

CONSIDERAÇÕES SOBRE O PRINCÍPIO DO DUPLO EFEITO E O ESTADO DE PERIGO NO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO.

*Daniel Nunes Pêcego*¹ - UFRRJ e Instituto *Aquinate*

Resumo: O artigo procura definir o princípio do duplo efeito, criticando uma posição proporcionalista. Em seguida, aplica essas considerações a uma decisão judicial envolvendo a figura do estado de perigo tal como prevista no Código Civil brasileiro.

Palavras-chave: Ética, Direito Civil, Princípio do Duplo Efeito, Estado de perigo.

Abstract: The paper searches to define the principle of the Double Effect, criticizing a proportionalist position. After this, it applies these considerations on a judicial decision that evolves the figure of the State of Danger as established in the Brazilian Civil Code.

Keywords: Ethics, Civil Law, Double Effect Principle, State of danger.

INTRODUÇÃO

O presente artigo trata da configuração jurídica do Estado de Perigo, tal como previsto no artigo 156 e parágrafo único do Código Civil brasileiro, perquirindo acerca de sua natureza como causa de anulabilidade dos negócios jurídicos. Ultrapassa, porém, a doutrina civilista, uma vez que se utiliza de um tópico próprio da Filosofia Moral² - o assim chamado Princípio do Duplo Efeito – o qual é eventualmente considerado pelo Direito. Como elemento prático dessa análise se considerará uma decisão do *Superior Tribunal de Justiça* (STJ)³ que versa sobre o Estado de Perigo.

O problema a ser discutido é o da possibilidade de se enquadrar a conduta da outra parte que não a em perigo como voluntária indireta, o que

¹ Daniel Nunes Pêcego é Mestre e doutorando em Direito pela *Faculdade de Direito da UERJ*, Especialista em Filosofia Medieval pela *Faculdade de São Bento do Rio de Janeiro*, Professor Assistente do *Curso de Direito da UFRRJ* e membro fundador do Instituto *Aquinate*. O autor agradece ao Professor Fabiano Gomes pelas sempre oportunas críticas e sugestões, convicto de que somente um grande e inteligente amigo as poderia fazer com tanta liberdade e acuidade.

² Os termos “Ética” e “Moral” têm a mesma origem etimológica: “costume” tanto em grego quanto em latim. Com o passar do tempo, foram se definindo respectivamente como ciência filosófica e ética de origem religiosa. Atualmente, voltam a ser entendidos como sinônimos, embora alguns autores reservem o termo “Ética” para a teoria e “Moral” para a prática. Cf. FERNÁNDEZ, A. *Moral Fundamental*. Lisboa: Diel, 2004, pp. 38-9. No presente trabalho serão consideradas como sinônimas.

³ Recurso Especial n. 918.392-RN/2007.0011.488-6.

afastaria a má-fé e a consequente reprovação do Direito sobre esse ato, ao menos do ponto de vista daquele agente. Assim, concretamente, pretende-se saber se a decisão proferida pelo STJ poderia ter reconhecido eventualmente a incidência do Princípio do Duplo Efeito sobre a conduta da parte que não em perigo.

Este trabalho, portanto, parte de um ponto de vista diferente daquele que normalmente se observa no tratamento da matéria, uma vez que afirma uma conexão entre o campo da Filosofia Moral e o da Dogmática Jurídica, especialmente a civilista. Parte-se, além disso, do pressuposto de que não é cabível abandonar a ligação entre a Teoria da Ação e a Teoria da Culpa, mesmo em se observando mais recentemente uma sucessiva redução da conexão entre a ação, o dano e o elemento volitivo⁴.

O artigo se desenvolverá a partir de uma breve análise da decisão proferida pelo STJ, seguindo-se um tópico tratando do Princípio do Duplo Efeito e outro do Estado de Perigo. Na conclusão, utilizando-se dos elementos do referido acórdão, será respondida a questão acerca de um

⁴ Neste ponto cabe uma longa citação do Professor Caio Mário que trata da objetivação da responsabilidade, da manutenção da noção de culpa e, ainda, de fundamentos éticos para soluções jurídicas. Assim, “a jurisprudência, em todos os países, tem alargado a ideia de culpa e estendido o princípio da responsabilidade civil onde não se pode encontrá-la em sentido estrito. Criou a noção de culpa presumida, dando maior consideração à vítima do que ao autor do dano. Chegou a admitir a existência de culpa em situações nas quais falta o pressuposto da conduta antijurídica. (...) definem a regra da existência de responsabilidade sempre que alguém causa dano a outrem, em razão do dever geral de não prejudicar. (...). Foi sob a inspiração de ideias que têm seguido esta linha de orientação que nasceu a chamada teoria da responsabilidade objetiva. Em verdade, a culpa, como fundamento da responsabilidade civil, é insuficiente, pois deixa sem reparação danos sofridos por pessoas que não conseguem provar a falta do agente. O que importa é a causalidade entre o mal sofrido e o fato causador, por influxo do princípio segundo o qual toda pessoa que cause a outra um dano está sujeita a sua reparação, sem necessidade de se cogitar do problema da imputabilidade do evento à culpa do agente. O *fundamento ético da doutrina* está na caracterização da injustiça intrínseca, que encontra os seus extremos definidores em face da diminuição de um patrimônio pelo fato do titular de outro patrimônio. (...). No campo objetivista situa-se a teoria do risco proclamando ser de melhor justiça que todo aquele que disponha de um conforto oferecido pelo progresso ou que realize um empreendimento portador de utilidade ou prazer deve suportar os riscos a que exponha os outros. Cada um deve sofrer o risco de seus atos, sem cogitação da ideia de culpa e, portanto, o fundamento da responsabilidade civil objetiva desloca-se da noção de culpa para a ideia de risco. (...). *A teoria não substitui a culpa*, porém deve viver ao seu lado. (...) É preciso, sem dúvida, fixar a *causa da responsabilidade, que deve residir em um fundamento ético de apuração direta ou indireta*. (...). *A teoria da culpa, no Código Civil, continua a ser fundamental na definição da responsabilidade civil*, com os alargamentos que a jurisprudência lhe tem trazido”. Cf. PEREIRA, C. M. *Instituições de Direito Civil*. Vol. 1: Introdução ao Direito Civil. Teoria Geral de Direito Civil. 22 ed. Atualização de Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Forense, 2008, pp. 662-4 (grifou-se). No mesmo sentido, também Cf. AMARAL, F. *Direito Civil: Introdução*. 7 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, pp. 588-9.

possível enquadramento da conduta da parte que não em perigo sob o Princípio do Duplo Efeito e quais seriam os eventuais efeitos disso.

1. A DECISÃO DO STJ: RESUMO E ANÁLISE⁵

No Recurso Especial n. 918.392-RN/2007.0011.488-6, julgado pela Terceira Turma do STJ e relatado pela Ministra Nancy Andrighi, foi apreciada demanda que tratava da validade da assinatura do Termo de Compromisso para adaptação de contrato de assistência médico-hospitalar. O autor do recurso se submeteu à referida adaptação a fim de realizar o procedimento de angioplastia para implantação dos dispositivos médicos “*stent*” e “*filtro distal*”. A disputa centrava-se sobre as consequências jurídicas daquilo que se passou durante o ato cirúrgico.

O contrato de plano de saúde foi firmado no ano de 1993, ou seja, antes da Lei 9.656/98, que veio regulamentar o exercício das operações de planos de saúde. Esta lei, como se sabe, concede aos segurados a opção de migrarem para um plano novo, com novas mensalidades e maior cobertura, tendo o apelante optado por continuar com seu plano antigo.

