

DIREITO CIVIL COMPARADO – ITINERÁRIOS

Maria Cristina De Cicco
Rafael Marinangelo
Coordenadores

DIREITO CIVIL COMPARADO – ITINERÁRIOS



EDITORA PROCESSO

Tels: (21) 3128-5531 / (21) 3889-8181 / (21) 2209-0401

www.editoraprocesso.com.br

www.catalivros.com.br

Distribuição exclusiva da Catalivros Distribuidora Comércio LTDA ME

Copyright © 2023 - Maria Cristina de Cicco, Rafael Marinangelo (coordenadores)

Todos os direitos reservados.

Conselho Editorial

Maria Celina Bodin de Moraes (*Presidente*)

Luiz Edson Fachin

Ana Carolina Brochado Teixeira

Ana Frazão

Antônio Augusto Cançado Trindade (*In memoriam*)

Antônio Celso Alves Pereira

Caitlin Sampaio Mulholland

Carla Adriana Comitri Giberton

Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho

Carlos Martins Neto

Cleyson de Moraes Mello

Eneas de Oliveira Matos

Eugênio Facchini Neto

Fernando de Almeida Pedroso

Hélio do Vale Pereira

Joyceane Bezerra de Menezes

Marco Aurélio Lagreca Casamasso

Marco Aurélio Peri Guedes

Marcos Ehrhardt Jr.

Maria Cristina De Cicco

Mariana Pinto

Martonio Mont' Alverne Barreto Lima

Mauricio Moreira Menezes

Melhim Namem Chalhub

Sergio Campinho

Zeno Veloso (*In memoriam*)

Diagramação - Mariana Carvalho

Capa - Alexander Marins

CIP-Brasil. Catalogação-na-fonte
Sindicato Nacional dos Editores de Livros, RJ.

C346d

Cicco, Maria Cristina de, Rafael Marinangelo (coordenadores)

Direito civil comparado itinerários, Maria Cristina de Cicco, Rafael Marinangelo (coordenadores)

Rio de Janeiro: Processo, 2023

371p. ; 23 cm

ISBN - 978655378098-9

1. Direito civil comparado itinerários. 2. Brasil. I. Título.

CDD 343.810922

Proibida a reprodução (Lei 9.610/98)

Impresso no Brasil

Printed in Brazil

SUMÁRIO

DELINEAMENTOS DO DIREITO AO ESQUECIMENTO NO DIREITO BRASILEIRO

Luis Felipe Salomão e Mônica Drumond..... 11

DELINEAMENTOS DO DIREITO AO ESQUECIMENTO NO DIREITO ITALIANO

Maria Cristina De Cicco 33

O DIREITO COMPARADO NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Alessandro Hirata 81

INTERPRETAÇÃO E COMPARAÇÃO JURÍDICA

Maria Paola Mantovani 93

A RELAÇÃO JURÍDICA OBRIGACIONAL COMPLEXA NO DIREITO BRASILEIRO E AS CONSEQUÊNCIAS NO DIREITO DAS OBRIGAÇÕES

Rafael Marinangelo..... 121

A COMPLEXIDADE DA RELAÇÃO OBRIGATÓRIA NO DIREITO ITALIANO E AS CONSEQUÊNCIAS NO DIREITO DAS OBRIGAÇÕES

Antonino Procida Mirabelli di Lauro..... 151

AS RELAÇÕES CONTRATUAIS DE FATO E AS RELAÇÕES OBRIGACIONAIS COM EFEITOS PROTETIVOS A TERCEIROS NO DIREITO BRASILEIRO

Vera Jacob de Fradera..... 201

AS RELAÇÕES OBRIGACIONAIS COM EFEITOS PROTETIVOS A TERCEIROS NO DIREITO ITALIANO

Rocco Favale 217

A RESPONSABILIDADE PRÉ-CONTRATUAL POR RUPTURA DAS TRATATIVAS NO DIREITO PRIVADO BRASILEIRO: UMA VISÃO EM PANORAMA

Judith Martins Costa 251

A RESPONSABILIDADE PRÉ-CONTRATUAL E A TEORIA DO CONTATO SOCIAL NO DIREITO ITALIANO

Giovanni Varanese 289

O DEVER DE INFORMAR E A RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL NA ATIVIDADE MÉDICA

Antonio Carlos Morato..... 323

A RESPONSABILIDADE MÉDICA NA ITÁLIA

Maria Feola..... 335

A COMPLEXIDADE DA RELAÇÃO OBRIGATÓRIA NO DIREITO ITALIANO E AS CONSEQUÊNCIAS NO DIREITO DAS OBRIGAÇÕES

Antonino Procida Mirabelli di Lauro¹

Sumário: 1. O papel da análise historicista-comparativa e o sistema de remédios no estudo da relação obrigatória. As razões para um volume intitulado "Direito das Obrigações". A centralidade da obrigação em relação às suas "fontes" (contrato e ilícito). – 2. A obrigação como relação complexa. As interações entre o tema da obrigação e os sistemas de responsabilidade contratual e delitual. – 3. A "conexão" funcional das obrigações de *sécurité* à prestação. O contraste, na França e na Alemanha, entre as concepções pluralistas e unitárias da obrigação. – 4. "Contato social" *versus* "contato negocial". Responsabilidade do *status* profissional e seus discípulos. Obrigações *ex lege* e integração da relação segundo a boa-fé. 5 – Da "obrigação sem prestação" à "prestação sem obrigação". *Culpa em contrahendo* e prestações "indevidas" como fonte de obrigações de proteção. 6 – O caráter reparatório das obrigações de *sécurité* e dos deveres de proteção. 7 – *Segue*. As obrigações de *sécurité* e sua conexão com as reparações delituais. As propostas de reforma e a *Ord.* 2016-131. – 8. A divisão entre os deveres de prestação e de proteção. A adoção de um método inspirado na escolha do remédio (ressarcitório ou de forma específica) exigível concretamente. – 9. A correspondência das doutrinas sobre o tema da obrigação com as necessidades e características históricas de cada direito. O fenômeno da "equivalência" e da "simetria" dos regimes de imputação e da unificação de modelos de responsabilidade no itinerário que conduz da culpa à *strict liability*.

¹ Professor Titular de Direito Privado da Università degli Studi di Napoli Federico II.

1. O papel da análise historicista-comparativa e o sistema de remédios no estudo da relação obrigatória. As razões para um volume intitulado "Direito das Obrigações". A centralidade da obrigação em relação às suas "fontes" (contrato e ilícito)

O tema da obrigação, que representou, na Itália, o campo de eleição da dogmática jurídica² e do correspondente mito da neutralidade do direito, pode ser bem compreendido e reconstruído pelo civilista mediante uma análise comparativa de tipo historicista que tenha por objeto não tanto (ou, apenas) o problema das fontes, quanto o sistema geral de remédios³ previstos por cada ordenamento. A ideia de nomear um volume recente de "Direito das Obrigações"⁴ representa uma tentativa ousada que, na esteira das experiências alemã (*Schuldrecht*)⁵, francesa (*Droit des obligations*)⁶ e inglesa (*Law of Obligations*)⁷, tende a "recuperar a centralidade da obrigação e/ou melhor do direito das

² Sobre o tema, vide: P. PERLINGIERI, *Le obbligazioni tra vecchi e nuovi dogmi*, Napoli, 1990.

³ A propósito, permita-se a menção à minha palestra *Relación obligatoria y responsabilidad civil*, realizada em 21 de maio de 2018 no VI Congreso Internacional de Derecho Civil Patrimonial "La responsabilidad civil en la experiencia ítalo-peruana", organizado pela Escuela de Postgrado – Maestría en Derecho Civil della Pontificia Universidad Católica del Perú (Lima, 21-24 maggio 2018).

⁴ A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO – M. FEOLA, *Diritto delle obbligazioni*, Napoli, 2020, pp. 1-815.

⁵ Por todos, cf. K. LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts, I, Allgemeiner Teil*, München, 1976, p. 1 s.; W. FIKENTSCHER, *Schuldrecht*, Berlin-New York, 1976, p. 6 s.; P. SCHLECHTRIEM, *Schuldrecht. Allgemeiner Teil*, Tübingen, 2000, p. 3; H. BROX – W.-D. WALKER, *Allgemeines Schuldrecht*, München, 2019, p. 20 ss.

⁶ Entre tantos, no âmbito de uma infinidade de literaturas: M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations*, t.1, 4^e éd., PUF, 2016; P. MALAURIE – L. AYNÈS – P. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, Paris, 2016; A. BÉNABENT, *Droit des obligations*, Paris, 2019.

⁷ Especifica que, malgrado seja «relativamente recente na literatura jurídica inglesa a ideia de uma categoria unitária denominada "law of obligations"», essa divisão se coloca como imprescindível «recipiente dogmático das várias fontes obrigatórias inglesas», resultando sem dúvida «original a perspectiva que confirma a classificação das fontes obrigatórias inglesas à atitude descrita pelas diferentes medidas do remédio ressarcitório, assim como dos seus critérios atributivos, em função de ser referível a cada uma das três fontes tradicionais», M. SERIO, *Unjust enrichment e restitution nel quadro delle fonti obbligatorie inglesi*, in *Comparazione e dir. civ.*, 2020, p. 1 s. Sobre esse ponto, por ex., P. BIRKS (edited by), *The Classification of Obligations*, Oxford, 1997; J. COOKE - D. OUGHTON, *The Common Law of Obligations*, III ed., Oxford, 2000; A. BURROWS (edited by), *Principles of the English Law of Obligations*, Oxford, 2015.

obrigações"⁸, na crença de que representa dado morfológico básico do direito civil, podendo encontrar sua "fonte" tanto no contrato quanto no ato ilícito, bem como em qualquer outro ato ou fato idôneo a produzi-lo em conformidade com o sistema jurídico (art. 1173 c.c.).

Essa centralidade da obrigação foi clara para o legislador das codificações, mas também para a doutrina italiana⁹ mais respeitável: não por caso, o Livro IV do nosso código é intitulado "obrigações", enquanto o contrato e o ilícito são considerados (e qualificados) como meras "fontes" de obrigações, ao lado das promessas unilaterais, dos títulos de crédito, da gestão empresarial, do pagamento do indébito e do enriquecimento sem causa. Esse vínculo funcional entre a obrigação e sua fonte é destacado ainda mais claramente pelo Código Alemão que, após conferir a centralidade adequada à relação obrigatória (no Livro II, § 241 ss. BGB), considera o contrato como instrumento para a constituição e a modificação da relação obrigatória (§ 311 BGB)¹⁰. Assim, o código francês e o código italiano de 1865, após definir o contrato como uma "convenção pela qual uma ou mais pessoas se *obrigam* [...] a dar, fazer ou não fazer alguma coisa" (art. 1101 *code civ.*) e depois de ter dedicado a norma introdutória (Capítulo I) do Título IV do Livro III às obrigações e suas "causas" (artigo 1097 c.c. de 1865: "As obrigações derivam da lei, do contrato ou quase-contrato, do delito ou quase-delito"), referiram explicitamente a causa à obrigação e não ao contrato, dispondo que "A obrigação sem causa, ou fundada em causa falsa ou ilícita, não pode produzir qualquer efeito" (Art. 1119 c.c. de 1865, que literalmente traduz o art. 1131 *code civ.*). Mesmo a recente reforma do direito das obrigações e dos contratos, que também eliminou a referência à causa, preserva a definição do contrato como acordo de vontade entre duas ou mais pessoas, destinado a criar, modificar, transmitir "obrigações" (Art. 1101 *code civ.* novo texto), ainda que na presença do princípio tradicional do

⁸ A. DI MAJO, *Obbligazioni e tutele*, Torino, 2019, p. XI.

⁹ V., de fato, E. GIANTURCO, *Diritto delle obbligazioni. Lezioni di diritto civile*, Napoli, 1895.

¹⁰ Recentemente, V. EMMERICH, in *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 3, *Schuldrecht – Allgemeiner Teil*, II, München, 2019, Rdnr. 1.

consenso translativo que, nos direitos da área francesa (art. 1376 c.c.), eliminou a obrigação original de dar.¹¹

Embora nossa ciência jurídica, muito mais do que as francesa e alemã, tenha contribuído para a construção da centralidade "autorreferencial"¹² do contrato, é a obrigação que constitui o elemento estrutural essencial não só do contrato e da responsabilidade civil, mas também de todo o direito privado. E isso é evidenciado pelo debate renovado sobre o conteúdo e objeto do contrato, o que nos leva a ver este último não na "regra ditada, que constitui o conteúdo do contrato", mas no "comportamento que a regra impõe" ou no "resultado que dela resulta: dados externos à estrutura do contrato, genericamente designados como prestações"¹³, que representam o objeto da obrigação (Art. 1174 c.c.), mas, juntamente com os deveres de proteção (Art. 1175 c.c. e § 241, parágrafo 2º, BGB). Onde o objeto da prestação são a coisa e o fato-objeto devidos (art. 1316 c.c.), ou "o que (diretamente) satisfaz o interesse do credor"¹⁴. Assim, com base no ressarcimento do dano (em dinheiro ou em forma específica) há sempre uma obrigação que encontra sua fonte ora em um contrato, ora em um ilícito civil e/ou penal. Nesse sentido, o direito das obrigações compreende não apenas "as obrigações em sentido técnico, entendidas como uma relação (obrigatória) entre credor e devedor, mas a disciplina geral dos atos ou dos fatos dos quais surgem as obrigações"¹⁵.

Embora não deseje reconhecer, em termos kantianos, na obrigação a "lei universal, como lei que os sujeitos impõem a si mesmos (seja por atos de autonomia quanto por ocasião da violação dos direitos que lhe são reconhecidos)"¹⁶, parece apropriado recordar as significativas

¹¹ Permita-nos fazer referência à: A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, "Consenso traslativo" e *obbligazione di dare nel trasferimento della proprietà immobiliare*, in A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO - M. FEOLA, *op.cit.*, p. 231 ss.

¹² Discorre sobre «autorreferência» do contrato e do ilícito, que teria «obscurecido o papel desenvolvido pela obrigação», A. DI MAJO, *op. loc. cit.*

¹³ Depois de ter examinado as diversas opiniões sobre o tema: A. CATAUDELLA, *I contratti. Parte generale*, V ed., Torino, 2019, p. 38.

¹⁴ Inesquecível, a este respeito, a lição de: R. CICALA, *Il carattere di divisibilità o indivisibilità dell'obbligazione*, in *Saggi raccolti per le esercitazioni di diritto privato*, Napoli, 1976, pp. 3, 23, 36; e também ID., *Concetto di divisibilità e d'indivisibilità dell'obbligazione*, Napoli, 1953, p. 64 ss. e *passim*.

¹⁵ A. DI MAJO, *op. cit.*, p. 3.

¹⁶ A. DI MAJO, *op. cit.*, p. XII.

variações e conotações, mesmo axiológicas, que a figura da obrigação experimentou em sua evolução mais recente: de modelo de desigualdade entre devedor e credor, a instrumento de "domínio" primeiro sobre a pessoa do devedor, depois sobre a prestação devida e, finalmente, sobre seu objeto¹⁷, à identificação do "problema social" da obrigação no "compromisso de cooperação devido no interesse alheio" com base na relação de reciprocidade entre os sujeitos paritariamente considerados¹⁸, a uma relação complexa articulada em torno da prestação e proteção que, precisamente em virtude de sua conformação, "tem sido capaz de assumir valores normativos adicionais", além das relações tradicionais de intercâmbio (de bens ou utilidades), "tornando-se portadora de diferentes valores, como os de correção, de boa-fé e de solidariedade"¹⁹.

2. A obrigação como relação complexa. As interações entre o tema da obrigação e os sistemas de responsabilidade contratual e delitual

A versão italiana de um dos ensaios mais famosos da literatura alemã do século XX²⁰ enriqueceu ainda mais o itinerário dedicado à reconstrução das orientações que pensaram a relação obrigatória como uma estrutura complexa²¹, já iniciada com a tradução da "descoberta"²², por Hermann Staub, das *Grundlagen* das violações positivas do contrato²³ e do trabalho mais controverso de Günter Haupt sobre as relações

¹⁷ Cf. F. CARNELUTTI, *Appunti sulle obbligazioni*, in *Riv. dir. comm.*, 1915, I, p. 530 ss.

¹⁸ Fundamental, a este propósito, a contribuição de: E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, I, *Prolegomeni: funzione economico-sociale dei rapporti d'obbligazione*, Milano, 1953, pp. 9 ss., 65 ss.

¹⁹ A. DI MAJO, *op. loc. ult. cit*

²⁰ A tradução da contribuição de HE. STOLL, *Abschied von der Lehre von der positiven Vertragsverletzung*, in *AcP*, 136, 1932, pp. 257-320, introduz o volume intitulado *L'obbligazione come rapporto complesso*, Torino, 2016; ivi os textos de R. FAVALE, *Il rapporto obbligatorio e la dottrina degli obblighi di protezione nel modello tedesco*, di M. FEOLA, *L'obbligazione come rapporto complesso* e di A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Obbligazione – Prestazione – Protezione*.

²¹ A esse respeito, cf.: A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *L'obbligazione come rapporto complesso*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, p. 910 ss.

²² H. DÖLLE, *Juristische Entdeckungen*, in *Verhandlungen des 42. Deutschen Juristentages 1957*, II, Tübingen, 1959, B 1 ss.

²³ H. STAUB, *Le violazioni positive del contratto*, trad. it. de G. Varanese, *Apresentação de R. Favale*, Napoli, 2001.

contratuais de fato²⁴. Não por acaso, a contribuição tem como objeto a crítica *von der Lehre von der positiven Vertragsverletzung* mas, em vez de provocar sua despedida (*Abschied*), contribuirá para sua imorredoura afirmação. A história atribuirá a Heinrich Stoll o mérito de ter criado a doutrina dos deveres de proteção, a despeito da essencial contribuição ao tema feito por Hugo Kress²⁵ e por outros Autores que, interpretando o pensamento de Rudolf von Jhering²⁶, tinham pensado em construir a relação obrigatória²⁷ como *Organismus*²⁸, *konstante Rahmenbeziehung*²⁹ ou "relação quadro".

