina, 1988.
- RUGGIERO, Roberto de. **Instituições de Direito Civil: Introdução e Parte Geral e Direito das Pessoas**. v. I. Trad. Ary dos Santos. São Paulo: Saraiva, 1935.
- SÁ, Fernando Augusto Cunha de. **Abuso de Direito**. Coimbra: Almedina, 2005.
- SACCO, Rodolfo. **Introdução ao Direito Comparado**. Trad. Véra Jacob de Fradera. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. **Direito da Concorrência e Obrigação de Contratar**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.
- SCHREIBER, Anderson. **A Proibição do Comportamento Contraditório: a tutela da confiança e o *venire contra factum proprium***. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.
- SCHWATKA, Gladys L. Contracts: restitution and rescission — economic duress and business compulsion in California. **California Law Review**. Berkeley, v. 40, p. 425-429, 1952.

SÈROUSSI, Roland. **Introdução ao direito inglês e norte-americano**. Trad. Renata Maria Parreira Cordeiro. São Paulo: Landy, 2001.

SHAVELL, Steven. **Contracts, Holdup, and Legal Intervention**. Disponível em: <<http://www.nber.org/papers/w11284>>. Acesso em: 19.02.2012.

SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. **A boa-fé e a violação positiva do contrato**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SILVA, Luís Renato Ferreira da. A lesão enorme e o Direito brasileiro. In: MEDEIROS, Antonio Paulo Cachapuz de (Org.). **Faculdade de Direito na PUCRS: O Ensino Jurídico no Limiar do Novo Século**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1997, p. 90-108.

_____. **Revisão dos Contratos: Do Código Civil ao Código de Defesa do Consumidor**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

SMITH, Stephen A. **Contract Theory**. Oxford: Oxford University Press, 2004.

_____. Contracting under pressure: a theory of duress. **Cambridge Law Journal**. Cambridge, v. 56, p. 343-373, 1997.

SOARES, Guido Fernando Silva. **Common Law: Introdução ao Direito dos EUA**. 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

STANZIONE, Pasquale. Considérations sur les méthodes du droit compare. **Revue Internationale du Droit Comparé**. Paris, v. 25, n. 4, p. 873-885, 1973.

STARCK, Boris; ROLAND, Henri & BOYER, Laurent. **Obligations**. 4. ed. Paris: Libraire de la Cour de Cassation, 1993.

STEWART, Andrew. Economic duress — legal regulation of commercial pressure. **Melbourne University Law Review**. Melbourne, v. 14, p. 410-441, 1983/1984.

STEWART, Hamish. A Formal Approach to Contractual Duress. **University of Toronto Law Journal**. Toronto, v. 47, n. 2, p. 175-262, 1997.

SUTTON, R. J. Duress by Threatened Breach of Contract. **McGill Law Journal**. Montreal, v. 20, p. 554-586, 1974.

TAN, Daniel. Grounds of economic duress — further clarification or further confusion? **Singapore Journal of Legal Studies**. Singapore, p. 268-279, 2001.

TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. **Código Civil: Esboço**. Brasília: Ministério da Justiça e Fundação Universidade de Brasília, 1983.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena & MORAES, Maria Celina Bodin de. **Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República**. v. I. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

TERRÉ, François; SIMLER, Philippe & LEQUETTE, Yves. **Droit Civil: Les Obligations**. 8. ed. Paris: Dalloz, 2002.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Comentários ao Novo Código Civil**. v. III. t. I e II. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

_____. Dos defeitos do negócio jurídico no novo código civil: fraude, estado de perigo e lesão. **Revista Forense**. Rio de Janeiro: Forense, v. 98, n. 364, p. 163-179, nov./dez. 2002.

TREBILCOCK, Michael J. **The limits of freedom of contract**. Cambridge: Harvard University Press, 1997.

TUHR, Andreas Von. **Derecho Civil: Teoría General del Derecho Civil Alemán**. Trad. Tito Ravá. Madrid: Marcial Pons, 2005.

VARELA, João de Matos Antunes. **Das Obrigações em Geral**. 7. ed., v. I. Coimbra: Almedina, 1991.

VASCONCELOS, Pedro Pais de. **Teoria Geral do Direito Civil**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2010.

VIRGO, Graham. **The Principles of the Law of the Restitution**. 2. ed. New York: Oxford University Press, 2006.

WATSON, Alan. **Legal Transplants: an approach to comparative law**. 2. ed. Athens: University of Georgia Press, 1993.

WATTS, R. C. Economic duress, and its use in avoiding a release agreement. **South Texas Law Journal**. Houston, v. 12, p. 92-111, 1971.

WERTHEIMER, Alan. **Coercion**. Princeton: Princeton University Press, 2010.

WESTEN, Peter. “Freedom” and “Coercion” — virtue words and vice words. **Duke Law Journal**. Durham, v. 1985, p. 541-592, 1985.

WINDER, W. H. D. Undue influence and coercion. **The Modern Law Review**. London, v. 3, n. 2, p. 97-120, 1939.

WINDSCHEID, Bernardo. **Diritto delle Pandette**. v. I. Trad. Carlo Fadda e Paolo Emilio Bensa. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1902.

ZIMMERMANN, Reinhard. **The Law of Obligations: Roman Foundations of Civilian Tradition**. Oxford: Clarendon Press, 1996.

ZITSCHER, Harriet Christiane. **Introdução ao Direito Civil Alemão e Inglês**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.