Em 11 de setembro de 2003, o autor submeteu-se a uma angioplastia, quando lhe foi comunicado que era urgente a implantação de “*stent*” e “*filtro de proteção distal*” e que tais dispositivos não estavam cobertos pelo plano de saúde contratado. Celebraram, então, um termo aditivo ao contrato de plano de saúde. O autor alegou que o termo aditivo foi assinado em evidente Estado de Perigo, tal como preconizado pelo artigo 156 do Código Civil. Pleiteou, ainda, o ressarcimento por danos morais sofridos, com base nos artigos 186 e 927 do Código Civil. Vale registrar que o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte não reconheceu o alegado Estado de Perigo, decisão contra a qual se insurgia o autor.

A posição do voto da relatora, ratificada unanimemente pelos demais juízes que funcionavam no caso, foi no sentido de se reconhecer o Estado de Perigo, anulando o contrato e determinando a indenização por danos morais.

Seguindo a dinâmica da decisão mais de perto, tem-se o seguinte: Tratando da figura do Estado de Perigo, afirma a Relatora que para reconhecê-lo são necessários três requisitos: a “necessidade de salvar-se, ou a pessoa de sua família”; o dolo de aproveitamento da outra parte (“grave dano conhecido pela outra parte”) e assunção de “obrigação excessivamente onerosa”. Os dois primeiros pressupostos seriam facilmente encontrados no caso em tela. O paciente encontrava-se com sua saúde e vida em risco e o Plano de Saúde sabia de tal circunstância. Restava saber se a dívida assumida

⁵ REsp 918.392-RN. 2007.0011.488-6. Terceira Turma. STJ. Relatora Ministra Nancy Andrighi. Data de julgamento: 11/03/2008. Disponível em https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200700114886&dt_publicacao=01/04/2008.

era onerosa ou não. Aqui, a parte mais complexa, a qual merece ser literalmente citada:

O primeiro cuidado diz respeito à natureza do contrato sob análise. O contrato de plano de saúde, bem como os demais contratos de seguro, insere-se na categoria dos contratos aleatórios, pois é possível, ao menos no plano teórico, que um consumidor específico jamais venha a se utilizar dos serviços de saúde colocados à sua disposição, sem que isso, por si só, configure qualquer inadimplemento ou enriquecimento sem causa. Torna-se, dessa forma, complexo reconhecer qualquer equivalência ou proporção entre as prestações mensais pagas em pecúnia pelo consumidor e a contra-prestação oferecida pelo operador do plano de saúde. Complexidade não significa, entretanto, impossibilidade. Parafraseando a lição de Antônio Junqueira de Azevedo, que defende a aplicação de instituto similar, a lesão, para contratos aleatórios, poderíamos dizer, *mutatis mutandis*, que o risco assumido no contrato aleatório diz respeito à execução da prestação e, por isso, é posterior ao contrato, mas o estado de perigo se configura no momento da contratação. Ademais, *“basta refletir para o contrato de seguro e imaginar que todas as seguradoras cobrem '10X', ou valor próximo, para garantir determinados riscos, e uma delas, aproveitando da inexperiência de um segurado, venha a cobrar '100X', para a mesma finalidade (...)”* (Negócio jurídico e declaração negocial. Saraiva: São Paulo, 1986, p. 204). De forma similar, parte considerável da doutrina considera o estado de perigo aplicável até mesmo aos contratos unilaterais. Humberto Theodoro Junior afirma, por exemplo, que *“do ponto de vista objetivo, o contrato para ter-se como anulável deverá representar, para a vítima, a assunção de 'obrigação excessivamente onerosa'. Aqui já não se pode limitar, tal como na lesão, ao desequilíbrio de prestações do contrato bilateral (comutativo), pois o estado de necessidade pode conduzir também a negócios unilaterais viciados em que a prestação assumida seja unicamente da vítima (remissão de dívida, promessa de recompensa, doação, cessão gratuita, renúncia de direitos, etc, e até testamento)”* (Comentários ao Novo Código Civil. Coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: Forense, 2006, pp. 210-211).

A Relatora, portanto, reconhece a possibilidade de incidência do estado de necessidade em contratos aleatórios, como os de seguro, mas precisava se certificar se, no caso concreto, houve onerosidade excessiva. Segundo ela, *“o negócio jurídico celebrado com paciente enfermo não é, por si, só anulável. Para que se configure a anulabilidade por estado de perigo, devem estar reunidos certos requisitos subjetivos (necessidade de salvar-se e dolo de aproveitamento) e objetivos (onerosidade excessiva)”*.

Faltava, portanto, constatar a presença do requisito objetivo, a assunção de obrigação excessivamente onerosa. Esta poderia se dar se tivesse ocorrido a cobrança de um valor superior ao preço de mercado de planos equivalentes ao ofertado, se o valor fosse demasiado levando-se em conta as possibilidades econômicas do recorrente ou se o contrato anterior já assegurasse o paciente

contra o risco da cirurgia pela qual passou, tendo o mesmo sido levado a contratar nova apólice desnecessariamente.

Segundo a Relatora,

embora nenhuma onerosidade excessiva tenha sido reconhecida pelo Tribunal de origem, pode-se constatar, pela simples análise estrutura jurídica do negócio, os prejuízos impostos aos recorrentes. Mesmo antes do advento da Lei 9.656/98, a jurisprudência consolidada nesta Corte vem indicando, com base na boa-fé objetiva, que não é legítimo impor ao segurado a realização de determinado procedimento cirúrgico que lhe assegure apenas meia saúde, de forma que ele continue ainda parcialmente convalescente. Limita-se o exercício do inadmissível de posições jurídicas e que, se levadas à cabo, frustrariam a própria finalidade do contrato. Por isso, o STJ decidiu reiteradas vezes que *“o plano de saúde pode estabelecer quais doenças estão sendo cobertas, mas não que tipo de tratamento está alcançado para a respectiva cura (...). A abusividade da cláusula reside exatamente nesse preciso aspecto, qual seja, não pode o paciente, em razão de cláusula limitativa, ser impedido de receber tratamento com o método mais moderno disponível no momento em que instalada a doença coberta”* (REsp 668.216/SP, Terceira Turma, Rel. Min. Menezes Direito, DJ 02.04.2007). (...). Já se asseverou, ademais, que *“é abusiva a cláusula contratual que exclui de cobertura a colocação de stent, quando este é necessário ao bom êxito do procedimento cirúrgico coberto pelo plano de saúde”* (REsp 896.247/RJ, Terceira Turma, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJ 18.12.2006).

Assim, conclui o voto afirmando que

Estando claro que a recusa da recorrida em conferir cobertura securitária aos recorrentes, para indenizar-lhes o valor de próteses necessárias ao restabelecimento de sua saúde, é prática considerada abusiva mesmo para contratos celebrados anteriormente à Lei 9.656/98, a única conclusão possível é a de que os autores não precisariam ter assinado aditivo contratual para auferir os benefícios que obtiveram. Configura-se, assim, a onerosidade excessiva, pois, embora seu contrato anterior os assegurasse contra o risco da cirurgia, os autores foram levados a contratar nova apólice desnecessariamente.

2. O PRINCÍPIO DO DUPLO EFEITO.

2.1. APROXIMAÇÕES AO TEMA.

A moralidade é uma qualidade exclusiva do agir humano, pois somente o homem tem o poder de atingir ou não seu fim último - ao qual está

inclinado por seu desejo natural de felicidade⁶ - através de seus atos. Sendo assim, pode-se afirmar, “os atos humanos são atos morais, porque exprimem e decidem a bondade ou malícia do homem que realiza aqueles atos”⁷.