É precisamente a partir dessas sugestões que começa essa reflexão que, ao invés de se manter centrada no pensamento de Heinrich Stoll, tentará pôr em evidência algumas das passagens mais problemáticas sobre o tema da obrigação e de sua estrutura complexa, que são alvo de atenção da atual ciência jurídica. E porque este ensaio, como muitos outros estudos já publicados, representa o resultado de uma pesquisa³⁰ que tem sido objeto de um trabalho em grupo, essas páginas se movem precisamente das ideias e resultados científicos aos quais Rocco

²⁴ G. HAUPT, *Sui rapporti contrattuali di fatto*, ed. it. di G. Varanese, Torino, 2012. Entre as obras sobre o tema é oportuno assinalar a tradução do ensaio de: C.-W. CANARIS, *Norme di protezione, obblighi del traffico, doveri di protezione (Parte prima)*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1983, p. 567 ss., Id., *Norme di protezione, obblighi del traffico, doveri di protezione (Parte seconda)*, *ivi*, 1983, p. 793 ss., por A. di Majo e di M.R. Marella, e del volume di K. ZWIEGERT - H. KÖTZ, *Introduzione al diritto comparato*, II, *Istituti*, III ed. Com atualização sob os cuidados de A. di Majo, trad. it. de E. Cigna e A. Gangemi, Milano, 2011.

²⁵ H. KRESS, *Lehrbuch des Allgemeinen Schuldrechts*, München, 1929, p. 1 ss.

²⁶ A opinião é de: E. SCHMIDT, *Nachwort*, por ocasião da reimpressão das contribuições de R. VON JHERING sulla *Culpa in contrahendo* e di H. STAUB, *Die positiven Vertragsverletzungen*, Bad Homburg v.d. H.-Berlin-Zürich, 1969, p. 132. Sul ponto, C. CASTRONOVO, voce *Obblighi di protezione*, in *Enc. giur. Treccani*, XXI, Roma, 1991, p. 1 ss.

²⁷ Sobre a utilização, no BGB, do termo *Schuldverhältnis*, no lugar da noção de *Obligation*, v. E. BUCHER, «*Schuldverhältnis*» des BGB: ein Terminus – drei Begriffe. 140 Jahre Wanderung eines Wortes durch die Institutionen, und wie weiter?, in *Norm und Wirkung. Festschrift für Wolfgang Wiegand zum 65. Geburtstag* a cura di E. Bucher, C.-W. Canaris, H. Honsell, T. Koller, Bern-München, 2005, p. 93 ss.

²⁸ H. SIBER, *Grundriß des Deutschen Bürgerlichen Rechts, 2, Schuldrecht*, Leipzig, 1931, p. 1.

²⁹ F. HERHOLZ, *Das Schuldverhältnis als konstante Rahmenbeziehung (Ein Rechtsgrund für negative Interessenansprüche trotz Rücktritt und Wandlung)*, in *AcP*, 130, 1929, p. 257 ss.

³⁰ Il PRIN 2010-2011 (cofinanziato MIUR) sobre «Corti, dottrina e società inclusiva: l'impatto dei formanti dottrinali sulle Corti di vertice», realizado pela Unità di Ricerca dell'Università di Napoli Federico II.

Favale e Maria Feola chegaram em suas contribuições³¹, Autores que se dedicam já há algum tempo e com sucesso a esse assunto.

Este tema nasceu na doutrina alemã e, talvez até antes, na francesa³² para, depois, evoluir para uma circulação transnacional de modelos que condicionarão, nos últimos anos, o direito italiano. A reproposição, no âmbito de nossa experiência, das ideias sobre a relação obrigatória, amadurecidas na ciência jurídica alemã do século passado, para resolver problemas bastante peculiares àquele direito, levou nossa jurisprudência a recepcionar aquelas ideias, ao ponto de questionar, por um lado, a estrutura tradicional da relação obrigatória fundada apenas na prestação e, por outro, os próprios limites da responsabilidade contratual. No entanto, às vezes a recepção vai além da fisionomia exata que o modelo assume no ordenamento de origem. Isso pode ter acontecido precisamente no que diz respeito a esse tema, pelo menos para aquela doutrina que tem censurado nossos Tribunais por não terem entendido o real significado assumido, nos seus países de origem, de algumas institutos que apareceram recentemente no direito italiano (o contato "social" ou "negocial"³³, o contrato com efeitos protetivos para terceiros³⁴, a responsabilidade pela confiança gerada pelo *status* profissional³⁵, a possibilidade de generalizar uma relação obrigatória sem prestação³⁶, por exemplo).

As diversas teorias desenvolvidas na Alemanha e na França durante o século XX sobre o tema da obrigação encontram sua explicação no contexto das peculiaridades sistêmicas dos dois ordenamentos, com referência não apenas aos problemas de inadimplemento e do contrato,

³¹ Além dos escritos aqui citados, remete-se também às contribuições de dois Autores já citados na nota 19.

³² M. SAUZET, *De la responsabilité des patrons vis-à-vis des ouvriers dans les accidents industriels*, in *Rev. crit. lég. jur.*, 1883, p. 596 s.; CH. SAINCTELETTE, *De la responsabilité et de la garantie*, Bruxelles.-Paris, 1884, pp. 95 ss., 118 ss.

³³ A. ZACCARIA, *Der aufhaltsame Aufstieg des sozialen Kontakts (La resistibile ascesa del "contatto sociale")*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, I, p. 78 ss.

³⁴ A esse respeito, vide as considerações de: A. DI MAJO, *La protezione contrattuale del terzo*, in *Gli effetti del contratto nei confronti dei terzi*, a cura di L. Vacca, Torino, 2001, p. 113 ss.; G. VARANESE, *Il contratto con effetti protettivi per i terzi*, Napoli, 2004, p. 169 ss.; A. GAMBARO, *Gli effetti del contratto rispetto a terzi*, in *Gli effetti del contratto*, cit., p. 342 ss.

³⁵ M. BARCELLONA, *Trattato della responsabilità civile*, Torino, 2011, p. 72 ss.; L. LAMBO, *Obblighi di protezione*, Padova, 2007, p. 385 ss.

³⁶ V. la critica di A. DI MAJO, *Le tutele contrattuali*, Torino, 2009, p. 65 ss.

mas também à diferente fisionomia (no que diz respeito à extensão da área de danos ressarcíveis e aos modelos de imputação) dos sistemas de responsabilidade extracontratual. E isso, não tanto pela contraposição costumeira entre modelos atípicos (art. 1382, hoje 1240 *code civ.*) e modelos típicos (§ 823 ss. BGB) de responsabilidade delitual, mas, sobretudo, pela existência (na França e na Itália) de regras de responsabilidade delitual objetiva (por exemplo, para os fatos da coisa e de outros: art. 1384, parágrafo 1º, hoje 1242, parágrafo 1º, *code civ.* e arts. 2051 e 2049 c.c. it.) que tornaram esse regime de responsabilidade mais atrativo para a vítima do que uma extensão da obrigação (se qualificada como "de meios") e da conseqüente responsabilidade contratual.³⁷

3. A "conexão" funcional das obrigações de *sécurité* à prestação. O contraste, na França e na Alemanha, entre as concepções pluralistas e unitárias da obrigação

No que diz respeito às diferenças mais significativas na estrutura da relação obrigatória na França e na Alemanha, observou-se³⁸ que as obrigações de *sécurité* são caracterizadas por uma estrutura essencialmente *accessória*, ou seja, por serem pensadas como funcionalmente "conexas" em relação a uma obrigação de prestação. Decorre, daí, uma substancial analogia de pontos de vista com o pensamento de Heinrich Stoll expresso no *Abschied*³⁹, na medida em que justifica a subsistência de deveres de proteção na presença de uma obrigação que seja dirigida à "realização do interesse à prestação", a fim de "salvaguardar a outra parte de danos que poderiam surgir da relação específica e por meio dela"⁴⁰. No direito francês, o caráter *accessório* é confirmado pelo mesmo léxico utilizado pela ciência jurídica: o ser "de meios" ou "de resultado" é uma noção que diz respeito essencialmente à prestação⁴¹ e que a obrigação de *sécurité* adquire precisamente em virtude

³⁷ M. FEOLA, *L'obbligazione come rapporto complesso*, cit., p. 191 ss.

³⁸ Por M. FEOLA, *op. cit.*, p. 118 ss.

³⁹ Todavia, com referência à relação intercorrente entre confiança e relação obrigatória, vide: HE. STOLL, *Vertrag und Unrecht*, II, Tübingen, 1934, p. 125.

⁴⁰ HE. STOLL, *Commiato*, cit., p. 26.

⁴¹ Nesses termos, cf.: M. FEOLA, *op. cit.*, p. 120 s.

do fenômeno da conexão funcional, embora possa expressar uma qualificação diferente em relação à prestação à qual é conexas. Assim, a uma prestação que representa o objeto de uma obrigação “de meios” pode estar vinculada uma obrigação de *segurança* que é “de resultado”, cuja violação dá origem a um regime de responsabilidade bem mais rigoroso daquele que resulta do inadimplemento da obrigação de prestação. Mas a experiência transalpina também vai além do caráter acessório, uma vez que, sobretudo em algumas hipóteses (por exemplo, obrigação de “velar pela segurança” de um sujeito a quem lhe foi confiado)⁴², há, com frequência, na prática, uma tendencial “identificação” da obrigação de *sécurité* com a prestação. Nesses casos, a obrigação de *sécurité* desloca-se do aspecto de proteção para se afirmar, primordialmente, naquele de prestação.

A verificação dessas afirmações também é colhida a partir do exame da estrutura da relação obrigatória do profissional de saúde. A ciência jurídica francesa, fiel à qualificação em termos de obrigação “de meios” consagrada no *arrêt Mercier*⁴³, professada pela jurisprudência dominante e reiterada no art. L. 1142-1, par. 1 *code santé publ.*, distinguiu a obrigação de prestação daquela de proteção sempre que o paciente for vítima de acidente médico sofrido “à l’occasion d’une activité d’investigations, de soins ou de traitements”, também para o fim de “saber se a obrigação acessória de *sécurité* é, igualmente, de meios ou possa ser, em certos casos, de resultado”⁴⁴. Bem, a doutrina é unânime em afirmar que o princípio da responsabilidade por culpa, que mesmo em alguns casos envolve a ideia de *faute virtuelle*, ou daquela *faute* “que se deduz *ipso facto* do dano”, porque “incluída no dano ou induzido pelo dano”, conhece “duas grandes exceções”⁴⁵ em matéria de infecções nosocomiais e danos causados por produtos de saúde. No primeiro caso, a lei da reforma (art. L. 1142-1, parágrafo 2) confirmou a orientação jurisprudencial anterior que havia identificado, tanto para infecções exógenas quanto endógenas, “uma obrigação de *sécurité* de resultado da

⁴² G. DURRY, *La responsabilité de ceux qui se chargent des enfants d’autrui*, in *Rev. trim. dr. civ.*, 1982, p. 771, ao comentar a decisão da Cass., I Ch. civ., 13 de janeiro de 1982.

⁴³ Cass., 20 de maio de 1936, in *Rec. Dalloz*, 1936, 1, p. 88, Rapp. L. Josserand.

⁴⁴ Nesse sentido: M. BACACHE-GIBEILLI, *Les obligations. La responsabilité civile extracontractuelle*, in *Traité dr. civ. sous la direction de C. Larroumet*, II éd., Paris, 2012, p. 894.

⁴⁵ M. BACACHE-GIBEILLI, *op. cit.*, pp. 902 e 921.

qual não se pode liberar-se sem comprovar a *causa étrangère*"⁴⁶. No entanto, ao lado da responsabilidade objetiva dos estabelecimentos de saúde, a responsabilidade do profissional de saúde foi reconduzida à obrigação de meios. Daí a escolha da Corte de Cassação "de integrar a infecção nosocomial ao conteúdo das informações que o médico deve ao seu paciente" e o retorno a uma presunção de *faute*⁴⁷.

Mesmo com relação aos danos causados pelos produtos de saúde, a jurisprudência "não hesitou em consagrar uma obrigação de *sécurité* de resultado"⁴⁸. Após a reforma de 2002, a responsabilidade "permanece objetiva e representa uma exceção, agora consagrada em lei, ao princípio da responsabilidade subjetiva nesta matéria"⁴⁹. Mas aqui "a ameaça contra a jurisprudência relativa à obrigação de *sécurité* de resultado"⁵⁰ não vem tanto da reforma de 2002, quanto da lei de responsabilidade pelo fato de produtos defeituosos, que faz recair sobre o autor a prova de dano, do defeito e do nexo causal entre o defeito e o dano (art. 1386-9, hoje 1245-8 *code civ.*).

A esse propósito, todavia, uma importante sentença do Tribunal de Justiça da União Europeia⁵¹, interpelada em via prejudicial pela Corte de Cassação francesa, parece colocar em debate orientações consolidadas, ao permitir o uso de provas presuntivas mesmo na ausência de uma regra causal fundada na "preponderância da evidência". No caso em comento, a pesquisa médica não foi capaz de estabelecer ou de descartar a existência de um nexo causal entre a administração da vacina e o surgimento de esclerose múltipla. Na ausência de qualquer evidência científica, a proximidade temporal entre a administração da vacina e o surgimento da doença, a falta de histórico pessoal e familiar relacionado à doença e a existência de "um número significativo de casos registrados da ocorrência dessa doença em decorrência de tal administração" são consideradas evidências suficientes para induzir um juiz nacional a considerar que a vítima tenha cumprido com seu ônus probatório. Neste caso, as presunções operam no terreno da causalidade individual e são

⁴⁶ M. BACACHE-GIBEILI, *op. cit.*, pp. 927 e 923.

⁴⁷ M. BACACHE-GIBEILI, *op. cit.*, p. 930.

⁴⁸ Assim menciona M. BACACHE-GIBEILI, *op. cit.*, p. 933.

⁴⁹ M. BACACHE-GIBEILI, *op. cit.*, p. 942.

⁵⁰ M. BACACHE-GIBEILI, *op. loc. ult. cit.*

⁵¹ CGUE, Sez. II, 21 de junho de 2017, causa C-621/15, *N.W. e altri c. Sanofi Pasteur MSD SNC e altri*, in *Danno e resp.*, 2017, p. 669, com nota de A.L.

consideradas idôneas a compensar a ausência de uma regra científica capaz de demonstrar a subsistência de uma relação etiológica baseada na causalidade geral.⁵²

O dado da necessária "acessoriedade" da *obrigação de sécurité*, mesmo na controvertida matéria da responsabilidade sanitária, parece ser uma característica notável da lei francesa que tem suas raízes na tradição jurídica deste país. Ao contrário da experiência alemã que, precisamente como resultado da contribuição de Heinrich Stoll, começará a identificar no âmbito da obrigação entendida como relação complexa obrigações (isto é, deveres) de proteção claramente distinta da prestação; e ao contrário de uma parte da jurisprudência italiana que, precisamente com base nessas aquisições, se afastou do modelo transalpino para se alinhar à experiência germânica; no direito francês, malgrado o termo *prestation* seja usado, às vezes, para indicar o conteúdo e/ou objeto da obrigação *strictement contractuelle*, a doutrina e a jurisprudência dominantes não procederão jamais a uma clara decomposição da prestação de *sécurité* dentro de uma mesma relação obrigatória, mas preferirão falar sobre obrigações de *sécurité* conexas às outras obrigações '*strictement contractuelles*', as únicas que possibilitam "procurer au créancier un avantage déterminé, une prestation spécifique à laquelle il ne pourrait prétendre sans contrat"⁵³. Eis que, embora apareça ocasionalmente na literatura jurídica, o termo *prestation* jamais assume significado contrastante com o de *sécurité* internamente a uma única relação obrigatória de estrutura complexa. Em vez de dissecar o objeto de uma relação obrigatória unitária, a fim de discernir a obrigação (e o interesse) de prestação daqueles de proteção, a obrigação de *sécurité*, que é uma obrigação *ex lege*, conserva sua autonomia estrutural em relação às outras obrigações "estritamente contratuais" às quais é funcionalmente conexa. Com base nessa concepção pluralista das obrigações, que em certo sentido se contrapõe à ideia unitária de uma relação obrigatória de estrutura complexa própria da experiência alemã, a doutrina e a jurisprudência transalpinas estão essencialmente interessadas em identificar critérios idôneos a determinar a disciplina aplicável, em

⁵² Para posteriores considerações vide: A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Intelligenze artificiali e responsabilità civile*, in A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO – M. FEOLA, *Diritto delle obbligazioni*, cit., p. 527 ss.

⁵³ M. BACACHE-GIBEILI, *op. cit.*, p. 87 s.

virtude da classificação da obrigação de *sécurité* como de "meios" ou "de resultado".

O direito francês conhece uma ampliação das relações obrigatórias que gira em torno das ideias de contrato e de prestação. A configuração de uma unitária relação obrigatória de estrutura complexa é, por outro lado, uma reconstrução teórica que diz respeito apenas ao direito alemão. Ao contrário do que acontece nesta experiência jurídica, na França não há deveres de proteção "autônoma" ou "obrigações sem prestação"⁵⁴. A solução diversa, concebida pelo direito germânico para a responsabilidade pré-contratual, e atualmente codificada no § 311 BGB, foi necessária pela impossibilidade de utilização do remédio aquiliano. E a juridicização, em termos obrigacionais, do "contato negocial" permitiu ao legislador da reforma preservar o sistema tradicional tipificado de responsabilidade delitual, inspirado "pelo princípio da plena liberdade de ação de cada pessoa (física e jurídica), com o único limite de comportamento antijurídico expresso nas formas do dolo e da culpa"⁵⁵.