O ato humano se caracteriza fundamentalmente por ser livre, ou seja, praticado com liberdade, a capacidade da vontade de se dirigir por si mesma ao bem que a razão lhe apresenta. A vida moral do homem possui um evidente caráter teleológico, porém, a ordenação ao fim último não é uma dimensão subjetivista, que dependa apenas da intenção, mas pressupõe que os atos sejam em si ordenáveis a tal fim. A bondade ou malícia do ato moral, portanto, não pode ser julgada apenas porque destinada a alcançar este ou aquele objetivo ou simplesmente porque a intenção do agente era boa. Se o objeto da ação concreta não estiver em consonância com o verdadeiro bem da pessoa, a escolha da ação torna a vontade e o agente moralmente maus⁸.

Como aludido mais acima, a liberdade supõe o conhecimento intelectual do bem e permite o domínio sobre os atos. Assim, pode-se afirmar que o ato humano procede da inteligência - que indica o bem - e da vontade (apetite intelectual) - que se inclina para ele⁹. Logo, a moralidade dos atos é definida pela relação da liberdade do homem com o seu autêntico bem¹⁰.

Mais especificamente, a qualificação moral do livre agir humano depende e é assegurada por quais elementos? Aqui se insere o problema das chamadas fontes da moralidade. O elemento primário e decisivo para o juízo moral é o objeto do ato humano, o qual decide sobre a ordenabilidade ou não ao bem e ao fim último. Esta ordenabilidade é identificada pela razão no ser do próprio homem, considerado em sua verdade integral, em suas inclinações naturais, dinamismos e finalidades, ou seja, no conteúdo da lei natural¹¹. Disso se seguem duas conclusões: há atos que são intrinsecamente maus e as circunstâncias e intenções jamais poderão tornar este ato intrinsecamente mau em um ato subjetivamente bom ou possível enquanto uma opção¹². Além disso, a intenção será boa somente quando visa o verdadeiro bem da pessoa na perspectiva de seu fim último. Sem essa visão resta impossível afirmar uma ordem moral objetiva e estabelecer qualquer norma determinada¹³.

⁶ Cf. ARISTÓTELES. *Ética a Nicômacos*. Tradução de Mário da Gama Kury. 4 ed. Brasília: UNB, [2001], *Lib* 1, 1095a. Daí por que esse modelo de Filosofia Moral pode ser chamado eudemônico (de *eudaimonia*, “felicidade” em grego). Se for considerado pela perspectiva dos meios a serem praticados para alcançar a felicidade, a referência será à “Ética das virtudes”.

⁷ Cf. JOÃO PAULO PP. II. *O Esplendor da Verdade: Carta Encíclica Veritatis Splendor* do Sumo Pontífice João Paulo II a todos os bispos da Igreja Católica sobre questões fundamentais do ensinamento moral da Igreja, de 06 de agosto de 1993. 9 ed. São Paulo: Paulinas, 2009, n. 71, p. 113.

⁸ *Ibidem*, nn. 72 e 73, pp. 115 e 116.

⁹ Cf. LUÑO, A. R. *Ética*. 5 ed. Pamplona: EUNSA, 1991, pp. 109-12.

¹⁰ Cf. JOÃO PAULO PP. II. *Op. cit.*, n. 72, p. 113.

¹¹ *Ibidem*, nn. 74 e 79, pp. 117 e 126

¹² *Ibidem*, nn. 81, p. 129.

¹³ *Ibidem*, nn. 82, p. 129.

Para que a ação humana seja moralmente imputável é necessário que seja realizada com consciência, vontade e liberdade, com o que o seu sujeito pode ser considerado verdadeiro autor daqueles atos¹⁴. A imputabilidade de uma ação deve sempre se referir ao sujeito que a realiza todas as vezes que for querida por si mesma (voluntária em si). Ao contrário, quando se trata de um efeito bom, a imputabilidade dos efeitos que resultam de uma ação não desejada em si, mas somente em causa (voluntária em causa), nunca se refere ao sujeito que a realiza¹⁵.

2.2. CONCEITUAÇÃO DO PRINCÍPIO DO DUPLO EFEITO.

O Princípio do Duplo Efeito é tema atinente à Filosofia Moral e resulta da discussão doutrinária sobre a temática da legítima defesa segundo se encontra exposta em Tomás de Aquino, tendo sido desenvolvida sobretudo entre os anos de 1575 e 1630. O primeiro a explicitamente formular tal princípio, ao que tudo indica, foi João de Santo Tomás, comentador do Aquinate¹⁶. Na obra tomasiana¹⁷ só se encontrariam as linhas gerais aplicadas à legítima defesa, mas não a formulação mais completa do princípio¹⁸, desenvolvida pela moral casuística que pretendeu estabelecer regras para a resolução de problemas frequentes da vida moral e que foi tema de críticas

¹⁴ No campo da responsabilidade jurídica, porém, como se aludiu acima, observa-se um movimento de valorização de aspectos puramente objetivos para se configurar a imputabilidade, prescindindo do elemento volitivo. Basta pensar, mais uma vez, na Responsabilidade Civil Objetiva, independente de culpa, estabelecida pelo parágrafo único do artigo 927 do Código Civil; no artigo 14, *caput* do Código de Defesa do Consumidor e na Constituição da República, em seu artigo 21, inciso XXIII, alínea “d”.

¹⁵ Cf. GRECO, T. DEL. *Teologia Moral*. São Paulo: Paulinas, 1959, pp. 40-1 e FERNÁNDEZ, A. *Teologia Moral. Vol. I: Moral Fundamental*. 3 ed. Burgos: *Facultad de Teología del Norte de España*, 1999, p. 485. Não deve causar estranheza a citação de uma obra de Teologia Moral ao se tratar de Filosofia Moral. Em primeiro lugar, ainda que sejam conhecimentos diferentes, não pode haver nenhuma contradição entre eles, se ambos forem produzidos corretamente. Além disso, no campo moral, tanto a Filosofia quanto a Teologia estudam o mesmo objeto material – os atos humanos – ainda que de perspectivas diferenciadas. A Filosofia se fundamenta apenas na razão natural. A Teologia trabalha com dados revelados, mas é verdadeira ciência, que se utiliza da razão para conhecer melhor esses dados e deles extrair o máximo possível de conclusões. Cf. GRECO, T. DEL. *Op. cit.*, pp. 23-4 e FERNÁNDEZ, A. *Op. cit.*, 2004, pp. 28-30.

¹⁶ Cf. ABBÀ, G. *Quale impostazione per la filosofia morale?* Roma: LAS, 1996, p. 186 e FERNÁNDEZ, A. *Op. cit.*, 1999, p. 492. Sobre João de São Tomás, Cf. SILVA, P. O. *João de São Tomás e o seu clássico Cursus Philosophicus thomisticus (1589-1644)*. Portal *Aquinate*. Tomistas. João de São Tomás. In <http://www.aquinate.net/portal/Tomismo/Tomistas/tomistas-joao-s-tomas.htm>, acesso em 06 de fevereiro de 2010.

¹⁷ Alguns autores defendem uma diferenciação entre os termos “tomista”, referindo-se a obras de comentadores e seguidores em geral de Tomás de Aquino, e “tomasiano”, quando se trata de obras do próprio Aquinate.

¹⁸ Cf. ABBÀ, G., *loc. cit.*

tanto na Modernidade quanto mais recentemente. Basicamente, a disputa se dava sobre um acento na intenção com que se produzia o ato ou no elemento objetivo do bem que se alcançava ou do mal que se seguia¹⁹.

No artigo 07 da questão 64 da II-II da *Suma Teológica*, Tomás de Aquino se pergunta acerca da licitude de matar a outrem para se defender, concluindo que nada impede que um mesmo ato tenha dois efeitos, dos quais apenas um esteja na intenção do agente, estando o outro fora dela, sendo meramente accidental. Do ato de quem se defende podem resultar dois efeitos: um, a conservação da própria vida, e, outro, a morte do agressor. O ato de visar a conservação da própria vida é bom e lícito, pois é natural buscar a conservação da própria vida, desde que de modo proporcional ao fim (daí a necessidade de se empregar a violência na medida certa)²⁰. A morte do agressor - ao contrário - não foi diretamente desejada pelo agente e tampouco foi meio para obter o fim bom, mas apenas uma sua consequência. Não se pode, portanto, falar aqui de homicídio.

Sendo assim, o também chamado ato voluntário indireto se dá quando, ao praticar uma ação, além do efeito diretamente procurado, se segue outro, adicional, não pretendido, mas que apenas se tolera por vir unido ao primeiro. Portanto, é um ato do qual se seguem um efeito bom e outro mau, daí a expressão “duplo efeito”. Deve-se ressaltar de que não se trata de um ato com fim duplo, ou seja, não um duplo fim e sim um duplo efeito²¹.

Há, portanto, ocasiões, em que, sob certas condições, será lícito praticar atos dos quais se seguirá um efeito mau (voluntário indireto) de um efeito bom (voluntário direto, diretamente desejado). As condições para a licitude desse ato – a serem explicitadas abaixo - são: (1) Que a ação da qual se segue o efeito ruim seja boa em si mesma ou pelo menos indiferente; (2) que o efeito imediato, o primeiro que se produz, seja o bom efeito, e o mau não seja mais do que consequência necessária; (3) que a pessoa tenha como propósito o fim bom, ou seja, o bom efeito, e não o mau, somente tolerado; e (4) que exista um motivo proporcionalmente grave para se admitir o efeito mau²². Passando-se a seguir a explicitar o conteúdo dessas condições, segundo a perspectiva adotada, tem-se o seguinte.

*Que a ação da qual se segue o efeito ruim seja boa em si mesma ou pelo menos indiferente*²³: Portanto, não será jamais lícito praticar ações más²⁴, ainda que

¹⁹ *Ibidem*, pp. 491 e 492. Sempre se deve se precaver contra os exageros de uma moral meramente casuística, porém, de qualquer modo, a origem doutrinária da discussão não invalida os seus possíveis benefícios quando o sujeito se vê frente a situações que requerem um critério de atuação. Isso é particularmente importante em campos como o Direito e a Medicina. Cf. FERNÁNDEZ, A. *Op. cit.*, 2004, pp. 126-7.

²⁰ Cf. TOMÁS DE AQUINO. *STh* II-II, q. 64, a. 7, r.

²¹ Cf. SADA R. ET MONROY, A. *Curso de Teologia Moral*. Lisboa: Rei dos Livros, 1992, p. 27.

²² *Ibidem*, pp. 27-8; FERNÁNDEZ, A. *Op. cit.*, 1999, p. 485 e PRÜMMER, D. M. *Manuale Theologiae Moralis secundum S. Thomae Aquinatis*. Tomo I. 11 ed. Friburgo: Herder, 1953, pp. 45-6.

²³ “*Actio in se bona aut saltem indifferens*”. *Ibidem*, p. 46.

atingissem efeitos ótimos, uma vez que os fins não justificam os meios, não sendo permitido fazer o mal (como mentir ou jurar em falso²⁵, por exemplo) mesmo que para dele se obtenha um bem.

Para saber se uma ação é boa ou indiferente deve-se olhar primeiramente para o *finis operis*, o fim ao qual o ato tende por sua própria natureza, dele inseparável; é o efeito necessário do ato. É diferente do *finis operantis*, que é o fim a que o sujeito se propõe, subjetivo e separável do ato mesmo. Por exemplo, o *finis operis* do estudo é aprender, mas o *finis operantis* pode ser a ambição, a vaidade ou o lucro.

*Que o efeito imediato, o primeiro que se produz, seja o bom efeito, e o mau não seja mais do que consequência necessária*²⁶: Isso se deduz do princípio anterior. É necessário que o bom efeito derive diretamente da ação, e não do efeito mau. De outro modo, o efeito mau seria desejado como meio e se faria um mal para se obter um bem²⁷. Trata-se, na verdade, de um efeito que fica fora da decisão da vontade e, conseqüentemente, não pertence ao âmbito moral. O que diretamente se exclui é que o efeito bom seja a causa do efeito mau.

*Que a pessoa tenha como propósito o fim bom, ou seja, o bom efeito, e não o mau, somente tolerado*²⁸: Se o fim visado fosse o mau, a ação seria imoral, uma vez que

²⁴ Para saber se o ato é bom ou mau é necessário perquirir de seu objeto, fim e circunstâncias. São eles os elementos essenciais dos quais o ato humano tira a sua bondade ou maldade. O objeto dá ao ato a sua moralidade primária e específica, não devendo, no entanto, ser tomado no seu conteúdo material, mas na sua relação moral. As circunstâncias podem exercer influência sobre a moralidade do ato, ou tornando em matéria leve aquilo que em virtude do objeto é grave ou ajuntando uma malícia diversa ou nova ao objeto, ou ainda agravando ou diminuindo a sua malícia. Os principais tipos de circunstâncias morais que afetam os atos humanos são: “quem atua (*quis*); qualidade e quantidade do objeto produzido (*quid*); lugar da ação (*ubi*); meios empregados (*quibus auxiliis*); modo moral em que se realiza a ação (*quomodo*); quantidade e qualidade do tempo (*quando*) e motivo pelo que se realiza o ato (*cur*). O fim é o que o agente quer obter por meio da ação realizada. O fim do agente se denomina *finis operantis*, para distingui-lo do objeto moral ou *finis operis*, e é o objeto imediato do ato de vontade chamado intenção. Se do objeto moral depende que o ato seja ordenável ou não ao fim último, da intenção depende que o ato se ordene efetivamente ou não ao referido fim Cf. GRECO, T. DEL. *Op. cit.*, pp. 56-7. Cf. também Luño, A. R. *Op. cit.*, pp. 118-9.

²⁵ Sobre as considerações sobre a mentira, sua classificação (danosa, ofensiva, jocosa), malícia, restrição mental em sentido estrito e lato e questões afins, Cf. GRECO, T. DEL. *Op. cit.*, pp. 388-90.

²⁶ *Effectus immediatus bonus*. Cf. PRÜMMER, D. M. *Op. cit.*, p. 46.

²⁷ Cf. GRECO, T. DEL. *Op. cit.*, p. 42.

²⁸ *Finis honestus*. Cf. PRÜMMER, D. M. *Op. cit.*, p. 46. Obviamente que para o juízo da conduta de outrem se recai na dificuldade de se julgar intenções. Humanamente falando, apenas o próprio agente terá condições de julgar com maior certeza do propósito com que atuou ou está para atuar. Os demais deverão se contentar com a avaliação de elementos que se exteriorizaram para poderem concluir algo. Isso, porém, não deve causar receios. Na Direito Penal, por exemplo, a linha tênue que diferencia o dolo eventual da culpa consciente nos delitos de trânsito – em ambos os casos o agente se portou de modo a assumir o risco de produzir o resultado, mas no primeiro caso, houve consentimento no

a intenção era má. O fim mau é apenas tolerado, dada a impossibilidade de separá-lo do bom. Tampouco é lícito objetivar ambos os efeitos, mas apenas o bom. O efeito secundário é não intencional, ou seja, é consequência de uma ação cujo conteúdo intencional-objetivo é bom e cuja realização, em determinadas circunstâncias, está ordenada pela razão²⁹.