A extensão da área de danos ressarcíveis no âmbito da responsabilidade contratual por meio da codificação da obrigação como relação complexa (§§ 241, § 2º, § 2º e 311 BGB), por um lado, está em consonância com a tradição, o estilo e as exigências teóricas e práticas da experiência alemã, tal qual se desenvolveu no curso do século XX; por outro lado, permitiu conservar intacta a escolha original feita pelo legislador alemão em termos de responsabilidade delitual. Relendo algumas linhas de Claus Wilhelm Canaris, escritas algumas décadas antes da reforma, tem-se uma confirmação inequívoca: "o reconhecimento de uma tutela aquiliana generalizada" traria consigo "o risco de um 'transbordamento' da técnica de responsabilidade", porque "o círculo daqueles com direito ao ressarcimento ameaçaria expandir-se dramaticamente"⁵⁶. A existência, além das regras de conduta de natureza geral que são próprias da responsabilidade delitual, de regras "*de caráter particular*", expressão de uma "responsabilidade mais qualificada", encontraria fundamento no fato de que "o 'contato' contratual determina

⁵⁴ A esse respeito: K. LARENZ, *Schuldrecht*, I, *Allgemeiner Teil*, München, 1982, p. 101.

⁵⁵ M. FEOLA, *La responsabilità civile al confine tra contratto e torto*, in A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO – M. FEOLA, *La responsabilità civile. Contratto e torto*, Torino, 2014 p. 50.

⁵⁶ C.-W. CANARIS, *Norme di protezione (Parte prima)*, cit., p. 575.

uma maior possibilidade de incidência sobre os bens e interesses da contraparte⁵⁷. “Contrato e relações negociais particulares” constituem “pontos de referência adequados à construção de uma tutela (geral) do patrimônio, uma vez que, por sua natureza, limitam seu escopo à esfera do potencial credor (da prestação ressarcitória), evitando assim o perigo de um aumento descontrolado e, em particular, de um exorbitante espectro de danos ‘indiretos’ indenizáveis”⁵⁸.

Eis as explicações, com vinte anos de antecedência, das razões e a congruência sistemática da reforma⁵⁹ em relação às peculiaridades do direito alemão. Precisamente este último fato levou a contestar uma generalização indiscriminada dessas soluções em ordenamentos jurídicos (como o italiano) que se caracterizam por uma diversa fisionomia estrutural e sistemática do modelo de responsabilidade delitual⁶⁰. E isso não tanto pela existência de uma “cláusula geral” que, na esteira da lição de Stefano Rodotà⁶¹, as Seções Unidas reafirmaram⁶² repetidamente, mas, sim, pela previsão de diferentes regimes de imputação de responsabilidade delitual (por exemplo, artigos 2051 c.c. e 1384, parágrafo 1º, hoje 1242, parágrafo 1º, *code civ.*), que prescindem da culpa e que, além de inverter o ônus da prova, mudam seu objeto⁶³.

⁵⁷ C.-W. CANARIS, *op. ult. cit.*, pp. 572 e 576.

⁵⁸ C.-W. CANARIS, *op. ult. cit.*, p. 576.

⁵⁹ Por todos, cf.: G. CIAN, *Significato e lineamenti della riforma dello Schuldrecht tedesco*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, I, p. 1 ss.

⁶⁰ Tal argumento é sustentado, hoje, sobretudo por: M. BARCELLONA, *Trattato*, cit., p. 65 ss.

⁶¹ S. RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1964, pp. 107 ss., 112 ss., 183 ss. e 199 ss. Para posteriores citações bibliográficas vide: A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Il danno ingiusto (Dall’ermeneutica “bipolare” alla teoria generale e “monocentrica” della responsabilità civile)*, Parte II, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2003, p. 220 ss.

⁶² O *leading case*, como evidenciado, é representado pela decisão: Cass., Sez. un., 22 de julho de 1999, n. 500, in *Giust. civ.*, 1999, I, p. 2270 ss.; conforme Cass., Sez. un., 11 de novembro de 2008, nn. 26972, 26973, 26974 e 26975, in *Danno e resp.*, 2009, p. 25, com nota di A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO.

⁶³ Assim, M. FEOLA, *Le obbligazioni di sécurité*, Torino, 2012, p. 339 ss.

4. "Contato social" versus "contato negocial". Responsabilidade do *status professionale* seus discípulos. Obrigações *ex lege* e integração da relação segundo a boa-fé

A existência de uma relação obrigatória na ausência de contrato e de uma prestação requer a individuação de um posterior "ato ou fato" (nos termos do artigo 1173 c.c.) que constitua sua fonte⁶⁴. Malgrado a concepção das relações obrigatórias derivadas de comportamento social típico⁶⁵ tenha sido, posteriormente, rejeitada por seu próprio Autor "na medida em que se refere a conduta puramente factual sem fundamento negocial"⁶⁶, a ideia de uma responsabilidade pela confiança conexa ao inadimplemento de uma obrigação sem prestação foi fundamentada, pela jurisprudência italiana, na teoria das relações contratuais de fato decorrentes do contato social (*kraft sozialen Kontaktes*), como concebida por Günter Haupt⁶⁷, e na sucessiva reelaboração, realizada por Hans Dölle⁶⁸, em termos de *fattispecie* autônomas. A Corte de Cassação, quando "contratualizou" a responsabilidade na presença de "um obrigado 'que não existe'"⁶⁹, individualizou a fonte da responsabilidade contratual não tanto no inadimplemento de uma obrigação sem prestação, ou em uma noção geral de responsabilidade pela confiança, mas na violação de "deveres decorrentes de situações (não de contrato, mas) de simples contato social"⁷⁰. E assim, entre outros, foram qualificados como "contato social", além da famosa responsabilidade do médico empregado por uma unidade de saúde pública ou privada⁷¹, aquela do "preceptor" empregado de uma instituição de ensino por não ter supervisionado "a *segurança* e a

⁶⁴ Entre outros vide: M. BARCELLONA, *op. cit.*, p. 71.

⁶⁵ Sustentada, precisamente, por K. LARENZ até a IX edição (1968) da sua obra (assim, G. VARANESE, *Commiato dalla teoria dei rapporti contrattuali di fatto*, in G. HAUPT, *Sui rapporti*, cit., p. 42). A mudança de opinião do exímio mestre é destacada por H. KÖHLER, *Karl Larenz*, in *VersR*, 1993, p. 421.

⁶⁶ K. LARENZ e M. WOLF, *Allgemeiner Teil des deutschen bürgerlichen Rechts*, IX ed., München, 2004, p. 579.

⁶⁷ G. HAUPT, *op. ult. cit.*, p. 50 ss.

⁶⁸ H. DÖLLE, *Außergesetzliche Schutzpflichten*, in *ZStW*, 103, 1943, p. 67.

⁶⁹ Com grande eficácia, cf. A. DI MAJO, *Le tutele*, cit., p. 65.

⁷⁰ Cass., Sez. un., 26 de junho de 2007, n. 14712, in *Corriere giur.*, 2007, p. 1708, com nota de A. DI MAJO.

⁷¹ Basta citar o *leading case*: Cass., Sez. III, 22 de janeiro 1999, n. 589, in *Corriere giur.*, 1999, p. 441 ss., com nota de A. DI MAJO, *L'obbligazione senza prestazione approda in Cassazione*.

incolumidade do aluno durante o tempo em que ele frui da prestação escolar⁷²", a de "pagamento inexato" do banco que negociou um cheque não transferível em favor de um sujeito não legitimado⁷³, aquela "da atividade procedimental" da Administração Pública em relação ao cidadão, a qual seria caracterizada por um contato "específico e diferenciado"⁷⁴. A esses casos deve-se acrescentar a orientação da Corte de Cassação⁷⁵, da qual a princípio se duvidou⁷⁶, mas depois foi confirmada pela jurisprudência mesmo na ausência do reenvio às Seções Unidas⁷⁷, que enquadrou no contexto (pelo menos "próximo" àquele) contratual uma hipótese de responsabilidade pré-contratual da Administração Pública, em virtude de um "contato social" entre as partes que, por dar origem a uma confiança mútua dos contraentes, é 'qualificado' pela obrigação de 'boa-fé' e pelas correlatas 'obrigações de informação e de proteção', positivamente previstas pelos artigos. 1175, 1375, 1337 e 1338 c.c."⁷⁸.

Em outras hipóteses, a jurisprudência, ao ter que decidir sobre *fattispecie* caracterizadas pela violação dos deveres (protetivos) de informação, individuou na determinação dos sujeitos um requisito essencial para a existência da relação obrigatória. Assim, o acionista detentor de uma participação acionária superior a 30% do capital social foi considerado vinculado por uma verdadeira obrigação *ex lege* que tem sua fonte no artigo 106 t.u.f., já que a oferta pública de aquisição integral é direcionada a um "círculo bem definido" de sujeitos, identificados entre "aqueles que são, naquele momento, titulares de ações emitidas pela companhia"⁷⁹. Por outro lado, em caso de descumprimento das prescrições legislativas (artigos 92, 94-101 t.u.f.) para a elaboração do prospecto informativo, a responsabilidade é alocada ao contexto não

⁷² Cass., Sez. un., 27 de junho de 2002, n. 9346, in *Foro it.*, 2002, I, c. 2649.

⁷³ Cass., Sez. un., 26 de junho de 2007, n. 14712, cit., p. 1708 s.

⁷⁴ Cass., 10 de janeiro de 2003, n. 157, in *Foro it.*, 2003, I, c. 78, e Cons. Stato, 2 de setembro de 2005, n. 4461, *ivi*, 2006, I, c. 457.

⁷⁵ Cass., Sez. I, 20 de dezembro de 2011, n. 27648, in *Europa e dir. priv.*, 2012, p. 1240 ss.

⁷⁶ Ad es., Cass., Sez. II, 10 de janeiro de 2013, n. 477, in *Danno e resp.*, 2013, p. 755.

⁷⁷ A esse respeito: A. ZACCARIA, *La natura della responsabilità per culpa in contrahendo secondo il punto di vista del gambero*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, p. 345.

⁷⁸ Cass., Sez. I, 12 de julho de 2016, n. 14188, in *Danno e resp.*, 2016, p. 1051 ss.

⁷⁹ Cass., 10 de agosto de 2012, n. 14400, in *Giur. it.*, 2012, p. 2043. Fala de responsabilidade por "contato social", Cass., Sez. I, 13 de outubro de 2015, n. 20560.

contratual, uma vez que o dever de informação cumpriria a função (jus-públicística) de regulação do mercado e, sobretudo, seria direcionado “a proteger um conjunto ainda indeterminado de sujeitos”⁸⁰.

Apesar da referência à determinação dos sujeitos da relação obrigatória⁸¹, a evocação de uma responsabilidade indefinida de "contato social" mais ou menos qualificado representou uma solução para a qual nossa jurisprudência tem se inspirado, essencialmente, na necessidade de simplificação. Mas essa simplificação introduziu, no presente caso, uma posição substancialmente nova em relação à própria experiência alemã que, por um lado, renegou essa doutrina⁸², sobretudo por seus pressupostos ideológicos, que representava o “instrumento para justificar uma arbitrária limitação da liberdade (e não apenas a contratual)”, com base na “fortíssima sugestão exercida pelas doutrinas político-sociais vigentes, à época, na Alemanha”⁸³; por outro lado, entendeu o “contato negocial” precisamente “em contraposição a um mero ‘contato social’”⁸⁴. A situação que ocorreu na Itália tem sido considerada paradoxal: enquanto, “há mais de dez anos, nossa jurisprudência tem invocado o contato social como uma possível fonte” de obrigações “nas situações mais díspares”, na Alemanha atual nega-se, de forma “praticamente unânime”, que “um simples contato social possa ser considerado fonte de obrigações”⁸⁵.

A Corte de Cassação italiana, também para reafirmar a responsabilidade solidária do médico com a unidade de saúde, identificou a fonte da obrigação em um “simples ‘contato social’”, admitindo “que as obrigações podem surgir de relações contratuais de fato, nos casos em que certos sujeitos entrem em contato”⁸⁶. Na espécie, o médico não tinha feito “algo que não deveria ter feito”⁸⁷, mas não tinha feito (*culpa in non faciendo*) aquilo que deveria ter feito, ou seja, “o que ele estava obrigado a fazer em virtude de um precedente *vinculum iuris*, de acordo com o

⁸⁰ Cass., 11 de junho de 2010, n. 14056, in *DeJure*.

⁸¹ Por todos, v. M. GIORGIANNI, *L'obbligazione (La parte generale delle obbligazioni)*, I, Milano, 1968, p. 43.

⁸² Confirmado, igualmente, por C.-W. CANARIS, *Il “contatto sociale” nell’ordinamento giuridico tedesco*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, p. 5.

⁸³ L. RICCA, *Sui cosiddetti rapporti contrattuali di fatto*, Milano, 1965, pp. 21 e 20.

⁸⁴ A. DI MAJO, *Le tutele*, cit., p. 66, in nt. 34.

⁸⁵ A. ZACCARIA, *Der aufhaltsame Aufstieg*, cit., p. 78.

⁸⁶ Cass., 22 de janeiro de 1999, n. 589, cit., p. 444.

⁸⁷ A esse respeito: H. STAUB, *op. cit.*, p. 40.

esquema característico da responsabilidade contratual”⁸⁸. Além do argumento levado a efeito⁸⁹, que derruba a expressão concebida por Staub⁹⁰ para incluir nas perturbações do adimplemento as hipóteses de violações (positivas) do contrato diversas da omissão e do atraso, deve-se notar que o problema resolvido pela Corte não dizia respeito ao tema dos deveres de proteção. Conforme admitido, na espécie, pela própria Corte de Cassação⁹¹, a sentença tinha por objeto apenas o inexato adimplemento da prestação por parte de um sujeito, preposto do Ente, que não tinha obrigação em relação ao paciente. A questão essencial, portanto, dizia respeito à teoria das fontes da obrigação⁹², no sentido de admitir ou não a eventualidade de que, no âmbito do sistema "aberto" codificado pelo art. 1173 do Código Civil Italiano⁹³, fosse possível que a execução da prestação, espontânea em relação ao paciente, mas devida em relação ao Ente, configurasse um "ato ou fato" idôneo a constituir uma relação obrigatória em conformidade com o ordenamento jurídico. O problema dos deveres de proteção era eventual e posterior em relação à existência da obrigação: uma vez admitido que esse “contato social” fosse idôneo a produzir uma obrigação, colocava-se o problema de admitir ou não eventuais deveres de proteção “conexos” à execução (incorreta ou mesmo exata) da prestação.

Não deve ser negligenciado, aliás, que na maioria dos casos tipificados pela jurisprudência em termos de “contato social” (médico, "preceptor", etc.) se estava na presença de hipóteses clássicas de responsabilidade pelo fato dos auxiliares⁹⁴, e as soluções aceitas para eles, no sentido de responsabilidade contratual e não de responsabilidade

⁸⁸ Cass., 22 de janeiro de 1999, n. 589, cit., p. 444.

⁸⁹ Afirma que o argumento «é daqueles que impressionam»: A. DI MAJO, *L'obbligazione senza prestazione*, cit., p. 447.

⁹⁰ H. STAUB, *op. loc. ult. cit.*

⁹¹ Cass., 22 de janeiro de 1999, n. 589, cit., p. 443.

⁹² A. DI MAJO, *op. ult. cit.*, p. 449.

⁹³ A esse respeito cf.: M. GIORGIANNI, *Appunti sulle fonti dell'obbligazione*, in *Riv. dir. civ.*, 1965, p. 71 ss.

⁹⁴ Tanto é que a doutrina, quando exemplifica o fato do auxiliar, cita o caso do «cliente em tratamento em uma clínica» que «sofre lesões por culpa de um profissional da saúde de tal clínica» (C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 5, *La responsabilità*, Milano, 1994, p. 64). No mesmo sentido: Cass., Sez. III, 26 de junho de 2012, n. 10616, in *Danno e resp.*, 2013, p. 840.

extracontratual⁹⁵, não poderiam ser diferentes de uma interpretação unitária do art. 1228 c.c. em relação a todos os outros auxiliares do devedor. A propósito, não parecia possível, por um lado, excluir a possibilidade de que o auxiliar do devedor pudesse ser “ele mesmo um devedor” e, portanto, submetido à responsabilidade contratual em relação ao credor⁹⁶; por outro lado, afirmar que o médico empregado por uma unidade de saúde (que é auxiliar do devedor) seja diretamente responsável pelo paciente por via contratual, em virtude de uma responsabilidade de confiança decorrente do *status* profissional específico.

O problema, no final, foi resolvido pelo legislador que, ao recorrer a um sistema bipolar, qualifica, desta vez inequivocamente, em termos extracontratuais (artigo 7º, parágrafo 3º, I, de 8 de março de 2017, n. 24) a responsabilidade dos profissionais de saúde que desenvolvem sua atividade em estrutura pública ou privada, “mesmo se escolhidos pelo paciente e ainda que não fossem funcionários da própria estrutura” (parágrafo 1º), que executam suas prestações em regime de profissionais liberais internos, no âmbito de atividades de experimentação e pesquisa clínica ou em relação “conveniada com o Serviço Nacional de Saúde, bem como por meio de telemedicina” (parágrafo 2), a menos que tenham atuado no cumprimento de obrigações contratuais assumidas diretamente com o paciente (parágrafo 3º). Paralelamente a essa responsabilidade delitual por culpa (art. 2043 c.c.) do operador individual, é prevista a responsabilidade contratual (exart. 1218 c.c.) da unidade de saúde ou sociosanitária que, no cumprimento de sua obrigação, tem feito uso dos profissionais que atuam nas condições descritas.