*Que exista um motivo proporcionadamente grave para se admitir o efeito mau*³⁰: Isso porque o efeito mau, ainda que apenas tolerado, por inseparável do efeito bom – este sim pretendido – é materialmente mau³¹, moralmente desonesto, só sendo permitido tolerá-lo se para isso houver causa proporcionada. Para a ponderação devem ser consideradas a gravidade do efeito mau, a urgência de se produzir a ação que produz os dois efeitos; a obrigação de se obter o efeito bom e, por último, a relação mais ou menos direta, de causa e efeito, que existe entre o autor e a consequência má que se segue.

Assim é que, concluindo-se, é possível afirmar que, no caso de um ato voluntário indireto, não realizar a ação poderia hipoteticamente ser uma omissão ilícita e, por conseguinte, constituir uma injustiça, pelo que se estaria obrigado a realizá-la³², também no caso de que não se chegasse a produzir a consequência má (ou se não se tivesse previsto sua produção). Por outro lado, o efeito bom da ação é de uma importância proporcionada àquela do efeito secundário. Se, no caso em que se produzisse a consequência má, a ação não fosse obrigatória ou, ainda, se resultasse desproporcionada em todos os casos, produzir a consequência má constituiria na realidade o objeto da ação, a qual não seria outra coisa senão um meio para um fim³³.

2.3. PARA O ENTENDIMENTO CORRETO DO TEMA: CRÍTICA A UMA LEITURA HETERODOXA.

É de suma importância ressaltar que as quatro condições tratadas acima devem ocorrer conjuntamente para que o Princípio do Duplo Efeito possa ser aplicável. Restringir-se apenas ao aspecto da proporcionalidade - tentação tipicamente contemporânea e muito utilizada no campo jurídico - é cair no

resultado, o que não se dá no segundo - do que se seguirão efeitos na eventual aplicação de pena - se mostra por elementos psicológicos de difícil aferição. Cf. DELMANTO, C. *ET AL. Código Penal comentado*. 6 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 33.

²⁹ Cf. RHONHEIMER, M. *La perspectiva de La Moral: Fundamentos de la Ética Filosófica*. Tradução de José Carlos Mardomingo. Madri: Rialp, 2000, p. 391.

³⁰ “*Causa proportionate gravis*”. Cf. PRÜMMER, D. M.. *Op. cit.*, p. 46.

³¹ *Ibidem*, p. 47.

³² Basta pensar, por exemplo, naqueles que são obrigados a proteger a vida de outrem, como no caso de agentes policiais em relação aos cidadãos inocentes. Deixar de protegê-los, sendo isso possível, por se estar frente a um voluntário indireto, seria uma injustiça.

³³ Cf. RHONHEIMER, M. *Op. cit.*, p. 391.

teleologismo, consequencialismo ou proporcionalismo³⁴, o que deve ser evitado como se demonstrará abaixo.

Assim o faz, por exemplo, Peter Knauer que, interpretando o Princípio do Duplo Efeito apenas do ponto de vista da proporção, substitui a condição de busca do fim bom por um fim apenas proporcional. Trata-se de uma interpretação heterodoxa em relação à percepção clássica sobre Princípio do Duplo Efeito, pois, ao mesmo tempo em que o maximiza como eixo das discussões sobre bem e mal, restringe a sua análise à quarta condição apontada mais acima, hipertrofiando-a³⁵. Valeria muito se deter aqui por um momento e considerar este ponto com maior atenção.

A doutrina de Knauer, fundamentada em ou seguida por outros autores, como Bruno Schüller, Richard A. McCormick, Josef Fuchs³⁶, foi basicamente apresentada no artigo intitulado “*La détermination du bien e du mal moral par le principe du double effet*”, publicado em 1965³⁷. Segundo Theo Belmans, a obra de Peter Knauer reformula um bom número de categorias fundamentais da Filosofia Moral, notadamente a de *voluntarium indirectum*. Assim, dentre outras, seria arbitrariamente inovadora a tese que afirma que não há mal moral senão quando se causa um mal físico “sem razão proporcionada”, o que implica que para ele a noção de mal físico precederia aquela de mal moral, não constituindo este a noção primeira, como originalmente em Tomás de Aquino³⁸.

Com efeito, as teorias ditas teleológicas, ao se mostrarem atentas à conformidade dos atos humanos com os fins procurados pelo agente e com

³⁴ A nomenclatura variará conforme se trate de autores europeus (teleologismo) ou norteamericanos (proporcionalismo). Cf. ABBÀ, G. *Op. cit.*, p. 176. Também é possível entender o *consequencialismo* e *proporcionalismo* como espécies do gênero *teleologismo*. O primeiro pretende deduzir os critérios da retidão de um determinado agir somente a partir do cálculo das consequências que se preveem derivar da execução de uma opção. O segundo pondera entre si valores e bens procurados, centrando-se mais na proporção reconhecida entre os efeitos bons e maus, em vista de um bem maior ou um mal menor, efetivamente possível numa situação particular. Cf. JOÃO PAULO PP. II. *Op. cit.*, n. 75, p. 119.

³⁵ Cf. FERNÁNDEZ, A. *Op. cit.*, pp. 490-1 e pp. 533-547, RHONHEIMER, M. *Op. cit.*, pp. 398-419 e BELMANS, T. G. *Le sens objectif de l'agir humain: Pour relire la morale conjugale de Saint Thomas*. Cidade do Vaticano: *Libreria Editrice Vaticana*, 1980, p. 382. Segundo Giuseppe Abbà, a origem filosófica de uma Ética Teleológica estaria não tanto numa leitura utilitarista de matriz anglo-saxã, mas antes numa interpretação suareziana da ética tomista. Cf. ABBÀ, G. *Op. cit.*, pp. 176-203.

³⁶ Para uma síntese dos vários autores, BELMANS, T. G. *Op. cit.*, pp. 327-411.

³⁷ Cf. KNAUER, P. *La détermination du bien e du mal moral par le principe du double effet*. In *Nouvelle Revue Théologique*, n. 87 (1965), pp. 356-376.

³⁸ Cf. BELMANS, T. G. *Autour du probleme de la défense legítima chez Saint Thomas*. In *Atti dell'VIII Congresso Tomistico Internazionale. Vol. VI. Morale e Diritto nella prospettiva tomistica*. Cidade do Vaticano: *Libreria Editrice Vaticana*, 1982, pp. 162-170, p. 165. Naquele trabalho, por exemplo, Knauer afirma que “*On peut admettre un mal ontologique dans la mesure où el est justifié par une raison proportionné; dans ce cas, il n'est qu'indirectement volontaire*”. Cf. KNAUER, P. *Op. cit.*, p. 376.

os valores que aquele tem em vista, avaliam a retidão moral de uma ação com base em critérios deduzidos da ponderação dos bens não-morais ou pré-morais a alcançar e dos correspondentes valores não-morais ou pré-morais a respeitar. Sendo assim, há quem considere que o comportamento concreto seria justo se pudesse produzir um melhor estado de coisas para todas as pessoas interessadas, maximizando os bens e minimizando os males, num óbvio reflexo pragmático ou utilitarista.

Entretanto, essa busca por uma moral autônoma acaba por esbarrar em uma falsa compreensão do objeto do agir moral. A vontade fica comprometida com as escolhas concretas que realiza, pois estas são condição da sua bondade moral bem como de sua ordenação ao fim último da pessoa. Outro empecilho para a coerência teórico-prática desse modelo ético é um conceito de liberdade que prescindir das condições efetivas do seu exercício e de sua referência objetiva à verdade sobre o bem, da sua determinação através de escolhas de comportamentos concretos, como apontado acima³⁹.