Se não parece verossímil, nesta verdadeira luta entre “*formanti*” do direito, que doutrina e jurisprudência possam reconfirmar a orientação precedente⁹⁷, é de se perguntar qual é o impacto que tal norma – que

⁹⁵ Nesse sentido, de há muito, leciona a doutrina prevalecente (por todas: C.M. BIANCA, *op. loc. ult. cit.*).

⁹⁶ C. CASTRONOVO, *Ritorno all'obbligazione senza prestazione*, in *Europa e dir. priv.*, 2009, p. 708.

⁹⁷ Na sequência da denominada “lei Balduzzi”, havia sustentado a tese contratual que, depois, tornou-se prevalecente na jurisprudência: (Cass., Sez. III, 19 de fevereiro de 2013, n. 4030, in *Danno e resp.*, 2013, p. 367), M. FEOLA, *La responsabilità del professionista sanitario per il danno da “nascita malformata”*, in A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO e M. FEOLA, *La responsabilità civile*, cit., p. 435 s.

parece ser uma norma do sistema – pode ter sobre a responsabilidade mais geral do “contato social”. Embora seguramente irrelevante para os deveres de proteção conexos à prestação, o mesmo não se pode dizer para as teorias do contato social e obrigação sem prestação. Se é lícito supor que os outros casos de responsabilidade dos auxiliares deverão ser reconduzidos, por coerência, ao seio da responsabilidade extracontratual, a hipótese mais significativa que parece permanecer é a de responsabilidade pré-contratual. Mas aqui a ciência jurídica italiana terá que aprender a distinguir, na esteira da experiência alemã, entre o genérico “contato social” e o “contato negocial” qualificado pela obrigação *ex lege* de se comportar segundo a boa-fé (art. 1337 c.c.). O problema, então, centra-se nas fontes da relação obrigatória: do mero “contato social” à existência de obrigações *ex lege* que encontram seu fundamento nos deveres de boa-fé e correção (artigos 1175 e 1375 do Código Civil Italiano) os quais, no cumprimento da função integrativa da relação obrigatória, constituem expressão do dever de solidariedade (artigo 2º da Constituição). Embora parte do direito civil italiano tenha detectado uma suposta "ambiguidade" dessa categoria, também com base na afirmação simplista segundo a qual não há “obrigação que não encontre sua causa na lei”⁹⁸, seja o direito francês, que de fato os codifica (art. 1100) explicitamente com a reforma de 2016, seja a alemã, nunca duvidaram que as regras gerais do direito das obrigações valem "não apenas para os contratos, mas, também para os deveres de toda espécie e, assim também, para as relações obrigatórias que têm fonte na lei, de modo que a responsabilidade pelo inadimplemento destes últimos é igual àquela que surge dos contratos"⁹⁹. Portanto, mais do que conjecturar a adesão do nosso legislador de 42 (art. 1173 c.c.) à tripartição gaiana e não à bipartição justiniana¹⁰⁰, parece apropriado reiterar, por meio de autorizada doutrina germânica, que a *summa divisio* se articulada não mais entre responsabilidade contratual e responsabilidade extracontratual, mas entre esta última e a "responsabilidade por violação de deveres

⁹⁸ F. GAMBINO, *Le obbligazioni*, 1, *Il rapporto obbligatorio*, in *Tratt. dir. civ.* coordenado por R. Sacco, Torino, 2015, pp. 118 s. e 51.

⁹⁹ C.-W. CANARIS, *op. ult. cit.*, p. 4.

¹⁰⁰ Nesse sentido: V. CARBONE, *Responsabilità precontrattuale della P.A. che non adempie l'obbligazione ex lege di comportarsi secondo buona fede*, in *Danno e resp.*, 2016, p. 1061 s.

decorrentes de uma relação obrigatória¹⁰¹ que tem sua fonte tanto no contrato quanto diretamente na lei.

5. Da "obrigação sem prestação" à "prestação sem obrigação". *Culpa em contrahendo* e prestações "indevidas" como fonte de obrigações de proteção

A teoria da obrigação sem prestação, se suprimido o mencionado “contato social”, não parece capaz de explicar “como” e “quando” a relação se torna “uma categoria essencial da obrigação”¹⁰². Apesar de ter sido afirmado que “Estar em relação já significa dever, reciprocamente, alguma coisa”, e isso precisamente para evitar uma “inversão inexplicável entre fato e direito”¹⁰³, pois, na realidade, se supôs “*ex ante* o caráter ‘relacional’ da relação, para extrair a consequência de que o dever de proteção perde sua natureza *delitual*, para assumir aquela contratual”¹⁰⁴. Em tal reconstrução haveria uma “petição de princípio”: seria necessário se perguntar “como pode um dever e/ou uma obrigação, desprovido na origem da ‘relacionalidade’, transferi-la *tout court*, a uma situação definida como não-relação, ou seja, não relacional”¹⁰⁵. Acaba-se, assim, “invertendo-se a sequência tradicional”, já que é a obrigação, “por definição, uma situação ‘de relação’ entre sujeitos determinados”, estruturada em torno da obrigação de prestação, “a atribuir o caráter de ‘concretude’ ao ‘dever de proteção’ de natureza delitual, quando este, nela, venha se inserir”¹⁰⁶.

A proteção, portanto, deve ser “sempre funcional e em qualquer caso conexas à prestação” ou de qualquer modo “devida na eventualidade dela”¹⁰⁷. Diversamente, a “anulação” de qualquer conexão com a prestação faria desaparecer “qualquer parâmetro que permitisse que a situação de responsabilidade fosse definida com base em

¹⁰¹ Com sua habitual clareza de pensamento: C.-W. CANARIS, *op. loc. ult. cit.*

¹⁰² O autor mencionado é C. CASTRONOVO, *La relazione come categoria essenziale dell'obbligazione e della responsabilità contrattuale*, in *Europa e dir. priv.*, 2011, p. 55 ss.

¹⁰³ C. CASTRONOVO, *op. ult. cit.*, pp. 73 e 61.

¹⁰⁴ A. DI MAJO, *L'obbligazione "protettiva"*, in *Europa e dir. priv.*, 2015, p. 9.

¹⁰⁵ A. DI MAJO, *op. cit.*

¹⁰⁶ A. DI MAJO, *op. cit.*

¹⁰⁷ A. DI MAJO, *Le tutele*, cit., p. 65.

comportamentos prometidos, acordados ou de outra forma devidos”¹⁰⁸. O reconhecimento de uma obrigação de proteção também “na eventualidade” de uma prestação, além de alinhar o nosso direito à reforma do direito alemão (§ 311 BGB), parece compreender o significado daquela obrigação que, pela vontade expressa da lei, surge no desenvolvimento das tratativas e na formação do contrato, obrigando as partes a se comportarem de acordo com a boa-fé (art. 1337 c.c.). E assim é também para os contratos inválidos ou de outra forma ineficazes. Na ausência de uma disciplina análoga¹⁰⁹, o direito francês, fiel à ideia de “conexão” funcional da obrigação de *sécurité* em relação à prestação e ao contrato, colocou a responsabilidade pré-contratual no leito da responsabilidade extracontratual. Mas, na Itália, é precisamente o texto dos artigos. 1337 e 1338 c.c. que podem levar ao reconhecimento de uma “relação obrigatória autônoma, a ser classificada entre as relações *ex lege*”, *inter partes* e “relativas”¹¹⁰, cuja violação é fonte de responsabilidade contratual.

A solução dos problemas das responsabilidades pré-contratual ou pós-contratual¹¹¹, embora concernente à aplicação da regra da boa-fé objetiva prescrita pelo nosso ordenamento, diz respeito apenas ao “contato negocial”, especificamente identificado no desenvolvimento das tratativas, na formação do contrato e na relação pós-contratual merecedora de proteção¹¹². Com essa regra, o legislador pretendia regulamentar não uma hipótese de contato social qualificado pela confiança gerada pela “qualidade da parte que a lei atribui aos sujeitos em tratativa”¹¹³, mas “a particular relação que se encontra próxima ao contrato” ou que se segue ao contrato e que é, “intrinsecamente semelhante à relação que surge de um contrato”¹¹⁴. Trata-se daquele

¹⁰⁸ A. DI MAJO, *op. cit.*

¹⁰⁹ Vide as inovações introduzidas pela reforma do direito dos contratos, *infra*, § 6, in fine.

¹¹⁰ L. MENGONI, *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi» (Studio critico)*, in *Riv. dir. comm.*, 1954, I, p. 369, incluindo a nota 16. Sobre o tema: F. BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, Milano, 1963, pp. 67 ss., 126 ss.; C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, III ed., Milano, 2006, p. 459 ss.

¹¹¹ Identifica na «boa-fé para além do contrato» a regra ordenadora da relação pós-contratual: A. BERTOLINI, *Il postcontratto*, Bologna, 2018, p. 295 ss.

¹¹² A. BERTOLINI, *op. cit.*, p. 454 ss.

¹¹³ C. CASTRONOVO, *Ritorno*, cit., p. 698.

¹¹⁴ L. LAMBO, *Obblighi di protezione*, cit., p. 386.

“contato negocial” sobre o qual fala o legislador alemão no § 311, não, ao invés, de uma responsabilidade de mero contato social. As “especificidades” da *culpa in contrahendo* e da relação pós-contratual são tais, a ponto de justificar “a transição da situação de não relação para aquela de relação”: mas não parece “ser permitido ‘velejar’ para além dela, no ‘mar aberto’ de relações com natureza e classificações diferentes”¹¹⁵.

A teoria da obrigação sem prestação, como tem sido implementada pela jurisprudência, apesar das anunciadas propostas de generalização, na prática tem sido aplicada a alguns casos de responsabilidade pela confiança decorrente do *status* profissional do qual se reveste o causador do dano. Doutrinas mais recentes, por outro lado, refletindo ora sobre o tema das prestações indevidas¹¹⁶, ora sobre a expressão *ähnliche geschäftliche Kontakte* (§ 311, parágrafo 2º, n. 3 do BGB)¹¹⁷, examinaram hipóteses muito relevantes, nas quais a obrigação existe, mas diz respeito a um sujeito diverso (é o caso, por exemplo, das prestações realizadas pelos auxiliares do devedor), ou nas quais a relação, por ventura fundada em uma promessa, é considerada “não jurídica”¹¹⁸ em virtude da incoercibilidade (por exemplo, relações de cortesia) e da espontaneidade (por exemplo, gestão dos negócios alheios, obrigações naturais, adimplemento de terceiros) da prestação.

Eis que, então, o problema se desloca da ontologia da “obrigação sem prestação” para a pragmática da “prestação sem obrigação”. A intuição de Adolfo di Majo, que originalmente poderia parecer uma benévola provocação expressa mediante um hábil jogo de palavras, foi objeto de uma atenta reflexão. Dado que “um dos temas mais debatidos” dizia respeito precisamente à possibilidade de individuar deveres de proteção não vinculados à obrigação de prestação, e que não pareceu “suficientemente demonstrada a generalização da indicação proveniente do art. 1337”, uma vez que, “para tal fim, talvez não seja suficiente a referência à categoria *puramente lógica da relação*”¹¹⁹, afigurou-se

¹¹⁵ A. DI MAJO, *L'obbligazione "protettiva"*, cit., p. 11.

¹¹⁶ F. VENOSTA, *Prestazioni non dovute, "contatto sociale" e doveri di protezione "autonomi"*, in *Europa e dir. priv.*, 2014, p. 109 ss.

¹¹⁷ A. ZACCARIA, *Der aufhaltsame Aufstieg*, cit., p. 91 ss.

¹¹⁸ G. MARINI, *Promessa ed affidamento nel diritto dei contratti*, Napoli, 1995, p. 312.

¹¹⁹ As expressões entre aspas são de: F. VENOSTA, *op. cit.*, pp. 109 s., 112 e 113.

“necessário argumentar em bases normativas” o que deva consistir o “contato social”, capaz de criar deveres de proteção. Porém, mais do que de “contato social”, de *per si* inidôneo a constituir uma obrigação com base na referência genérica ao art. 1173 do Código Civil Italiano¹²⁰, a investigação diz respeito àquelas hipóteses tipicamente previstas em lei (por exemplo, adimplemento de terceiros, delegação de pagamento, contrato nulo, mas executado, gestão de negócios alheios, pagamento indevido, pagamento ao credor aparente, etc.) nos quais, mesmo na ausência de obrigação prévia, o ordenamento permite a execução de uma prestação¹²¹. Nesses casos, o surgimento dos deveres de proteção poderia ser explicado pelo fato de ambas as partes aceitarem “conscientemente a lei da obrigação”, com as quais se relacionam mesmo que apenas no campo do adimplemento¹²². Aqui, a realização de uma prestação indevida instaura aquela “relação jurídica especial”¹²³, aquela “relação particular”¹²⁴ que expõe ambas as esferas jurídicas ao risco de “incidir sobre pessoas e bens da outra parte”¹²⁵. A relação que se instaura por força da execução de uma prestação indevida, mas permitida por lei, ou seja, uma obrigação sem prestação, pode gerar deveres de proteção cujo objetivo é proteger a outra parte de danos que poderiam derivar da relação específica e por meio dela.¹²⁶ Mas, neste caso, diversamente do que se afirma, não se trata de deveres de proteção “autônomos”¹²⁷, mas de deveres de proteção que de qualquer forma estão funcionalmente “conexos” à execução (exata ou inexata) de uma prestação, mesmo que não seja devida. Os deveres de proteção não surgem como efeito da prévia constituição de uma relação obrigatória, mas por causa da execução, *secundum legem*, de uma prestação sem obrigação.

A esse propósito, observou-se que o terceiro que realiza uma prestação não devida em relação ao credor (art. 1180 c.c.) instaura uma

¹²⁰ Nesse sentido: A. ZACCARIA, *op. cit.*, p. 92 ss.

¹²¹ A investigação foi desenvolvida sobretudo por: F. VENOSTA, *op. cit.*, p. 109 ss. Sobre o tema, S. DELLE MONACHE, *Tutela risarcitoria e inadempimento contrattuale* (a proposito delle “prestazioni senza obbligazione”), in *L'incidenza della dottrina sulla giurisprudenza nel diritto dei contratti*, Camerino-Napoli, 2016, p. 399 ss.

¹²² A. DI MAJO, *op. ult. cit.*, p. 13, in nt. 30.

¹²³ Sobre o qual já falava HE. STOLL, *Commiato*, cit., p. 25.

¹²⁴ C.-W. CANARIS, *Norme di protezione*, cit., pp. 572 ss., 808 ss.

¹²⁵ HE. STOLL, *op. cit.*, p. 25 s.

¹²⁶ Segundo as palavras de HE. STOLL, *op. cit.*, p. 26.

¹²⁷ *Contra*, F. VENOSTA, *op. cit.*, p. 119.

relação jurídica que poderia gerar deveres de proteção para com ele. Nesse contexto, um papel ainda mais significativo é assumido pela execução de prestações que constituem o objeto de obrigações não coercitivas, porque qualificados por lei como “execução de deveres morais ou sociais” (por exemplo, art. 2034 c.c.), ou considerados pela doutrina e jurisprudência dominantes como execução de obrigações “não jurídicas”, visto não se caracterizarem pela realização de um interesse econômico do promitente e/ou pelo exercício da atividade profissional¹²⁸. O tema envolve as denominadas relações de cortesia, que as experiências francesa, alemã e italiana confirmaram, por força da tradição, no âmbito da responsabilidade extracontratual por culpa. De se notar, todavia, que o critério do profissionalismo no exercício da atividade é um critério que prova muito (ou muito pouco), uma vez que não caracteriza todos os contratos (onerosos ou gratuitos) que são considerados juridicamente relevantes. Além disso, se examinarmos a jurisprudência sobre o tema, o fato do interesse do promitente tem sido, frequentemente, compreendido de forma ambígua e polissêmica, dando origem a decisões incertas e contraditórias¹²⁹. No âmbito da circulação rodoviária, a distinção entre transporte oneroso, gratuito e de cortesia tem causado uma disparidade injustificada de tratamento entre as vítimas (eventualmente, de um mesmo acidente). Enquanto os passageiros transportados a título oneroso e gratuito puderam se beneficiar, na França, do regime de responsabilidade objetiva contratual decorrente da *inexécution* de uma obrigação de *sécurité* de resultado e, na Itália, da inversão do ônus da prova previsto pelo reticente art. 1681, par. 1º, c.c., nos transportes de cortesia continuou a recair sobre o transportado o ônus de provar a culpa do transportador, nos termos do art. 1382 (hoje 1240) *code civ.* ou 2043 c.c.

Essa situação de desigualdade foi remediada, desde 1968, pela *Chambre mixte* da Corte de Cassação Francesa¹³⁰, ao permitir, seja ao transportado de “cortesia”, seja às vítimas *par ricochete*, que pudessem se

¹²⁸ Sobre estes dois critérios, vide A. GIANOLA, *Atto gratuito, atto liberale. Ai limiti della donazione*, Milano, 2002, p. 171 ss.

¹²⁹ Cf., por exemplo, a jurisprudência citada por: V. BUONOCORE, *I contratti di trasporto e di viaggio*, in *Tratt. di dir. comm.*, coordenado por V. Buonocore, Torino, 2003, pp. 69-71, também na nota n. 115.