As teorias éticas teleológicas - apesar de reconhecerem que os valores morais possam ser indicados pela razão e normalmente procurarem libertar-se das ponderações de uma moral de obrigação, voluntarista e arbitrária - consideram impossível que se formule uma proibição absoluta de determinados comportamentos que estariam em contradição com aqueles valores, em toda e qualquer cultura. Dessa forma, o sujeito agente seria certamente responsável pela obtenção dos valores pretendidos, mas sob duplo aspecto: os valores ou bens implicados num ato humano seriam, por um lado, de ordem moral (ou seja, a benevolência para com o próximo, a justiça *etc.*) e, de outro, de ordem pré-moral, não-moral, física ou ôntica (ou seja, referente às vantagens e desvantagens ocasionadas seja a quem atua, seja a qualquer pessoa nela implicada antes ou depois como, por exemplo, a saúde, sua lesão, a integridade física, a vida, a morte, a perda de bens materiais *etc.*)⁴⁰.

Em um mundo em que o bem sempre estaria misturado com o mal e um efeito bom ligado a efeitos maus, a moralidade do ato deveria ser julgada diferentemente; a sua bondade moral, com base na intenção do sujeito referida aos bens morais, e a sua retidão, com base na consideração dos efeitos ou consequências previsíveis e da sua proporção. Por conseguinte, os comportamentos seriam qualificados como retos ou errôneos sem que por isso fosse possível avaliar como moralmente boa ou má a vontade da pessoa que os escolhe⁴¹.

Assim, um ato que se pusesse em contradição com uma norma universal negativa violando diretamente bens considerados como pré-morais, poderia ser qualificado como moralmente aceitável se a intenção do sujeito se concentrasse, graças a uma ponderação “responsável” dos bens implicados na ação concreta, sobre o valor moral considerado decisivo naquelas

³⁹ Cf. JOÃO PAULO PP. II. *Op. cit.*, nn. 74-75, pp. 117-119.

⁴⁰ *Ibidem*, n. 75, pp. 119-120.

⁴¹ *Ibidem*, n. 75, p. 120.

circunstâncias. A avaliação das consequências da ação, com base na proporção do ato com os seus efeitos e dos efeitos entre si, referir-se-ia apenas à ordem pré-moral. Quanto à especificidade moral dos atos, ou seja, quanto à sua bondade e malícia, decidiria exclusivamente a fidelidade da pessoa aos valores mais altos da caridade e da prudência, sem que esta fidelidade fosse necessariamente incompatível com opções contrárias a certos preceitos morais particulares. Mesmo em matéria grave, estes últimos deveriam ser considerados como normas operativas, sempre passíveis de serem excepcionadas⁴².

Segundo o João Paulo II, “estas teorias podem adquirir uma certa força persuasiva pela sua afinidade com a mentalidade científica, justamente preocupada em ordenar as atividades técnicas e econômicas, baseada no cálculo dos recursos e lucros, dos processos e efeitos”⁴³. Sem dúvida que num ato particular se há de levar em conta a intenção assim como os bens obtidos e males evitados, mas a consideração dessas consequências e das intenções não é suficiente para avaliar a qualidade moral de uma opção concreta⁴⁴. De fato,

a ponderação dos bens e males previsíveis como consequências de uma ação não é um método adequado para determinar se a escolha daquele comportamento concreto é em si mesma moralmente boa ou má, lícita ou ilícita. As consequências previsíveis pertencem àquelas circunstâncias do ato, que, embora podendo modificar a gravidade de um ato mau, não podem, porém, mudar a sua espécie moral⁴⁵.

Com efeito, é impossível avaliar todas as consequências e todos os efeitos bons ou maus dos próprios atos. Como estabelecer proporções que dependem de uma avaliação cujos critérios permanecem, em um grau maior ou menor, obscuros? Como se justifica uma obrigação absoluta sobre cálculos tão discutíveis?⁴⁶

A moralidade do ato humano depende primária e fundamentalmente do objeto razoavelmente escolhido pela vontade deliberada, como prova também a profunda análise, ainda hoje válida, de S. Tomás. Para poder identificar o objeto de um ato que o especifica moralmente, ocorre, pois, colocar-se na perspectiva da pessoa que age. De fato, o objeto do ato da vontade é um comportamento livremente escolhido. Enquanto conforme à ordem da razão, ele é causa da bondade da vontade, aperfeiçoa-nos moralmente e dispõe-nos a reconhecer o nosso fim último no bem perfeito (...). Portanto,

⁴² *Ibidem*, n. 75, pp. 120-121.

⁴³ *Ibidem*, n. 76, p. 121.

⁴⁴ *Ibidem*, n. 77, pp. 122-123.

⁴⁵ *Ibidem*, n. 77, p. 123.

⁴⁶ *Ibidem*, *Loc. cit.*

não se pode considerar como objeto de um determinado ato moral, um processo ou um acontecimento de ordem meramente física, a avaliar enquanto provoca um determinado estado de coisas no mundo exterior. Aquele é o fim próximo de uma escolha deliberada, que determina o ato do querer da pessoa que age (...). A razão pela qual não basta a reta intenção, mas ocorre também a reta escolha das obras, está no fato de que o ato humano depende do seu objeto (...). Portanto, o ato é bom, se o seu objeto é conforme ao bem da pessoa, no respeito dos bens moralmente significativos para ela (...). O ato humano, bom segundo o seu objeto, é também ordenável ao fim último⁴⁷.

Por tudo o que se expôs até aqui, entende-se que a interpretação teleológica ou proporcionalista deve ser abandonada em benefício do tradicional entendimento conferido ao Princípio do Duplo Efeito. È essa a leitura considerada pelo presente artigo em suas conclusões.

3. O ESTADO DE PERIGO

O ato jurídico em sentido amplo - espécie do gênero fato jurídico⁴⁸ - propriamente consiste “na declaração dispositiva e preceptiva da vontade autônoma do agente, dirigida direta e imediatamente à consecução dos resultados práticos, individuais e sociais, produzidos pelos efeitos que o Ordenamento lhe confere”⁴⁹. Como se sabe, os atos jurídicos lícitos podem ser divididos em atos jurídicos *stricto sensu* (configurados pela realização da vontade, mas com efeitos determinados pela lei) e negócios jurídicos. Estes são realizados pela declaração da vontade e seus efeitos são definidos pela própria declaração, dentro dos limites estabelecidos pela Ordem Jurídica⁵⁰. A definição do negócio jurídico é fundamental no âmbito do Direito Privado, dada a comunicação de ambos os conceitos⁵¹ e, para tanto, faz-se previamente necessário o esclarecimento doutrinário do que seja a declaração da vontade⁵².

Sendo a declaração de vontade elemento essencial do negócio jurídico, é indispensável que ela expresse o verdadeiro desejo do agente quanto aos dados do ato negocial, devendo haver correspondência entre a vontade real e a declarada. Neste ponto, o Direito Civil brasileiro - já desde o Código de 1916 - ultrapassava as controvérsias entre as correntes das teorias da vontade

⁴⁷ *Ibidem*, n. 78, pp. 123-125.

⁴⁸ Cf. RÁO, V. *Ato jurídico: Noção, pressupostos, elementos essenciais e acidentais*. O problema do conflito entre os elementos volitivos e a declaração. 4 ed. Anotada, revista e atualizada por Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 24.

⁴⁹ *Ibidem*, p. 37.

⁵⁰ Cf. PEREIRA, C. M. *Op. cit.*, pp. 475-6.

⁵¹ Cf. NADER, P. *Introdução ao Estudo do Direito*. 30 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 331.

⁵² Cf. PEREIRA, C. M. *Op. cit.*, p. 477 e RÁO, V. *Op. cit.*, p. 23.

e da declaração⁵³ e se refere a um princípio geral de interpretação da vontade no negócio jurídico. Está ele previsto no artigo 112 do Código Civil atual: nas declarações de vontade se atenderá mais à sua intenção do que ao sentido literal da linguagem⁵⁴, ainda que se possa presumir a coincidência entre os elementos volitivos e a declaração⁵⁵. Também se estabelece no artigo 113 que as declarações de vontade devem ser interpretadas de acordo com a boa-fé e com os usos dos negócios. É que ao Direito não interessa uma declaração de vontade qualquer. Quando ela se dá, mas de modo não escorreito, pode-se dizer que há negócio jurídico, mas defeituoso⁵⁶.

Nesse sentido, o Direito Civil positivo aponta defeitos dos negócios jurídicos que comprometem a validade de tais atos. Se qualquer desses defeitos ocorrer, o negócio jurídico sofrerá de invalidez⁵⁷, traduzida em nulidade ou anulabilidade, conforme o caso. A anulabilidade é a sanção prevista para os negócios jurídicos celebra dos fora da higidez legal, como preceituam os artigos 138 a 184 do Código Civil, por agente relativamente incapaz ou em que exista vício de vontade, como é o caso.

O Estado de Perigo é uma espécie de defeito do negócio jurídico - além dos também previstos *Erro* ou *Ignorância*, *Dolo*, *Coação*, *Lesão* e *Fraude contra credores* - e encontra-se explicitamente previsto no artigo 156 do Código Civil. Não há, portanto, que se confundir o Estado de Perigo com o Estado de Necessidade; este é causa de exclusão de ilicitude tanto no Direito Civil quanto no Penal, ainda que haja autores que tratem ambas as expressões como sinônimas⁵⁸. Juntamente com o instituto da Lesão, é uma inovação do Código Civil de 2002⁵⁹.

A configuração jurídica do Estado de Perigo se encontra no artigo 156 e seu parágrafo único. Caracteriza-se quando alguém pratica o negócio forçado pela necessidade de salvar-se a si ou a pessoa de sua família de grave dano, assumindo obrigação excessivamente onerosa, imposta pela outra parte, que atua assim com o chamado dolo de aproveitamento. Ainda pela dicção do parágrafo único do artigo 156, o juiz poderá prudencialmente reconhecer o defeito mesmo se eventualmente a pessoa a ser salva não for necessariamente

⁵³ Cf. PEREIRA, C. M. *Op. cit.*, p. 481 e AMARAL, F. *Op. cit.*, pp. 393-5. Notar a interessante ponderação feita por este autor sobre a matéria.

⁵⁴ Cf. PEREIRA, C. M. *Op. cit.*, p. 500.

⁵⁵ Cf. RÁO, V. *Op. cit.*, p. 193. Segundo o mesmo autor, a causa do ato “é o próprio ato jurídico que, tomado em sua unidade conceitual, inseparavelmente contém, em seu todo, a acenada razão social, ou econômico-social e traz, inseparavelmente, em sua essência, o escopo, ou o interesse, que os agentes, por seu meio, pretendem realizar”. *Ibidem*, p. 96.

⁵⁶ Cf. PEREIRA, C. M. *Op. cit.*, p. 513.

⁵⁷ Cf. NADER, P. *Op. cit.*, p. 337.

⁵⁸ Cf. OLIVEIRA, J. M. L. *Novo Código Civil Anotado*. Parte Geral. Volume I (arts 1º a 232). 3 ed. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, s\d., p. 292.

⁵⁹ Cf. NADER, P. *Op. cit.*, p. 337.

familiar do declarante, conforme as circunstâncias⁶⁰. O direito de o prejudicado pleitear a anulação do negócio decai em quatro anos a partir da realização do mesmo⁶¹.

No Estado de Perigo ocorre uma anomalia no processo volitivo. A declaração de vontade existe, mas é defeituosa, pois circunstâncias fáticas⁶², ao exercerem forte influência sobre a vontade, incitam o agente a realizar negócio jurídico ainda que em condições claramente desvantajosas⁶³, que jamais seriam aceitas por ele se em condições normais. Possui, portanto, como pressupostos: (1) a “necessidade de salvar-se, ou a pessoa de sua família, de grave dano”; (2) o dolo de aproveitamento da outra parte (“grave dano conhecido pela outra parte”); e (3) assunção de “obrigação excessivamente onerosa”.

A má-fé da parte beneficiada é essencial para o enquadramento do Estado de Perigo, uma vez que é preciso que ela conheça a circunstância que cause a inferioridade da vítima e se aproveite dessas condições⁶⁴, atuando com o chamado “dolo de aproveitamento”. É esse dolo de aproveitamento que permite diferenciar o Estado de Perigo da figura da Lesão⁶⁵ e é um dos elementos subjetivos de caracterização do Estado de Perigo. O outro é, por parte da vítima, a sensação de inferioridade que a pressiona, premida que está pela necessidade de se salvar a si ou a membro de sua família⁶⁶.

Objetivamente, a obrigação excessivamente onerosa deve ser entendida como uma “desproporção evidente e anormal das prestações, quando uma das

⁶⁰ Cf. NADER, P. *Op. cit.*, p. 338 e TEPEDINO, G.; BARBOZA, H. H.; MORAES, M. C. B. *Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República*. Volume 1: Parte Geral e Obrigações (arts. 1º a 420). Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 293.

⁶¹ Cf. artigo 178, III do Código Civil e PEREIRA. C. M. *Op. cit.*, p. 549.

⁶² *Ibidem*, p. 549. Na hipótese de a ameaça provir da pessoa interessada no ato, está-se frente à coação (artigos 151 a 155 do Código Civil). Cf. também AMARAL, F. *Op. cit.*, p. 493 e TEPEDINO, G. *et al. Op. cit.*, p. 291.

⁶³ Cf. TEPEDINO, G. *et al. Op. cit.*, p. 291.

⁶⁴ Cf. PEREIRA. C. M. *Op. cit.*, p. 547. Aqui se nota como o Direito não é indiferente à Moral, negando as conclusões do Positivismo Jurídico. Essa intercomunicação é fundamental por conta da justiça (direito como objeto da justiça, uma das virtudes cardeais, análise pertencente à Moral), mas também no que diz respeito a outras virtudes. Isso é particularmente notável no Direito Penal (no qual a consideração acerca da intencionalidade do agente modifica até o enquadramento do tipo penal, ainda que o efeito material seja o mesmo - basta pensar no homicídio culposo e doloso - ou na isenção de pena nos casos de crimes contra o patrimônio praticados pelo cônjuge, ascendentes ou descendentes; artigo 181 do Código Penal), mas também no Direito de Família e nos contratos. De qualquer modo, sob outra perspectiva acerca dessa relação entre Moral e Direito, Francisco Amaral trata do *princípio da eticidade*, o qual privilegiaria os critérios ético-jurídicos em detrimento dos meramente lógico-formais, citando, aliás, expressamente o exemplo do Estado de Perigo. Cf. AMARAL, F. *Op. cit.*, pp. 68-9.

⁶⁵ Cf. artigo 157 e §§ do Código Civil. A Lesão é objetiva e ocorre sem culpa do beneficiado, bastando comprovar a desproporção das prestações contratadas, em virtude do estado de necessidade ou inexperiência do lesado.