¹³⁰ Cass., Ch. Mixte, 20 de dezembro de 1968, in *Rec. Dalloz*, 1969, *Jur.*, p. 37.

valer do regime da responsabilidade objetiva delitual, prevista no art. 1384, par. 1º (hoje 1242, par.1º) *code civ.*, "equivalente"¹³¹ ao previsto, mas em sede contratual (obrigação de *sécurité-résultat*), para os transportados a título oneroso ou gratuito. Diante da proposta (desconsiderada na experiência jurídica italiana) de considerar o transporte gratuito e de cortesia no âmbito de um único paradigma normativo que caracteriza o transporte "sem correspectivo"¹³², o problema foi resolvido pelos legisladores francês e italiano, pelo menos no que diz respeito ao transporte mediante veículos automotores. Tanto a *Loi Badinter* (art. 1º da Lei n. 85-677) quanto o Código de Previdência Privada (artigo 141 do Decreto Legislativo n. 209 de 2005) unificaram a disciplina dos transportes a título oneroso, gratuito ou de cortesia, prevendo um regime de responsabilidade objetiva que, encontrando seu fundamento no contrato de seguro, representa a superação da divisão tradicional entre as duas espécies de responsabilidade civil por meio de "une unification des régimes d'indemnisation"¹³³.

Em relação às outras relações de cortesia, não parece que o caráter da patrimonialidade ou não do interesse do promitente possa continuar sendo considerado decisivo. Seja porque, como é conhecido, a prestação pode corresponder também a um interesse não patrimonial do credor (art. 1174 c.c.)¹³⁴; seja porque, mais do que examinar a natureza econômica ou não econômica dos interesses, seria prioritário verificar se tais interesses são merecedores de tutela em conformidade com o ordenamento jurídico (art. 1322, par. 2º, c.c.). Por outro lado, mesmo a prestação de cortesia, ainda que incoercível, não pode deixar de se inspirar nos princípios de probidade e de boa-fé que permeiam todas as atividades que podem ser definidas como "prestação",

¹³¹ Para uma pesquisa sobre posteriores regras "equivalentes" que induzem a jurisprudência a qualificar a responsabilidade ora em termos delituais ora em termos contratuais, vide M. FEOLA, *Le obbligazioni di sécurité*, cit., pp. 35 ss., 222 ss. e *passim*.

¹³² Vide BUONOCORE, *op. cit.*, pp. 65 e 79 s.

¹³³ G. VINEY - P. JOURDAIN, *Les conditions de la responsabilité*, in *Traité dr. civ.* J. Ghestin, III éd., Paris, 2006, p. 1289 s.

¹³⁴ A propósito, cf. M.R. MARELLA, *Le conseguenze «non patrimoniali» dell'inadempimento. Una tassonomia*, in *Colloqui in ricordo di Michele Giorgianni*, Napoli, 2007, p. 175 ss.

“independentemente do título e mesmo que não sejam juridicamente devidas”¹³⁵.

Na Alemanha, uma solução semelhante foi proposta com base na interpretação da expressão *ähnliche geschäftliche Kontakte* (§ 311, parágrafo 2, n. 3 BGB). Se não quisermos entender essa locução como uma referência inutilmente repetitiva àqueles contatos negociais “de menor intensidade”, de qualquer modo semelhantes aos já previstos nos precedentes nn. 1 e 2, a expressão poderia ser referida “precisamente às relações de cortesia ‘puras’, em consideração à sua afinidade com os contatos negociais” e de sua capacidade de gerar deveres de proteção com base em “um princípio de tutela da confiança análogo ao que anima a teoria da responsabilidade *in contrahendo*”¹³⁶.

6. O caráter reparatório das obrigações de *sécurité* e dos deveres de proteção

Outro aspecto colocado em nítida evidência¹³⁷ é o da natureza *reparatória* da obrigação de *sécurité-resultat*, visto ser ela definida como uma “obligation indemnitaire” com características utilitárias e funcionais muito acentuadas¹³⁸. O próprio nascimento da obrigação de *sécurité* atesta uma função corretiva indiscutível, consistindo na exigência de tutelar o transportado – na presença de uma lacuna no *Code Napoléon* (art. 1782 ss.) – mediante a previsão de um regime de responsabilidade contratual objetiva que isentasse o credor da prestação de transportar da prova (diabólica) da *faute précise* requerida pela disciplina de direito comum sobre o tema da responsabilidade extracontratual (art. 1382, hoje 1240, *code civ.*)¹³⁹. A sucessiva evolução da jurisprudência sobre o transporte confirmará essa tendência. Mas, visto que a classificação em

¹³⁵ F. VENOSTA, *op. cit.*, p. 143.

¹³⁶ A. ZACCARIA, *op. cit.*, pp. 90 e 91.

¹³⁷ M. FEOLA, *L'obbligazione come rapporto complesso*, cit., p. 126 ss.

¹³⁸ D. MAZEAUD, *Le régime de l'obligation de sécurité*, in *Gaz. Pal.*, 1997, II, p. 1201.

¹³⁹ Nesse sentido, a conclusão do Procurador Geral L. SARRUT, in *Rec. Dalloz*, 1913, I, p. 254 s., em relação à Cass., 21 de novembro de 1911, e Cass., 27 de janeiro de 1913, *ivi*, I, p. 253 ss. Sobre o tema: R. RODIÈRE, *Le régime légal de l'obligation de sécurité due par les transporteurs à leurs voyageurs*, in *Sem. jur.*, 1952, I, *Doctr.*, 997, e a atenta reconstrução histórica de J.-L. HALPERIN, *La naissance de l'obligation de sécurité*, in *Gaz. Pal.*, 1997, II, p. 1178.

termos “de meios”¹⁴⁰ da obrigação do transportador de “adotar as medidas de segurança” contra os *accidents de gare* e *de quai* não era igualmente favorável à vítima contraente, gerando uma disparidade de tratamento¹⁴¹ em relação ao “terceiro” (a quem se aplicava a disciplina mais favorável de responsabilidade objetiva delitual, nos termos do artigo 1384, par. 1º, hoje 1242, par. 1º), com o caso Valverde¹⁴², a jurisprudência procederá a “descontratualizar” o regime de responsabilidade também para o transportado, com base na ideia (já expressa no caso "Caramello")¹⁴³ de que poderá haver obrigação de *sécurité* (de resultado), e, portanto, uma tutela contratual, somente durante a execução do contrato, ou seja, a partir do momento em que o passageiro começa a entrar no meio de transporte até o momento em que termina de sair dele¹⁴⁴.

Também na Alemanha e na Itália a descoberta dos deveres de proteção tem desempenhado um papel reparador, contribuindo para o alcance de uma tutela mais intensa da vítima, em comparação com a que teria sido alcançada com base na aplicação das regras de responsabilidade delitual por culpa. Já Hermann Staub¹⁴⁵, dois anos após a entrada em vigor do BGB, havia identificado uma incongruência nas diversas disciplinas sobre responsabilidade dos auxiliares “no adimplemento” e “na atividade”¹⁴⁶. Não há dúvida de que esse problema caracterizará a experiência alemã ao longo de todo o século XX¹⁴⁷, se for verdade que uma autorizada doutrina identificou a mesma “função da teoria dos ‘deveres de proteção’” precisamente ao “tornar aplicável o par. 278 BGB” no lugar do § 831¹⁴⁸, a fim de excluir a prova liberatória prevista na disciplina extracontratual e de estender o remédio ressarcitório

¹⁴⁰ Intervenção com o caso “Dame Decharme”: Cass., I Ch. civ., 21 de julho de 1970, in *Rec. Dalloz*, 1970, *Jur.*, p. 767 s.

¹⁴¹ Considerada «chocante» por C. MASCALA, *Accidents de gare: le «déraillement» de l’obligation de sécurité*, in *Rec. Dalloz*, 1991, *Chron.*, p. 81.

¹⁴² Cass., I Ch. civ., 7 de março de 1989, in *Gaz. Pal.*, 1989, II, *Jur.*, p. 633, com nota de G. PAIRE.

¹⁴³ O qual (Cass., I Ch. civ., 1 de julho de 1969, in *Rec. Dalloz*, 1969, *Jur.*, p. 640 s.), entre outros, deu origem à articulada evolução jurisprudencial.

¹⁴⁴ Cass., 1 juillet 1969, cit., p. 640.

¹⁴⁵ *Le violazioni*, cit., p. 70 s.

¹⁴⁶ Também HE. STOLL, *Commiato*, cit., p. 50.

¹⁴⁷ M. FEOLA, *La responsabilità civile*, cit., p. 55.

¹⁴⁸ C.-W. CANARIS, *Norme di protezione (Parte seconda)*, cit., p. 802.

contratual também aos auxiliares independentes¹⁴⁹. Há, também, uma vantagem adicional para a vítima no terreno do ônus da prova, visto que, enquanto na responsabilidade extracontratual ele “grava, em princípio, sobre o credor”¹⁵⁰, no caso de responsabilidade contratual é o devedor que deve comprovar a ausência de sua responsabilidade pelo inadimplemento (§ 280, par. 1, BGB). A teoria das *Schutzpflichten* e a extensão dos efeitos de proteção também no que diz respeito a terceiros, então, permitiram proteger interesses não protegidos nos termos da responsabilidade delitual (por exemplo, danos puramente econômicos, danos causados por *culpa in contrahendo* e derivados de contratos nulos, danos de informações incorretas, etc.), com base na convicção de que deve ser precisamente o contrato – e não a responsabilidade delitual – “o instrumento típico de salvaguarda dos interesses patrimoniais”¹⁵¹.

Na Itália, a importação da doutrina das obrigações de proteção e da controvertida ideia de “contato social” possibilitou, pelo menos em setores específicos, proporcionar maior proteção à vítima. Sobretudo no campo da saúde, mas um discurso análogo também pode se aplicar a outras hipóteses identificadas pela S.C., verificou-se a superação da divisão entre obrigações “de meios” e “de resultado”¹⁵² e a reconstrução de uma disciplina finalmente unitária do inadimplemento¹⁵³, o que, no entanto, hoje é questionado por uma orientação da Terceira Seção¹⁵⁴ que, com relação às obrigações de *facere* profissional¹⁵⁵, propõe uma desenvoltura “extracontratualização”¹⁵⁶ de parte do direito das obrigações. Mas, de acordo com o *dictum* das Seções Unidas, a alegação de um inadimplemento “abstratamente idôneo para causar o dano reclamado” inverte, no que diz respeito à responsabilidade delitual comum por culpa

¹⁴⁹ C.-W. CANARIS, *Il “contatto sociale”*, cit., pp. 2 e 3.

¹⁵⁰ C.-W. CANARIS, *op. ult. cit.*, p. 3.

¹⁵¹ C.-W. CANARIS, *Norme di protezione (Parte prima)*, cit., p. 576.

¹⁵² A. NICOLUSSI, *Sezioni sempre più unite contro la distinzione fra obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi*, in *Danno e resp.*, 2008, p. 875.

¹⁵³ Assim, Cass., Sez. un., 11 de janeiro de 2008, n. 577, in *Danno e resp.*, 2008, p. 790.

¹⁵⁴ Introduzido pela Cass., Sez. III, 26 de julho de 2017, n. 18392, in *Danno e resp.*, 2017, p. 696 ss., com nota de D. Zorzit, *La Cassazione e la prova del nesso causale: l’inizio di una nuova storia?*

¹⁵⁵ Cf. Cass., Sez. III, 11 de novembro de 2019, n. 28991, in *Danno e resp.*, 2020, p. 72 s., anotada criticamente por A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Inadempimento e causalità “materiale”: perseverare diabolicum*.

¹⁵⁶ Nesse sentido, A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *La Terza Sezione e la strana teoria dell’inadempimento... extra-contrattuale per colpa*, in *Danno e resp.*, 2019, p. 249 ss.

(art. 2043 c.c.), o ônus da prova da causalidade (material) individual¹⁵⁷ “cabendo, ao devedor, ‘demonstrar a inexistência do inadimplemento ou que, embora tenha existido, não é etiologicamente relevante’”¹⁵⁸. Para fins de interrupção da relação causal “é totalmente irrelevante a prova da diligência no adimplemento, cabendo ao devedor provar o caso fortuito ou a força maior” e pesando sobre ele “o risco da causa desconhecida e inverificável”¹⁵⁹. Desta forma, a jurisprudência italiana emulou a função *remedial* que a obrigação de *sécurité* assumiu na experiência francesa.

7. **Segue. As obrigações de *sécurité* e sua conexão com as reparações delituais. As propostas de reforma e a Ord. 2016-131**

Na evolução subsequente, a classificação da obrigação de *sécurité* em termos “de meios” ou “de resultado” foi pontualmente realizada pelos Tribunais, a fim de identificar a disciplina aplicável à relação concreta, sobretudo quando essa obrigação foi inserida (como na maioria dos casos ocorridos) dentro de um contrato atípico. O número e a variedade de contratos aos quais a jurisprudência vinculou essa figura “são impressionantes”, a ponto de ter sido questionado se “o âmbito desta obrigação não se estende a qualquer convenção cuja execução possa lesar, em um momento qualquer e de qualquer forma, a segurança física de um dos contraentes ou mesmo a dos bens que lhe foram confiados pela outra parte”¹⁶⁰.

No entanto, a questionável ideia segundo a qual, na tradição francesa, a *faute* civil ainda representa a noção unitária ordenadora tanto da responsabilidade delitual quanto da contratual¹⁶¹ significará que, pelo menos nas hipóteses em que o dano for causado por uma coisa sob custódia, o remédio contratual baseado na obrigação de *sécurité* “de

¹⁵⁷ Para uma distinção entre causalidade material “geral” e “individual”, cf. A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Inadempimento e causalità*, cit., p. 83; no mesmo sentido, F. Piraino, *Il nesso di causalità materiale nella responsabilità contrattuale e la ripartizione dell’onere della prova*, in *Giur. it.*, 2019, p. 736.

¹⁵⁸ Nesse sentido: M. FEOLA, *Le obbligazioni di sécurité*, cit., p. 366.

¹⁵⁹ M. FEOLA, *op. cit.*

¹⁶⁰ G. VINEY - P. JOURDAIN, *Les conditions*, cit., p. 458.

¹⁶¹ Sobre o tema basta citar os tratados mais atentos (G. VINEY - P. JOURDAIN, *op. cit.*, pp. 363 ss., 428 ss.).

meios” se tornará mais desfavorável para a vítima do que o remédio aquiliano baseado no art. 1384, par. 1 (hoje, 1242, par. 1). A tutela contratual da obrigação de *sécurité* “de resultado” será circunscrita a hipóteses específicas¹⁶² e nem sempre significativas do ponto de vista social. Com exceção de algumas decisões mais recentes, o Tribunal de Cassação, além do contrato de transporte terrestre, identifica uma obrigação de resultado suportada pelos administradores de teleféricos¹⁶³ (enquanto uma disciplina diferente diz respeito a teleféricos de cadeiras e de transporte de esquiadores)¹⁶⁴, de *resorts*¹⁶⁵, de carrosséis¹⁶⁶, de carrinho bate-bate¹⁶⁷ e de montanha-russa¹⁶⁸, suportados pelos restauradores ou pelo gestor de outras estruturas (hotéis, colônias, resorts) no que diz respeito à qualidade dos alimentos¹⁶⁹ e da babá *professionnelle* a que são confiadas crianças que não são capazes de cuidar de sua própria segurança¹⁷⁰. Na quase totalidade dos outros “contratos”, no entanto, a jurisprudência, fiel ao princípio do *non-cumul*, atribui uma tutela ressarcitória contratual, mas com base em uma obrigação de *sécurité* “de meios”. E será precisamente a *prolifération*¹⁷¹ das obrigações de *sécurité-moyens* que exortarão a doutrina a contestar veementemente esse fenômeno: por um lado se reconhecerá o

¹⁶² Vide M. FEOLA, *op. ult. cit.*, pp. 233 ss., 251 ss., 346 ss. e *passim*.

¹⁶³ Para uma explícita qualificação em termos de obrigação “de resultado” cf., por exemplo, Cass., I Ch. civ., 17 de fevereiro de 1987, in *Sem. jur.*, 1988, II, 21082.

¹⁶⁴ M. FEOLA, *op. ult. cit.*, p. 235 ss.

¹⁶⁵ Embora não mencionando explicitamente a obrigação “de resultado”, exclui que sobre o *club* incidisse uma obrigação “de meios”: Cass. crim., 1 de julho de 1997, in *Rec. Dalloz*, 1997, *Inf. rap.*, p. 212.

¹⁶⁶ Uma explícita referência a uma «obrigação de resultado, no que diz respeito à segurança de seus clientes», encontra-se em Cass., I Ch. civ., 18 de fevereiro de 1986, in *Rec. Dalloz*, 1986, *Inf. rap.*, p. 235. Sobre o tema: J. HUET, *Entreprise d'attraction pour enfant: obligation de résultat*, in *Rev. trim. dr. civ.*, 1986, p. 770 s.

¹⁶⁷ Discorrem sobre uma obrigação “determinada” ou “de resultado”: Cass., I Ch. civ., 3 de abril de 1973, in *Rec. Dalloz*, 1973, *Somm.*, p. 91; Cass., 12 de fevereiro de 1975, *ivi*, 1975, *Jur.*, p. 512; Cass., 17 de junho de 1975, *ivi*, 1975, *Inf. rap.*, p. 216.

¹⁶⁸ Com explícita referência à obrigação “de resultado”: Cass., I Ch. civ., 13 de novembro de 1974, in *Sem. jur.*, 1974, II, *Jur.*, 18344; Cass., I Ch. civ., 28 de outubro de 1991, in *Rec. Dalloz*, 1992, *Somm. comm.*, p. 271, na esteira de Req., 13 de maio de 1947, in *Sem. jur.*, 1948, II, *Jur.*, 4032. Cf. P. JOURDAIN, *L'exploitant d'un toboggan est tenu d'une obligation de sécurité de résultat*, in *Rev. trim. dr. civ.*, 1992, p. 397.

¹⁶⁹ Também aqui, com explícita referência à obrigação de *sécurité* “de resultado”, Cass., I Ch. civ., 2 de junho de 1981, in *Gaz. Pal.*, 1982, I, *Pan.*, p. 9.