⁶⁶ Cf. TEPEDINO, G. *et al. Op. cit.*, p. 292.

partes auferiu ou tem possibilidades de auferir do negócio um lucro desabusadamente maior do que a prestação que pagou ou prometeu, aferida ao tempo do contrato”⁶⁷. É o juiz quem deve verificar se o *iustum contrapassum* entre as prestações foi sacrificado, não cabendo avaliar a questão em termos de simples apuração do justo preço, pois há uma oscilação natural dos valores das coisas, segundo fatores circunstanciais⁶⁸. Ainda, a verificação acerca da ocorrência ou não da desproporção deve considerar o momento da realização do negócio e não condições posteriores⁶⁹.

O dano do qual a vítima deseja se ver livre deve ser grave, o que será apurado caso a caso, analisando-se suas circunstâncias. Além disso, o referido dano também deve ser atual ou iminente, já ocorrendo ou estando prestes a ocorrer. Se o dano for futuro ou já se deu, não cabe se falar de Estado de Perigo⁷⁰.

Quanto aos exemplos, os autores costumam citar um já clássico no qual parece se enquadrar a decisão a ser analisada em seguida. Assim, Gustavo Tepedino cita como exemplo de Estado de Perigo: “doente que promete pagar honorários excessivos a cirurgião, com receio de que, se não operado, venha a falecer”⁷¹. De modo semelhante, J. M. Leoni ilustra o exemplo prático com a hipótese do “doente que, no auge da moléstia, acorda com o médico honorários exorbitantes”⁷².

CONCLUSÃO.

Considerando tudo o que se tratou acerca do Princípio do Duplo Efeito, do Estado de Perigo, assim como a leitura e análise prévias da decisão judicial do STJ, é chegado o momento de se responder à indagação inicial do trabalho: A parte acusada de se beneficiar da miséria alheia poderia alegar boa-fé, invocando a hipótese do ato voluntário indireto? Concretamente, no que diz respeito ao acórdão em questão, considerando-se a conduta da Seguradora de Saúde, é possível afirmar que ela agiu abrigada pelo Princípio do Duplo Efeito?

⁶⁷ Cf. PEREIRA, C. M. *Op. cit.*, p. 546.

⁶⁸ *Ibidem*, p. 547.

⁶⁹ Cf. RODRIGUES, S. *Direito Civil: Parte geral*. Vol. I. 22 ed. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 233.

⁷⁰ Cf. TEPEDINO, G. *et al. Op. cit.*, p. p. 293.

⁷¹ Cf. TEPEDINO, G. *et al. Op. cit.*, p. 293.

⁷² Cf. OLIVEIRA, J. M. L. *Op. cit.*, p. 292. No mesmo sentido, Cf. THEODORO JÚNIOR, H. *Comentários ao Novo Código Civil*. Livro III – Dos Fatos Jurídicos: Do Negócio Jurídico. Volume III. Tomo I (Arts. 138 a 184). 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 213; DINIZ, M. H. *Curso de Direito Civil*. Vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 470; RIZZARDO, A. *Parte Geral do Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 493 e NEVARES, A. L. *O erro, o dolo, a lesão e o estado de perigo no Código Civil de 2002*. In A Parte Geral do Novo Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional. TEPEDINO, G. (org). Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 299.

Em primeiro lugar, em negócios desse tipo, o que pode ocorrer do ponto de vista da parte que não estava em perigo? A ela se apresenta a oportunidade de se beneficiar aproveitando a situação calamitosa do contratante. O seu intuito poderia ter sido o locupletamento, que teve como meio a celebração de aditivo contratual para prestação de um serviço ao qual ela já se encontrava juridicamente vinculada. O locupletar-se poderia igualmente se dar pela prestação do serviço, mas através de um meio claramente inadequado, por excessivo⁷³.

Ela produziu um ato - a exigência da realização de uma complementação contratual - com dois efeitos: o tratamento necessário para a cura do paciente - efeito bom - e um alto ônus financeiro ao mesmo - efeito mau (econômica e individualmente, do ponto de vista da suposta vítima; mas também em geral, do ponto de vista da lisura necessária e que se espera nas relações sociais). Note-se que a referência ao efeito mau pressupõe que se considere que o valor cobrado tenha sido excessivo ou incabível, pois, de outro modo, seria nada mais do que a justa e necessária contraparte de um aditivo contratual. Retomando os critérios vistos acima para caracterizar o Princípio do Duplo Efeito e evitando terminantemente a fixação apenas na condição da proporcionalidade pelos motivos já amplamente expostos em item acima, pode-se afirmar o seguinte:

(1) A ação em si foi boa ou indiferente, ou seja, a atualização de um contrato prevendo novas condições e cláusulas não pode ser considerada algo de mau em si mesmo, ainda que pudesse ser não estritamente necessária. Assim, é observada a primeira condição para a aferição da incidência do Princípio do Duplo Efeito preenchida.

(2) O tratamento do paciente, porém, derivou do efeito mau, uma vez que o atendimento somente se deu pela complementação contratual e esta apenas foi implementada por causa da cobrança indevida. A causa do contrato de seguro é a garantia de interesse legítimo do segurado relativo à sua pessoa contra riscos predeterminados, no caso, quanto à saúde do paciente segurado⁷⁴, mas não se pode ignorar a contrapartida financeira ínsita ao contrato. O efeito bom, o salvamento da pessoa, derivou diretamente da ação que tinha como elemento necessário o efeito mau, a diminuição patrimonial do mesmo paciente. O segundo requisito para a caracterização do Princípio não deve, portanto, ser reconhecido.

⁷³ Isso fica ainda mais evidente ao se considerar que o Código Civil italiano, em seu artigo 1.447, que inspirou a norma brasileira, prevê que o juiz, ao pronunciar a rescisão contratual, pode assegurar compensação equitativa à outra parte pelo serviço prestado. Cf. PEREIRA. C. M. *Op. cit.*, p. 549.

⁷⁴ Cf. Artigo 757 do Código Civil. Especificamente quanto a seguros de saúde, Cf. a já citada Lei 9.656, de 03 de junho de 1998.

(3) Além disso, o fim mau também é visado pela parte, uma vez que ela, desejando um acréscimo de vantagens patrimoniais em detrimento do razoavelmente exigível do outro, deixa de se contentar com o meramente justo, ultrapassando-o. Ela até podia ter realmente se inclinado a salvar a pessoa em perigo, mas esse desejo veio inseparavelmente agregado ao interesse de se beneficiar da contrapartida, o que é inerente aos contratos comutativos. No caso, como a cobrança era indevida, o querer se beneficiar é um fim mau.

(4) Por último, não há motivo proporcionalmente grave, pois o causa da admissão do efeito mau foi a cupidez da outra parte, o desejo de se locupletar com base na condição alheia adversa, pressupondo-se que a cobrança e seu valor fossem indevidos, como aliás constatou a decisão proferida pelo STJ.

Já se observa que a conduta da outra parte não pode ser enquadrada no Princípio do ato voluntário indireto, dada a não incidência das segunda, terceira e quarta condições. Pode-se afirmar, portanto, que a outra parte jamais poderia alegar o Princípio do Duplo Efeito para afastar o pedido de anulação do termo aditivo, tendo sido comprovada a sua má-fé. A Relatora do Recurso analisado se preocupou em demonstrar a desnecessidade da celebração de novo ato, uma vez que o contrato antigo já previa aquele procedimento, como sublinhado acima. Foi aí que residiu o erro da Seguradora de Saúde. Esse - um tema próprio do Direito Contratual e do Consumidor - foi o fundamento maior do reconhecimento do Estado de Perigo por parte da decisão e, por isso mesmo, ela foi acertada.