¹⁷⁰ Cass., I Ch. civ., 13 de janeiro de 1982, in *Rev. trim. dr. civ.*, 1982, p. 770.

¹⁷¹ O termo é utilizado por G. VINEY – P. JOURDAIN, *op. cit.*, p. 453 ss.

“desvirtuamento” do modelo obrigatório, o qual, se tiver como objeto a *sécurité*, deve ser “de resultado”¹⁷²; por outro, se constatará que em muitas hipóteses (por exemplo, no caso de o dano ser causado por uma coisa sob custódia) a qualificação em termos contratuais da tutela seguramente prejudica a vítima, pois a submete a um regime fundado na prova da *faute contractuelle* do devedor, não o permitindo invocar a disciplina bem mais favorável da responsabilidade objetiva aquiliana referida no artigo 1384, par. 1 (hoje 1242, par. 1), *code civ.*¹⁷³ Dessa forma, a elaboração da jurisprudência teria perdido de vista aquele “caráter puramente utilitarista e funcional” que caracterizou “a descoberta, ou seja, a invenção”¹⁷⁴ da obrigação (determinada) de *sécurité*.

Declinada a importante tentativa jurisprudencial de introduzir um regime geral de responsabilidade objetiva contratual “du fait des choses”¹⁷⁵, análogo ao previsto no art. 1384, par. 1, em âmbito aquiliano, que teria possibilitado resolver no sentido da obrigação de *sécurité* “de resultado” a maioria dos casos submetidos ao juízo dos Tribunais por meio da “unificação das regras de responsabilidade”¹⁷⁶, a ciência jurídica francesa orientou-se de maneira divergente.

A jurisprudência começou a operar, mas “caso a caso”¹⁷⁷ e limitadamente a alguns setores, uma “requalificação”¹⁷⁸ das obrigações de *sécurité* (consideradas até então) “de meios” em obrigações “de

¹⁷² P. JOURDAIN, *Le fondement de l'obligation de sécurité*, in *Gaz. Pal.*, 1997, II, p. 1198. De maneira igualmente decisiva, afirma que «l'obligation de sécurité est par sa nature une obligation déterminée», Y. LAMBERT-FAIVRE, *Fondement et régime de l'obligation de sécurité*, in *Rec. Dalloz*, 1994, *Chron.*, p. 84.

¹⁷³ Entre tantos, vide D. MAZEAUD, *Le régime*, cit., p. 1202 ss.; P. JOURDAIN, *op. ult. cit.*, p. 1198 s.

¹⁷⁴ G. VINEY – P. JOURDAIN, *op. cit.*, p. 472.

¹⁷⁵ O *leading case*, dito também «du cerceau brisé» (M. BACACHE-GIBEILI, *op. cit.*, p. 236) foi decidido por Cass., I Ch. civ., 17 de janeiro de 1995, in *Rec. Dalloz*, 1995, *Jur.*, p. 351. O abandono dessa jurisprudência foi imediatamente acolhida por P. JOURDAIN, *La responsabilité contractuelle du fait des choses: la Cour de cassation aurait-elle des regrets?*, in *Rev. trim. dr. civ.*, 1996, p. 632.

¹⁷⁶ G. VINEY - P. JOURDAIN, *op. cit.*, p. 799.

¹⁷⁷ M. BACACHE-GIBEILI, *op. cit.*, p. 238.

¹⁷⁸ O termo é utilizado por M. FEOLA, *op. ult. cit.*, p. 594.

resultado”. Isso ocorreu, por exemplo, no campo das agências de viagens¹⁷⁹ e dos *tour operator*¹⁸⁰.

A doutrina, no entanto, começou a se questionar “se não seria mais simples” e menos artificioso “descontratualizar” a obrigação de *sécurité*¹⁸¹. Isso permitiria, por um lado, “preservar o contrato”; por outro, “evitar que o alargamento artificial” da relação obrigatória possa representar um atentado à função ressarcitória da responsabilidade extracontratual; por outro lado, ainda, de tutelar melhor o credor-vítima, permitindo-lhe “colocar-se no terreno aquiliano” para poder “beneficiar-se” do regime de responsabilidade objetiva *du fait des choses* fundado no art. 1384, par. 1 (hoje 1242, par. 1), *code civ.*¹⁸². Daí as propostas de reforma do direito da responsabilidade civil que, por um lado, previram um regime de concurso¹⁸³ em derrogação do princípio de *non-cumul* (embora enunciado no par. 1 do art. 1341 do Avant-projet Catala) somente para a hipótese em que a *inexécution* tenha causado danos à integridade psicofísica, permitindo ao contraente “obter igualmente reparação deste dano” nos termos da responsabilidade delitual (art. 1386-7, par. 2, prop. da lei L. Béteille) ou poder “optar em favor das regras que lhe são mais favoráveis” (art. 1341, par. 2, Avant-projet Catala); por outro lado, ainda mais radicalmente, propuseram “descontratualizar” a obrigação de *sécurité*, dispondo que “salvo em casos de disposições especiais, as lesões à integridade física ou psíquica da pessoa são ressarcidas” como responsabilidade delitual “ainda que causadas no contexto da execução de um contrato” (art. 3 do projet Terré).

Com a reforma “du droit des contrats” introduzida com a *Ordonnance* n. 2016-131, o legislador não fez, por ora, nenhuma alteração. A disciplina de responsabilidade extracontratual é textualmente reproposta nos arts. 1240-1244, que assim substituem os notórios arts. 1382-1386 *code civ.* E a renúncia do legislador em reformar a disciplina da responsabilidade civil pode ser lida, pelo menos até a próxima pré-anunciada intervenção legislativa, como uma validação de mais de dois

¹⁷⁹ Trib. civ. Nouméa, 12 de agosto de 1991, in *Rec. Dalloz*, 1992, *Jur.*, p. 437, com nota de P. DIENER.

¹⁸⁰ Cass., I Ch. civ., 2 de novembro de 2005, in *Rec. Dalloz*, 2006, *Jur.*, p. 1016.

¹⁸¹ M. BACACHE-GIBEILI, *op. cit.*, p. 239.

¹⁸² M. BACACHE-GIBEILI, *op. cit.*, pp. 129, 130 e 239.

¹⁸³ Tal solução já era prospectada por P. JOURDAIN, *Le fondement*, cit., p. 1200.

séculos de elaboração doutrinária e jurisprudencial. Aliás, as disposições segundo as quais as obrigações têm sua fonte não apenas em atos e fatos jurídicos, mas também na “*autorité seule de la loi*” (art. 1100) e os contratos devem ser tanto “*négociés*” e “*formés*”, quanto “*exécutés de bonne foi*” (art. 1104), com base em uma regra que é explicitamente classificada como “de ordem pública”, parecem implicitamente se referir ao sistema das obrigações de *sécurité*, como foi o caso das obrigações de proteção na Alemanha do século XX com base no § 242 BGB. A referência inédita à *bonne foi* também no curso “*des négociations précontractuelles*” (art. 1112), com a exclusão do reenvio à responsabilidade extracontratual (contida, no entanto, explicitamente no art. 12 do *Projet de réforme*)¹⁸⁴, exprime uma noção de boa-fé no sentido objetivo, cuja violação é fonte de ressarcimento do dano que, todavia, “não pode ter como objeto compensar a perda das vantagens esperadas do contrato não concluído”. O legislador não qualifica a responsabilidade pré-contratual como contratual ou extracontratual, mas limita-se a prever uma figura que se caracteriza pelos limites à extensão da reparação, evidenciado pela codificação do princípio dos interesses denominados negativos.

8. A divisão entre os deveres de prestação e de proteção. A adoção de um método inspirado na escolha do remédio (ressarcitório ou de forma específica) exigível concretamente

Com referência à reforma do BGB, os problemas que interessam à doutrina alemã acerca da relação obrigatória sofreram parcial mudança. Após a limitação da relevância das obrigações de proteção “autônomas” ao problema da responsabilidade pré-contratual (§ 311 BGB), a experiência alemã, atualmente, se interessa, sobretudo, em estudar e classificar as obrigações de proteção que são, de qualquer maneira, estrutural e/ou funcionalmente “conexas” à prestação. Como oportunamente destacado¹⁸⁵, antes da reforma o problema residia no fundamento e na latitude das obrigações de proteção, sendo que após a intervenção do legislador a questão central tornou-se precisamente a

¹⁸⁴ Vide o Projeto de reforma publicado em *Riv. dir. civ.*, 2014, p. 819.

¹⁸⁵ R. FAVALE, *Il rapporto obbligatorio*, cit., p. 78 s.

relação entre obrigações de proteção e obrigações de prestação. Ou seja, examinar o tipo de conexão e do papel desempenhados pelas obrigações de proteção em relação à prestação, a fim de poder enquadrá-las, como *leistungsbezogene Nebenpflichten*, no primeiro parágrafo do § 241, ou, como *nicht leistungsbezogene Nebenpflichten*, no segundo parágrafo do § 241. A distinção não é de importância secundária, pois, enquanto a violação das obrigações referidas no n. 1 do § 241 faz operar todos os remédios previstos “nos §§ 280, 282, 283, 311a, 323, 326 BGB segundo as diversas perturbações da impossibilidade, do atraso, dos vícios da prestação”, no caso de violação das obrigações contempladas no segundo parágrafo do § 241, seriam aplicáveis somente as regras referidas nos §§ 280, 282 e 324 BGB¹⁸⁶. Há, portanto, o relevante problema, para as obrigações de proteção que se enquadram no n. 2 do § 241, de poder exigir não apenas o remédio ressarcitório, mas também o seu adimplemento de forma específica.

A questão já havia sido identificada, ainda que em relação à diversa operatividade do ônus da prova¹⁸⁷, precisamente por Heinrich Stoll. Ao notar que nem “sempre é fácil verificar se se trata apenas de violação do interesse de proteção ou também do interesse da prestação”, o ilustre autor havia considerado como uma violação apenas do interesse à prestação, a título exemplificativo, as hipóteses nas quais: “o locador de um apartamento não mantém em ordem a escada ou [...] não ilumina os acessos à habitação”; “o empreiteiro danifica o material que lhe foi entregue ao custodiá-lo negligentemente”; “o transportador que levou os transportados ao destino exato e no horário, porém feridos”; “o barbeiro causa ferimentos a um de seus clientes durante o barbear”¹⁸⁸. Com base na convicção de que o interesse à prestação “sempre deriva do conteúdo integral do contrato”, observa, por exemplo, que “a locação não é apenas entregar a coisa locada, mas também mantê-la em estado adequado ao uso”, e que no contrato de empreitada “o interesse à prestação consiste precisamente no uso proveitoso dos materiais fornecidos ou na realização da obra”¹⁸⁹. Sem querer entrar no mérito dessas afirmações, é oportuno notar que ele próprio, inconscientemente, dá provas das dificuldades

¹⁸⁶ Nesse sentido: R. FAVALE, *op. cit.*, p. 78.

¹⁸⁷ HE. STOLL, *Commiato*, cit., pp. 34, também nas notas 136, 44 ss.

¹⁸⁸ HE. STOLL, *op. cit.*, p. 34, nota 136.

¹⁸⁹ HE. STOLL, *op. cit.*

dogmáticas que possam concernir à distinção entre obrigações de prestação e obrigações de proteção “acessórias” ou funcionalmente “conexas”, se for verdade que tal exemplificação punha em discussão, na Alemanha, justamente os primeiros casos (em tema de transporte, de locação e de contrato de obras) nos quais a jurisprudência havia identificado efeitos da proteção do contrato “em favor” de terceiros¹⁹⁰; na França, a mesma “descoberta” da obrigação de *sécurité* no contrato de transporte e sua sucessiva extensão aos contratos “análogos” e àqueles “diversos”; na Itália, a estrutura bipartida do artigo 1681, par. 1, c.c. que claramente distingue a responsabilidade do transportador “pelo atraso e pelo inadimplemento da execução do transporte”, à qual a ciência jurídica aplica unanimemente a disciplina de “direito comum” referida no artigo 1218 c.c.¹⁹¹, da obrigação de segurança contra “sinistros que atingem a pessoa do viajante durante a viagem”, pelo qual o transportador é obrigado a provar que “tomou todas as providências idôneas a evitar os danos”. As conclusões alcançadas por Heinrich Stoll parecem ainda mais problemáticas, se for verdade, como ele afirma, que o dever de proteção deve representar “o inverso”, mas também “a integração do escopo positivo da obrigação”¹⁹².

Em um setor que hoje de grande atualidade, como da responsabilidade dos trabalhadores da saúde, Luigi Mengoni já havia advertido como era fácil confundir a obrigação de prestação com a de proteção¹⁹³. A propósito, a própria Corte de Cassação, no momento em que procede à “descoberta” da responsabilidade do funcionário médico pelo contato social, exclui a possibilidade de “compartilhar a tese daqueles que sustentam que, na *fattispecie* seria perceptível um contrato com efeitos protetivos a terceiros (o paciente)”, uma vez que essa figura “se caracterizaria sempre que fosse dedutível de um determinado contrato a atribuição a um terceiro de um direito não à obtenção da prestação

¹⁹⁰ Basta citar, sobre contratos de transporte: RG, 7 de junho de 1915, in *RGZ*, 87, 1916, p. 64, e sobretudo o denominado *Klosterfall* (RG, 18 de novembro de 1915, in *RGZ*, 87, 1916, p. 289); em matéria de contrato de locação, o famoso *Tuberkulosefall* (RG, 5 de outubro de 1917, *ivi*, 91, 1918, p. 21); em matéria de contrato de obra vide *Gasuhrfall*, decidido pelo *Reichsgerichtem* 10 de fevereiro de 1930, in *RGZ*, 127, 1930, p. 218 ss.

¹⁹¹ Cf. Por todos M. IANNUZZI, *Del trasporto*, in *Comm. del cod. civ.* Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1970, p. 77.

¹⁹² HE. STOLL, *op. cit.*, p. 34.

¹⁹³ L. MENGONI, *Obbligazioni «di risultato»*, cit., pp. 371 e 372.

principal, *como ocorre seguramente no caso do paciente*¹⁹⁴, mas de não violar um interesse de proteção. Uma posição mais articulada pode referir-se aos deveres de informação aos quais está obrigado o profissional. Se a informação representa o objeto do contrato¹⁹⁵, seguramente versará sobre obrigação de prestação. Se, por outro lado, a informação representa uma obrigação acessória à qual o profissional da saúde está implicitamente vinculado, a fim de garantir a segurança do paciente, neste caso, mas como em todos os outros, avaliado o grau de conexão com a prestação, será possível reconhecer uma obrigação de proteção.

Abstraindo-se as hipóteses nas quais confundiram-se *sic et simpliciter* as obrigações de proteção com as de prestação¹⁹⁶, uma clara distinção entre esta última e as obrigações de proteção que são funcionalmente “conexas”, por vezes de modo incindível, no que concerne à prestação parece indiscutivelmente problemática e, de qualquer modo, na maior parte dos casos não parece se prestar a ser realizada com base em critérios gerais e abstratos. O esquema delineado pelo art. 1174 c.c. individualiza “apenas a dotação elementar da relação, a qual, em realidade, compreende também todas as atividades acessórias e instrumentais à execução da prestação”¹⁹⁷. Disso decorre que “a obrigação de proteção acaba amparando a obrigação principal, e consolida, inevitavelmente, a primazia desta última na medida em que somente a conduta destinada à execução (ou à recepção) da prestação podem ser propostas como veículos de uma possível lesão ao *Schutzinteresse*”¹⁹⁸.

É justamente a incontestável ideia de obrigação como relação complexa, como “estrutura unitária funcionalmente orientada”¹⁹⁹ que torna extremamente difícil discernir a priori, de forma clara e precisa, o que deve ser incluído no primeiro ou no segundo parágrafo do § 241

¹⁹⁴ Cass., 22 de janeiro de 1999, n. 589, cit., p. 443 (il corsivo è nostro).

¹⁹⁵ Sobre o tema, vide: C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, cit., p. 497; M. FEOLA, *Il danno da «nascita malformata»*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2014, p. 95 s.

¹⁹⁶ Como no caso do denominado *Testamentfall* (W. LORENZ, *Anmerkung* a BGH, 6 luglio 1965, in *JZ*, 1966, p. 141 ss.).

¹⁹⁷ L. NIVARRA, *Alcune precisazioni in tema di responsabilità contrattuale*, in *Europa e dir. priv.*, 2014, p. 48.

¹⁹⁸ L. NIVARRA, *op. cit.*, p. 51, e S. MAZZAMUTO, *Le nuove frontiere della responsabilità contrattuale*, in *Europa e dir. priv.*, 2014, p. 796.

¹⁹⁹ Nesse sentido, C. CASTRONOVO, *La relazione*, cit., p. 69.

BGB. O problema consiste mesmo na identificação de parâmetros idôneos a efetuar e, ao mesmo tempo, sufragar inequivocamente a divisão. Seja o critério do “escopo” da obrigação acessória, no sentido de considera-la entre as obrigações de prestação se for orientada à proteção exclusiva da prestação principal²⁰⁰; seja o requisito da “proximidade” da obrigação acessória à prestação²⁰¹; seja o relevo atribuído ao papel que a violação da obrigação acessória assume em relação à prestação, no sentido de lesar a *Äquivalenzinteresse* ou a *Integritätsinteresse*²⁰²; seja a característica da judicialização da obrigação acessória, ou seja, a possibilidade de exigir o remédio do adimplemento em relação à mera tutela ressarcitória²⁰³, são todos parâmetros que, com base na vontade das partes e do arranjo integral dos interesses individuados, possam ser úteis ao fim de distinguir as obrigações acessórias ligadas à prestação (referidas no par. 1 do § 241 BGB) das obrigações de proteção (referidas no par. 2). Mas precisamente a multiplicidade e heterogeneidade dos critérios propostos indicam a problemática da partição e a impossibilidade de baseá-la em um juízo *a priori*, universalmente válido para toda obrigação e para qualquer contrato. Para chegar a uma classificação exaustiva e completa seria preciso examinar todo o direito das obrigações e dos contratos, “típicos”, mas sobretudo “atípicos”. A classificação, portanto, somente pode ser realizada caso a caso, com base no integral regulamento de interesses e de um juízo comparativo de prevalência que envolva os diferentes parâmetros referentes ao caso em espécie.

O problema parece menos complexo, no entanto, ao se inverterm os termos da questão. Assim, ao invés de efetuar

²⁰⁰ D. MATTHEUS, *Schuldrechtsmodernisierung 2001/2002 - Die Neuordnung des allgemeinen Leistungsstörungsrechts*, in *JuS*, 2002, p. 211; H.-J. MUSIELAK, *Grundkurs BGB*, München, 2002, p. 92 s.; A. TEICHMANN, *Nebenverpflichtungen aus Treu und Glauben*, in *JA*, 1984, p. 546.

²⁰¹ V. EMMERICH, *Das Rechts der Leistungsstörungen*, München, 2003, p. 335; S. MADAUS, *Die Abgrenzung der leistungsbezogenen von den nicht leistungsbezogenen Neben-pflichten im neuen Schuldrecht*, *JURA*, 2004, p. 291 s.

²⁰² D. MEDICUS, *Der Regierungsentwurf zum Recht der Leistungsstörungen*, in *ZfBR*, 2001, p. 511; P. HUBER e F. FAUST, *Schuldrechtsmodernisierung. Einführung in das neue Recht*, München, 2002, p. 131 s.

²⁰³ Già K. LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts, I, Allgemeiner Teil*, München, 1976, p. 9 s.; E. KRAMER, in *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 2, München, 1994, p. 82 s.

preventivamente e *ex ante*, com base em um método dogmático-taxonomico de tipo dedutivo, a qualificação da obrigação em uma das duas categorias para fins de aplicação (da disciplina e) das tutelas (que a doutrina vincula ao primeiro ou segundo parágrafos do § 241 BGB), melhor seria individuar, em concreto, o tipo de remédio exigível. No entanto, isso significa superar o lugar comum segundo o qual a violação da obrigação de proteção consentiria colocar em prática apenas a tutela ressarcitória. Na verdade, a obrigação de proteção “não é relevante apenas, ao par do dever genérico de abstenção, quando a lesão da esfera jurídica alheia já foi consumada, ou seja, na fase do ilícito (não mais extra) contratual e do ressarcimento do dano, mas sobretudo na fase de cumprimento da relação, fortalecido como é de uma normatividade capaz de orientar as partes, de prevenir a inexecução ou de assegurar a execução por meio de remédio inibitório ou em forma específica”²⁰⁴.

Quando a “proximidade/interferência” já “liberou toda a sua carga negativa” – e estas são de longe as hipóteses mais recorrentes na prática – às *Schutzpflichten* somente pode corresponder “um esquema puramente reativo, no sentido de que a tutela concedida ao titular dos interesses toma a forma de ressarcimento do dano decorrente da violação da obrigação”²⁰⁵. Neste caso, o remédio previsto desempenha uma função tipicamente conservadora, devendo “restaurar a integridade do patrimônio (incluindo valores econômicos e existenciais) do sujeito que sofreu interferência indevida em sua esfera jurídica”²⁰⁶.

Todavia, a exigibilidade geral da tutela ressarcitória *ex-contractu*, embora distinguida pela dupla função exercida na reintegração do “plus contractuel”²⁰⁷ ou do ressarcimento do dano consequencial, não exclui que, para determinadas obrigações, embora classificadas como de “proteção”, seja possível solicitar o adimplemento e remédios ulteriores que usualmente são reconduzidos à violação da obrigação, unitariamente considerada como relação complexa. Uma vez aceita a “ideia de que o dever de proteção faz parte do conteúdo da relação obrigatória, seria

²⁰⁴ S. MAZZAMUTO, *Una rilettura del mobbing: obbligo di protezione e condotte plurime d'inadempimento*, in *Europa e dir. priv.*, 2003, p. 659.

²⁰⁵ L. NIVARRA, *op. cit.*, pp. 72 e 49.

²⁰⁶ L. NIVARRA, *op. cit.*, p. 50.

²⁰⁷ Sobre tal noção, cf.: G. HUET, *Responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle*, thèse Paris, 1978, *passim*.

ilógico negar-lhe essa forma de tutela (*específica*) que auxilia a obrigação de prestação”²⁰⁸. Pelo contrário, é precisamente na possibilidade de invocar formas de proteção ulteriores em relação ao ressarcimento do dano que se pode colher uma segura peculiaridade da doutrina dos deveres de proteção em relação à tutela delitual. Os deveres de proteção podem ter conteúdo positivo (deveres de fazer) ou negativo (deveres de abstenção). Pense-se, por exemplo, na eventualidade do locador de um imóvel poder exigir que o locatário se abstenha de realizar atos que coloquem em perigo a estabilidade da coisa locada; ou vice-versa, à possibilidade do locatário ou do empregado exigirem, respectivamente, do proprietário ou do empregador, comportamentos positivos tendentes a garantir a estabilidade do imóvel ou proteger a integridade psicofísica (e, no que concerne aos trabalhadores, também a “personalidade moral”: art. 2087 c.c.) dos sujeitos que habitam ou que trabalham naquele ambiente. Nesses e em outros casos não podem ser excluídos o remédio do adimplemento na forma específica, a possibilidade de exigir a execução forçada nos termos dos arts. 2930 ss. c.c. e, tratando-se de situação de perigo ou de prejuízo iminente e irreparável, os procedimentos de urgência previstos no art. 700 c.p.c. Assim, justamente nas relações duradouras a violação dos deveres de proteção poderá representar um justificado motivo para a resolução do contrato²⁰⁹.

Mais controversa é a questão relativa à eventualidade de a violação das obrigações de proteção permitir à contraparte de requerer a resolução do contrato ou de valer-se da exceção do contrato não cumprido já que os deveres de proteção, segundo opinião comum, não compõem o sinalagma do contrato. Todavia, se é verdade que “o *sinalagma* não coincide com o vínculo que enleia as prestações” visto que esse “é o liame formal por meio do qual se exprime a equivalência dos custos aos quais cada uma das partes deve observar na execução dos contratos”, a não observação dos deveres de proteção poderia representar um comportamento idôneo a desequilibrar a relação contratual, “motivo pelo qual nesses casos pode agir conformemente com os remédios sinalagmáticos”²¹⁰. A questão parece resolver-se no sentido afirmativo

²⁰⁸ A. DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale*, in *Comm. del cod. civ.* Scialoja e Branca, coordenado por F. Galgano, Bologna-Roma, 1988, p. 126 s.

²⁰⁹ A. DI MAJO, *op. cit.*, p. 127.

²¹⁰ C. CASTRONOVO, vocábulo *Obblighi di protezione*, *cit.*, p. 6.

nos casos em que as partes tenham contemplado explicitamente deveres de proteção específicos em uma cláusula resolutiva expressa, na medida em que a avaliação da importância do inadimplemento já foi efetuada pelos contraentes com base na apreciação subjetiva, mas concorde, e, portanto, vinculante para o intérprete. Uma solução diversa representaria uma indevida “intromissão” na esfera de autonomia das partes que “não seria adequada nem oportuna”²¹¹.

9. A correspondência das doutrinas sobre o tema da obrigação com as necessidades e características históricas de cada direito. O fenômeno da "equivalência" e da "simetria" dos regimes de imputação e da unificação de modelos de responsabilidade no itinerário que conduz da culpa à *strict liability*

O nascimento e o sucessivo itinerário percorrido, na Alemanha, pela doutrina dos deveres de proteção e do *Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte* e, na França, das obrigações de *sécurité* e da, embora residual, aplicação da *stipulation pour autrui tacite* encontram o seu fundamento e explicação não em construções avulsas da realidade social, mas nas específicas razões e exigências históricas e jurídicas que caracterizam os dois ordenamentos.

Problemas sociais semelhantes postos pelo desenvolvimento do maquinismo e da revolução industrial²¹² impulsionaram “a imaginação de uma doutrina generosa”²¹³ e, na sua esteira, as Cortes francesas e alemãs a individualizarem soluções análogas sob o perfil operacional, mas que se amoldavam às peculiaridades e ao estilo dos dois diversos direitos. Mesmo que a disciplina do inadimplemento tenha sido a ocasião, na Alemanha, para o início da doutrina dos deveres de proteção, as soluções assumidas pelas ciências jurídicas alemã e francesa serão condicionadas, sobretudo, pelas escolhas sistemáticas (o princípio do *non-cumul* ou do concurso, por exemplo) e pelas diversas fisionomias dos modelos de responsabilidade extracontratual. Como colocado lucidamente em

²¹¹ A. CATAUDELLA, *I contratti*, cit., p. 262, também na nota 354.

²¹² R. RODIÈRE, *Le régime*, cit., 997, § 2.

²¹³ R. RODIÈRE, *op. cit.*

evidência²¹⁴, na França, diversamente do ocorrido na Alemanha, a partida se joga com base na “equivalência” de dois regimes de imputação da responsabilidade que, na substância, assinalam a superação da tradicional partição entre responsabilidade delitual e responsabilidade contratual.

De um lado, há um sistema unitário de responsabilidade por culpa, que é simétrico em âmbito delitual e contratual, porque construído sobre uma única noção de *faute civile*. Malgrado a demonstração, por autorizada doutrina, de que a disciplina do inadimplemento, na França, deve prescindir da noção de *faute*, seja por razões sistemáticas, seja sob o perfil exegético²¹⁵, a jurisprudência continuou a construir o regime da *inexécution* das obrigações “de meio” (seja ou não de *sécurité*) com base nos elementos estruturais (enunciados no texto do art. 1382, hoje, 1240) que são próprios da responsabilidade delitual por *faute prouvée*.

De outro há um sistema unitário de responsabilidade objetiva, que é simétrico nos âmbitos delitual e contratual e que encontra o seu protótipo na “equivalência”²¹⁶ dos regimes da responsabilidade pelo “fait des choses” (art. 1384, par. 1, hoje 1242, par. 1) e pelo inadimplemento da obrigação “de resultado”.

A Corte de Cassação contribuiu para a criação dessa “simetria” quando, em época anterior à “descoberta” do princípio do *non-cumul*²¹⁷, e em um período no qual o art. 1384, par. 1, dificilmente seria aplicado ao caso em espécie²¹⁸, desconhecendo a extraordinária expansão que depois ocorrerá no curso do século XX, seguiu a indicação dos “partigiani”²¹⁹ da responsabilidade contratual, codificando a obrigação de *sécurité* de resultado no âmbito do transporte de pessoas, a fim de eximir os

²¹⁴ M. FEOLA, *Le obbligazioni di sécurité “di mezzi” e “di risultato” nell’uniformazione dei modelli di imputazione delle responsabilità*, in A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO – M. FEOLA, *La responsabilità civile*, cit., pp. 574 ss., 580 ss., 587 ss.

²¹⁵ Cf. D. TALLON, *L’inexécution du contrat: pour une présentation*, in *Rev. trim. dr. civ.*, 1994, p. 223 ss.; ID., *Pourquoi parler de faute contractuelle?*, in *Écrits en hommage à Gérard Cornu*, Paris, 1995, p. 429 ss.; P. REMY, *La «responsabilité contractuelle»: histoire d’un faux concept*, in *Rev. trim. dr. civ.*, 1997, p. 323 ss.

²¹⁶ Nesse sentido, M. FEOLA, *Le obbligazioni di sécurité*, cit., pp. 228 s., 407 s. e *passim*.

²¹⁷ Que vem posta em 1922, por obra de Cass. civ., 11 janvier 1922, in *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, coord. por H. Capitant, F. Terré, Y. Lequette, tome 2, XII éd., Paris, 2008, p. 279 s.

²¹⁸ Não faltam, todavia, algumas tentativas nesse sentido, efetuadas por algumas Cortes de mérito (por ex., App. Paris, 9 de novembro de 1909, in *Rec. Dalloz*, 1911, II, p. 357, I espèce; App. Besançon, 15 de dezembro de 1909, *ivi*, 1911, II, p. 357, II espèce).

²¹⁹ J.-L. HALPÉRIN, *La naissance*, cit., p. 1179 s.

transportados do regime de responsabilidade delitual por culpa, nos termos do art. 1382 (hoje, 1240) *code civ.*²²⁰. A Suprema Corte manteve essa racionalidade simétrica quando, sucessivamente aos limites colocados pelo “caso Caramello”²²¹ à obrigação de *sécurité-résultat*, em um primeiro momento contratualizou, sob o modelo de obrigação “de meios”²²² e, depois, a “descontratualizou”, justamente com base no art. 1384, par. 1²²³, a responsabilidade do “transportador” pelos *accidents de gare e de quai*. Assim entendeu a *Chambre mixte* da Cassação²²⁴, quando, com o propósito de remediar a disparidade de tratamento para os transportados a título “de cortesia”, consentiu a eles e às vítimas *par ricochet* de se valerem do regime de responsabilidade objetiva delitual, previsto no art. 1384, par. 1, equivalente àquele previsto, mas em sede contratual (obrigação de *sécurité-résultat*), para os transportados a título oneroso e gratuito. E a Suprema Corte continuou a raciocinar com base nessa “simetria”, na presença do princípio do *non-cumul*, quando, a contragosto, operou o “chambardement”²²⁵ das obrigações de *sécurité* “de meios” não apenas nos contratos análogos ao de transporte, mas também em todos os outros contratos²²⁶, prevalentemente atípicos, nos quais havia a exigência de assegurar a proteção dos contraentes de maneira “equivalente” ao quanto disposto pelo art. 1382 (hoje, 1240) em âmbito delitual. E assim continuou a raciocinar a Corte de Cassação, quando, ao tentar pôr fim à disparidade de tratamento entre contraente (gravado pelo desfavorável regime da prova da *faute contractuelle* que caracteriza *l'inexécution* da obrigação “de meios”) e terceiro (que, ao contrário, podia beneficiar-se do regime de responsabilidade objetiva delitual do art. 1384, par. 1, no caso em que o dano fosse causado pelo “fait des choses”), propôs, mas sem muito sucesso, o regime de responsabilidade contratual

²²⁰ O «reino» indiscutível da responsabilidade delitual (assim, R. RODIÈRE, *op. cit.*, 997, § 3) é sancionado pela decisão sobre *affaire Recullet* (Cass., 10 de novembro de 1884, in *Rec. Sirey*, 1885, I, p. 129).

²²¹ Decidido pela Cass., I Ch. civ., 1 de julho de 1969, cit., p. 640 s.

²²² Com base no caso “Dame Decharme”: Cass., I Ch. civ., 21 de julho de 1970, in *Rec. Dalloz*, 1970, *Jur.*, p. 767 s.

²²³ Assim no “caso Valverde”, Cass., I Ch. civ., 7 de março de 1989, cit., p. 632 ss.

²²⁴ Cass., Ch. Mixte, 20 de dezembro de 1968, in *Rec. Dalloz*, 1969, *Jur.*, p. 37.

²²⁵ H. GROUDEL, *Vers un chambardement de l'obligation de sécurité dans les contrats?*, in *Resp. civ. ass.*, 1989, *Chron.*, n. 16.

²²⁶ P. DELEBECQUE, *La dispersion des obligations de sécurité dans les contrats spéciaux*, in *Gaz. Pal.*, 1997, II, p. 1184 ss.

*du fait des choses*²²⁷. E continua a raciocinar com base nessa simetria a doutrina quando, falhando essa tentativa, e preocupada com o *deficit* de proteção que a obrigação de *sécurité* “de meios” oferece em relação ao art. 1384, par. 1 (hoje, 1242, par. 1), propôs ao legislador o regime de concurso inspirado na ideia do “tratamento mais favorável” ou, também, a “descontratualização” das obrigações de *sécurité-moyens*.

Essa simetria foi atenuada, mas também confirmada, na divisão entre “obligations de moyens renforcées” e “obligations de résultat atténuées”²²⁸ caracterizadas, ambas, por uma “présomption de faute”²²⁹ a cargo do devedor, suscetível de prova em contrário. A jurisprudência recorreu, frequentemente de modo implícito, a essas categorias intermediárias de limites incertos, seja em presença de contratos considerados análogos aos de transporte (tobogã aquático²³⁰, organizações de passeios a cavalo²³¹, por exemplo), seja para disciplinar relações que prescindiam da transferência da pessoa no espaço, desenvolvendo-se no interior de estabelecimentos, locais ou perímetros fechados (piscinas²³², pistas de patinação²³³, zoológicos²³⁴, etc.), quando considerou necessário oferecer uma maior proteção à vítima (daquela

²²⁷ Cass., I Ch. civ., 17 de janeiro de 1995, in *Rec. Dalloz*, 1995, *Jur.*, p. 350 s.

²²⁸ Cf. B. STARCK - H. ROLAND - L. BOYER, *Droit civil. Les obligations*, 2, *Contrat*, VI éd., Paris, 1998, p. 419; F. TERRÉ - P. SIMLER - Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, VI éd., Paris, 1996, p. 452; C. LARROUMET, *Droit civil*, Tome 3, *Les obligations. Le contrat*, IV éd., Paris, 1998, p. 626.

²²⁹ Textualmente : G. VINEY - P. JOURDAIN, *Les conditions*, cit., pp. 517 e 519.

²³⁰ Por ex., App. Montpellier, I Ch. civ., 20 de janeiro de 1992, in *Sem. jur.*, 1993, II, *Jur.*, 22125, p. 372.

²³¹ O *revirement* (assim, M. FEOLA, *op. ult. cit.*, p. 271) referente à mera obrigação “de meios” (Cass., I Ch. civ., 16 de março de 1970, in *Rec. Dalloz*, 1970, *Jur.*, p. 421; a esse respeito, G. DURRY, *Le loueur de chevaux n'est tenu que d'une obligation de moyens*, in *Rev. trim. dr. civ.*, 1971, p. 161) foi decidido pela Cass., I Ch. civ., 27 de março de 1985, e da Cass., I Ch. civ., 11 de março de 1986, in *Rev. trim. dr. civ.*, 1986, p. 768, com os comentários de J. HUET, *Entreprise de promenade équestre: obligation de moyen, mais appréciée avec sévérité*, *ivi*, 1986, p. 768 s., e de P. RÉMY, *Le coup de l'étrier «américain»*; distinction du louage de chevaux et de l'entreprise de promenade à cheval, *ivi*, 1986, p. 608 s.

²³² Embora sem qualificar a obrigação de *sécurité* como “de meios” ou “de resultado”, App. Lyon, I Ch. civ., 21 de junho de 1973, in *Rec. Dalloz*, 1973, *Inf. rap.*, p. 116.

²³³ A condenação do gestor da pista é sempre formalmente ligada à violação de uma obrigação “de meios” consistente em «assegurar a segurança dos usuários» e em «impedir os jogos e os exercícios perigosos» (Cass., I Ch. civ., 8 de fevereiro de 1961, in *Rec. Dalloz*, 1961, *Jur.*, p. 254).

²³⁴ Trib. gr. inst. de Moulins, 10 de maio de 1977, in *Rec. Dalloz*, 1978, *Inf. rap.*, p. 324, com nota de C. LARROUMET.

derivada do regime de *faute prouvée* que é próprio da obrigação “de meios”), porque julgada particularmente merecedora de proteção (pense-se, por exemplo, nas hipóteses de guarda de menores ou de pessoas com limitações aos gestores de colônias, de associações ou de outras instituições análogas)²³⁵, sem que seja preciso efetuar explicitamente um *revirement* consistente em qualificar como “de resultado” uma obrigação tradicionalmente considerada “de meios”. Tal solução por vezes foi imposta para remediar uma disparidade de tratamento quando, enquanto a Primeira Sessão civil da Cassação continuava a aplicar a essas hipóteses “as regras da responsabilidade contratual, reconhecendo, a cargo do devedor, uma obrigação de prudência e diligência”, a Segunda Seção fazia com que “o menor lesado” se beneficiasse “com as regras da responsabilidade delitual, considerando as “colônias turísticas, *patronato*, os diversos *clubes* como depositários dos objetos utilizados pelas crianças”.²³⁶

As obrigações de meios “reforçadas”, segundo a doutrina, se distinguiriam daquelas de resultado no que se refere ao diverso objeto da prova: enquanto para estas a liberação do devedor quanto à responsabilidade contratual seria limitada à “prova positiva da causa do dano, que deve ser estranha à atividade do devedor”²³⁷ (caso fortuito ou força maior), nas primeiras a (inversão da) prova, a cargo do devedor, se caracterizaria em sentido negativo, concernindo à ausência de *faute*. A duvidosa consistência teórica dessa divisão, porém, é testemunhada seja por aqueles autores que, embora criticando a tendência de considerar obrigações de resultado (ainda que *atténuées*) aquelas obrigações que determinam uma presunção de *faute*, preferiram incluir essa *fattipecie* na categoria das “*obligations de moyens renforcées*”²³⁸; como por aquela doutrina que, ao contrário, em vez de obrigações de meios “reforçadas”, prefere falar em obrigações de resultado “atenuadas”, identificando,

²³⁵ Para algumas hipóteses, confira-se, por ex.: Cass., I Ch. civ., 21 de junho de 1977, in *Sem. jur.*, 1979, II, *Jur.*, 19066 (I espèce); Cass., I Ch. civ., 10 de julho de 1979, in *Rec. Dalloz*, 1980, *Inf. rap.*, p. 47 s.; Cass., I Ch. civ., 10 de fevereiro de 1993, *ivi*, 1993, *Jur.*, p. 605. Afirma que em muitos desses casos a existência da *faute* é deduzida «da simples ocorrência do acidente», G. DURRY, *La responsabilité de ceux qui sechargent des enfants d'autrui*, in *Rev. trim. dr. civ.*, 1982, p. 770.

²³⁶ M. FEOLA, *op. cit.*, p. 294, e già F. C(HABAS), *Notas a Cass.*, II Ch. civ., 13 de maio de 1981, in *Gaz. Pal.*, 1982, I, *Pan.*, p. 9.

²³⁷ C. LARROUMET, *Droit civil*, cit., p. 626.

²³⁸ Cf., por ex., C. LARROUMET, *op. loc. ult. cit.*

explícita ou implicitamente²³⁹, uma com a outra. Assim, as obrigações de meios “reforçadas ou agravadas” se encontram “na vertente das obrigações de resultado”²⁴⁰.

O princípio de “equivalência” entre os regimes de imputação das responsabilidades contratual e delitual, que impulsionam à superação da tradicional divisão fundada na natureza das fontes das obrigações, interessa, hoje, também ao direito italiano. Mas uma certa diferença é identificada, ao menos em nível declamatório, em relação à disciplina do inadimplemento da obrigação “de meios” que, com base nos princípios da imputabilidade ou da proximidade da prova e de presunção de persistência do direito insatisfeito²⁴¹, deveria ser emancipada – sobretudo em tema de responsabilidade das estruturas hospitalares²⁴² – do modelo de responsabilidade por culpa prescrito no artigo 2043 c.c. Além disso, a “contratualização” da responsabilidade não parece um processo inelutável e incontrovertido. Diversamente do que ocorre na experiência francesa, excetuando-se os poucos casos nos quais as Cortes identificaram um “contrato de proteção” ou uma responsabilidade pelo contato social qualificado²⁴³, na quase totalidade das hipóteses nas quais há um contrato ou uma relação jurídica relevante entre as partes, o princípio do “concurso” consentiu à jurisprudência excluir a disciplina da responsabilidade contratual e decidir a controvérsia com base na regra da responsabilidade delitual (sobretudo, o art. 2051 c.c.) que prescreve um regime (mais favorável à vítima) de responsabilidade objetiva²⁴⁴. Isto ocorreu, por exemplo, quando a Corte de Cassação decidiu a favor da responsabilidade civil do gestor de uma piscina pelos danos sofridos por um menor de idade que, ao mergulhar, colidiu com o fundo da piscina²⁴⁵; de um titular de uma escola de equitação, pelos danos sofridos por um

²³⁹ Uma explícita identificação das duas categorias de obrigações é sustentada por: B. STARCK – H. ROLAND – L. BOYER, *op. loc. ult. cit.* Também G. VINEY - P. JOURDAIN, *op. cit.*, pp. 516 s. e 519 s., embora tratando as duas categorias de obrigações separadamente, não indicam elementos suficientes a justificar a divisão.

²⁴⁰ F. TERRÉ – P. SIMLER – Y. LEQUETTE, *op. cit.*, p. 452.

²⁴¹ Enunciados, como é sabido, pela Cass., Sez. un., 30 de outubro de 2001, n. 13533, in *Corriere giur.*, 2001, p. 1567 ss.

²⁴² Cass., Sez. un., 11 de janeiro de 2008, n. 577, cit., p. 790.

²⁴³ Cf. S. FAILLACE, *La responsabilità da contatto sociale*, Padova, 2004, pp. 21 ss., 69 ss.

²⁴⁴ Explicitamente, Cass., Sez. III, 19 de janeiro de 2010, n. 713, in *Danno e resp.*, 2010, p. 921 ss.

²⁴⁵ Cass., Sez. III, 2 de março de 2011, n. 5086, in *Giust. civ.*, 2011, I, p. 1715 ss.

cliente que, no curso de um passeio organizado, caiu do cavalo quando este, assustado com a presença de um animal no percurso, partiu à galope²⁴⁶; de uma sociedade que gerenciava uma autoestrada (a pagamento), pela morte de um condutor de um veículo que, desviado de sua trajetória por causa não identificada, terminou sua trajetória no sistema de drenagem de águas pluviais²⁴⁷; do gestor de hotel pelos danos sofridos pelos clientes que tropeçaram ao percorrer uma escada de mármore²⁴⁸, que escorregaram na sala de refeições por causa da presença de resíduos de comida no pavimento²⁴⁹, que caíram em uma banheira predisposta a ser utilizada também como chuveiro, mas que carecia das indispensáveis proteções antiderrapantes e de apoio²⁵⁰. Igual sorte teve o vigia hoteleiro pelos graves danos sofridos por uma estudante que, durante um passeio escolar, após superar o parapeito da própria sacada e tido acesso ao terraço de cobertura do edifício, caiu ao solo²⁵¹. A escolha por uma regra de responsabilidade objetiva extracontratual foi confirmada também na hipótese de danos “pela custódia” da Administração Pública²⁵². Mas a Cassação, condicionada pela tradição da culpa na responsabilidade civil, por vezes contaminou em sentido subjetivo a interpretação do art. 2051 c.c.²⁵³, segundo uma perspectiva que parece dificilmente compatível com a estrutura e com a história do texto normativo.

Eis que, então, uma reconstrução dogmática unitária da relação obrigatória e das suas tutelas cedem o passo, na Alemanha, na França, assim como na Itália, à tradição jurídica e às escolhas sistêmicas profundas de cada direito. Cada transplante jurídico implica um necessário “processo de assimilação”, em consequência “da diversidade do contexto no qual a figura originária inevitavelmente se encontra”²⁵⁴. Consequentemente à inserção, em âmbito delitual, da responsabilidade civil do profissional da área da saúde (art. 7 1. n. 24 de 2017), as

²⁴⁶ Cass., Sez. III, 21 de janeiro de 2010, n. 979, in *Danno e resp.*, 2010, p. 913 s.

²⁴⁷ Cass., Sez. III, 2 de fevereiro de 2010, n. 2360, in *Danno e resp.*, 2010, p. 555 ss.

²⁴⁸ Cass., Sez. III, 9 de novembro de 2005, n. 21684, in *Foro it.*, 2006, I, c. 1807 ss.

²⁴⁹ Cass., Sez. III, 4 de agosto de 2005, n. 16373, in *Resp. civ. prev.*, 2006, p. 720.

²⁵⁰ Cass., Sez. III, 28 de novembro de 2007, n. 24739, in *Danno e resp.*, 2008, p. 782.

²⁵¹ Cass., Sez. III, 8 de fevereiro de 2012, n. 1769, in *Danno e resp.*, 2012, p. 755 ss.

²⁵² Por ex.: Cass., 9 de maio de 2012, n. 7037, in *Danno e resp.*, 2012, p. 799; Cass., 18 de outubro de 2011, n. 21508, *ivi*, 2012, p. 614.

²⁵³ Cass., Sez. III, 4 de outubro de 2013, n. 22684, in *Danno e resp.*, 2014, p. 616 ss.

²⁵⁴ Assim: C. CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, Milano, 2015, p. 150.

temáticas do contrato social e da obrigação sem prestação poderiam progressivamente “eclipsarem” da cena do direito civil italiano, o qual continua a enquadrar²⁵⁵, assim como na França e no direito europeu²⁵⁶, a mesma responsabilidade pré-contratual em âmbito extracontratual²⁵⁷.

Mais do que se interrogar sobre as fronteiras móveis da responsabilidade civil, poder-se-ia pensar na superação de uma divisão que é inspirada nas fontes das obrigações, prevendo um regime unitário de responsabilidade por atividade específica, prescindindo da qualificação em termos de responsabilidade delitual ou contratual. Em alguns setores a tendência à unificação dos regimes de responsabilidade civil foi sancionada pelo legislador, com base em um único modelo de imputação. Ao transportado a título de cortesia se aplica, finalmente o mesmo regime de responsabilidade aplicável aos transportados a título oneroso ou gratuito. O ressarcimento do dano ocasionado por um produto defeituoso pode ser obtido com base nas mesmas “conditions” por qualquer vítima, independentemente da qualificação como contraente ou terceiro usuário. Igual êxito seria alcançável, por exemplo, para as responsabilidades profissionais, uma vez introduzida a obrigação de segurança, prevendo uma disciplina unitária independentemente da circunstância de estar diante de uma prestação sem obrigação, de informações destinadas a uma “busca bem definida” dos sujeitos ou a um “conjunto bem determinado” de pessoas. Um importante resultado nesse sentido foi alcançado em matéria de responsabilidade médica. Ao ligar o regime unitário de responsabilidade por *faute* (art. L. 1142–1 I *code santé publ.*) a modelos de asseguração obrigatória e de segurança social (onerado pela *solidarité nationale*), o direito francês unificou o sistema de responsabilidade civil em matéria de saúde pública e privada, com base em um “estatuto” autônomo e especial que permitiu superar a tradicional divisão entre *faute contractuelle* e *faute délictuelle* que já “não havia mais sentido”²⁵⁸. Na Itália, embora perdure (mesmo após a l. n. 24

²⁵⁵ Pelo menos até uma próxima intervenção das Seções unidas.

²⁵⁶ TJUE, 17 de setembro de 2002, C. 334/00, in *Resp. civ. prev.*, 2004, p. 400 ss.

²⁵⁷ R. SACCO, in R. SACCO – G. DE NOVA, *Il contratto*, in *Tratt. dir. civ.* coordenado por R. Sacco, t. II, III ed., Torino, 2004, p. 247 ss.

²⁵⁸ Afirma de fato, que não se pode não «felicitar por esta escolha unificante», P. SARGOS, *Deux arrêts «historiques» en matière de responsabilité médicale générale et de responsabilité particulière liée au maquement d'un médecin à son devoir d'information*, in *Rec. Dalloz*, 2010, p. 1523.

de 2017) uma inacreditável forma de contratação obrigatória assimétrica, que vê como obrigados apenas as estruturas e profissionais médicos, sem que um correlato dever de contratar subsista também a cargo da empresa de seguros, a tutela da vítima torna-se ainda mais marcada. De um lado, a clara prevalência assumida pelo regime de responsabilidade contratual do hospital (art. 7, par. 1) que, no adimplemento da própria obrigação, valeu-se dos trabalhos do profissional médico “seja a que título for” (art. 10, par. 1) não pode deixar de exaltar a regra de responsabilidade objetiva contratual firmada pela jurisprudência das Seções unidas²⁵⁹. De outro, a introdução da obrigação de assegurar-se e, sobretudo, da ação direta (art. 12) realizável pela vítima em relação à empresa de seguros, após o insucesso da tentativa obrigatória de conciliação (art. 8), desloca, definitivamente, o sistema, assim como ocorreu para a responsabilidade civil automobilística, da responsabilidade individual por culpa (art. 7, § 3) em direção a um modelo de socialização dos riscos.

No aguardo de intervenções ulteriores destinadas à unificação dos regimes da responsabilidade nos setores de maior relevância social, a história demonstra como, na grande parte dos casos, a escolha pelo remédio contratual ou pelo delitual foi efetuada pelas Cortes, em sistemas caracterizados seja pelo regime do concurso, seja pelo do *non-cumul*, para assegurar à vítima o ressarcimento do dano com base ao regime mais favorável de imputação da responsabilidade. A mesma “descoberta” do princípio do *non-cumul*²⁶⁰ teve a função de defender a tutela contratual da vítima no transporte de pessoas, impedindo que essa, garantida (desde 1911-1913) pela existência de uma obrigação de *sécurité* de resultado, pudesse ver enfraquecida a sua tutela com a menção à regra de responsabilidade extracontratual por culpa, em um período em que teria sido impraticável a aplicação do art. 1384, par. 1, *code civ.*²⁶¹.

Ao percorrer o itinerário que conduz à progressiva elaboração de um “direito comum”²⁶² das responsabilidades, as Cortes (francesas, mas

²⁵⁹ Cass., Sez. un., 11 de janeiro de 2008, n. 577, cit., p. 792.

²⁶⁰ Cass., 11 de janeiro de 1922, cit., p. 279 s.

²⁶¹ Nesse sentido, M. FEOLA, *L'obbligazione come rapporto complesso*, cit., p. 191 s.

²⁶² Sobre o tema permita-nos mencionar A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Hacia un “Derecho Común” de la Responsabilidad Civil*, in *La Responsabilidad Civil*, coordenado por C. Fernández Sessarego, Vol. III, Lima (Perù), 2010, p. 41 ss. Uma significativa adesão a essa ideia ocorreu no direito francês: intitula «*Le droit commun de la*

também italianas e alemãs), ao indicarem uma disciplina “simétrica” e “equivalente” em tema de responsabilidade delitual e contratual, fundada ora sobre a prova da *faute*, ora sobre uma disciplina de responsabilidade objetiva, individualam o problema primário e de tudo preeminente (sobre outras “conditions”) nos standards de imputação da responsabilidade e na tendência à sua unificação. Mais que continuar a subdividir o campo da responsabilidade civil em dois modelos não comunicantes, inspirados ao dado formal das fontes da obrigação, pode-se avançar com a ideia de que ambos os âmbitos de divisão ordenadores sejam aqueles entre a responsabilidade por culpa e responsabilidade objetiva, na consciência de que a existência de sistemas intermédios caracterizados por “presunções de responsabilidade” represente um corretivo passageiro (introduzido pela jurisprudência, no curso de um itinerário que conduz, ao menos em alguns domínios do direito, e ao precípua escopo de tutelar interesses particularmente merecedores de proteção, da responsabilidade individual por culpa aos regimes de responsabilidade objetiva ou absoluta fundados sobre o seguro obrigatório e sobre a *social security*).

responsabilité civile» la “Première partie” do seu tratado: M. BACACHE-GIBEILI, *Les obligations*, cit., p. 133.