

Dossiê

**II Congresso Internacional
de Direito e Inovação**

*La struttura complessa
dell'obbligazione*

ROCCO FAVALE*

* Professor de Direito Comparado na Universidade de Camerino (UNICAM), na Itália.

Rocco Favale (*tradução simultânea*)

Então agradeço ao colega Bucar e, depois desse início bem ameno, já estamos começando com as últimas piadas dessa jornada, que eu segui com muita atenção. E vamos então ao tema, falamos do dano, vamos dar um passo para trás, vamos ao pressuposto do dano. Então, para pagar, o que é que você fez? O que é que aconteceu para acontecer isso? Por que é que você tinha que se comportar? Tinha que se comportar bem? Por que você não fez o que tinha que fazer, então é o *culpa in facendo*, como na responsabilidade poliana. Como diz Ihering, da responsabilidade contratual, você não fez o que tinha que fazer, então você criou um prejuízo e você vai ter que responder por isso. E é sobre isso que eu queria falar com vocês pelo tempo que me deram. Naturalmente, depois eu vou deixar um relatório. Assim, se tiver passagens obscuras para vocês, também para mim, eu vou me desculpar, mas depois eu vou mandar para vocês o escrito.

Eu vou partir de um pressuposto do título. O título de caráter complexo. É complexo? Porque efetivamente a obrigação no curso, no decorrer do tempo, ela se transformou como todas as outras noções. Aconteceu pela propriedade, pela responsabilidade civil e também para a obrigação. Então, o devedor não basta mais que ele só precise fazer a prestação. Ele tem que ter exatamente a prestação, não, isso não basta, ele tem que dar algo mais. Não apenas para comparar, mas o esforço comparativo nesse tema é mínimo, porque a obrigação um pouco navega em todos os ordenamentos da tradição jurídica ocidental, sobretudo, sobre aquela de Civil Law. Mas, mais do que comparação, poderemos falar melhor de circulação, porque isso aconteceu. É o caráter complexo que vai nascer na Alemanha. Nós nos perguntamos sempre, algumas vezes não encontramos a resposta e temos que ficar em silêncio. Mas essa é uma das nossas funções. A complexidade já nasce na Alemanha e, depois, nós não devemos esquecer que o Código Civil se faz em menos de três meses,

então não sabemos se é verdade ou não. E fica aí há mais de duzentos anos, ninguém toca isso, é moderno, que seja moderno, mas o Código Civil fica ali.

O BGB, para formá-lo, foi quase uma gestação de vinte anos e naturalmente seguida por uma escola jurídica, talvez uma das mais importantes. Então, a exigência de encontrar soluções a algumas falhas, deficiências da estrutura do sistema jurídico, é exatamente nesse sistema. Então, depois de vinte anos, nasce um sistema que não é perfeito e, sobretudo, de dois grandes pilares: a responsabilidade contratual, e porque até 2001, o velho códex estabelecia figuras típicas por excelência, a inadimplência e depois a morte.

Há dois anos da aplicação do PQB, nós estamos em 1902 a corte imperial, a corte de cassação seria até a ditadura, no final da ditadura de 1945, que se tornará PGH. Então, o que acontece, ele se encontra na frente de uma hipótese de compreensão de uma prestação existente, mas que o tempo não vai me consentir e nem vai num caso de atraso. Então o colono que tinha vendido o feno para o patrão de uma série de cavalos, com esse com esse feno os cavalos morrem. Então, o que acontece, o juiz de cassação não conseguia encontrar a norma para poder garantir o resarcimento dos danos que a não compleição do agricultor tinha feito nos confrontos do seu comprador. O que eu quero dizer com isso? Então, na época, talvez, é quase seguro, quase certo. A certeza para nós é um ponto de referência, mas dizer que nós temos certeza não, mas é quase seguro para ser prudente, que a complexidade e o alargamento da relação obrigatória nascem de uma exigência de completar lacunas. Então, naturalmente não falemos da responsabilidade extracontratual, porque é a 823 que parte de um princípio de tipicidade. E se alguém vai ler os trabalhos preparatórios, vai ficar meio perplexo. Mas como tem o art. 1.382, temos que lembrar que os franceses já conhecem muito bem o modelo alemão e os alemães conhecem muito bem o

modelo francês.

E sabiam muito bem que existia esse artigo 1.382, que parece que eu ouvi hoje, e me corrijam se eu erro, que tem uma grande confiança no juiz, ou seja, correção, não se falava de correção do contrato, a gente confia no juiz. Bem, o legislador do BGB não confia no juiz. E eu só quero lembrar a vocês, eu vou somente fazer uma passagem aqui pelo modelo suíço. O autor desse Código Civil suíço leva os primeiros três livros ao Parlamento Federal Suíço e vocês sabem que o Código suíço se lembra, enfim, do artigo 1 e do artigo 2. Esses são importantes e eu quero fazer referência ao artigo 2, ou seja, ao abuso do direito que é previsto no Código Civil. Então, essa pessoa, quando licenciou o projeto, depois de apresentá-lo ao Parlamento, diz “eu acredito, caro Parlamento, que fiz um bom trabalho, mas eu não posso assegurar, não posso garantir a bondade do juiz. Ou seja, que não é óbvio que confiar em uma avaliação judicial não significa que não haja problemas. E pensamos que o juiz vai dizer se tem ressarcimento ou não há esse dano. E na preparação do BGB tem uma parte que diz, então, eu digo logo para vocês o que eu escolhi, porque o 823? Porque eu parto de um princípio: *casum sentit dominus*, ou seja, o princípio é o dano. Quem é que vai suportar? Suporta quem foi quem sofreu o dano, esse é o princípio. E então, em alguns casos excepcionais, vamos mudar o dano para quem criou, quem o causou. Então, se lemos o art. 823 com essa ótica, entendemos, ou seja, o princípio é não ressarcimento, é o dano livre. Eu faço o dano e não respondo por ele, a não ser que faça o dano à integridade física ou à saúde, à propriedade e termina aí.

E depois tiveram que integrar na jurisprudência o direito da personalidade da pessoa e sabemos o que aconteceu, o direito ao exercício da empresa. A moral da história é a seguinte: o que acontece? Acontece que, em determinadas hipóteses, o juiz que – alemães que não são juízes lógicos, e realmente lógica, em maneira

muito precisa – enfim, nesse caso, os juízes não são lógicos, são axiológicos, ou seja, é uma axiologia que naquele tempo uma axiologia não é essa constitucional. A axiologia é de equidade, vamos dizer assim, se falava do sentido da justiça, e tem que fazer uma hipótese porque eu vi que justamente se usa alguns fatos. E em 1911, uma senhora pede no centro comercial a um rapaz, diz que quer comprar uns metros de linóleo para a casa dela. E o rapaz que estava vendendo perguntou: “que rolo a senhora quer?” E aí ela pede um rolo que está bem no alto e que não está bem colocado ali. E o vendedor, o rapaz que estava, assim, meio sem equilíbrio, tenta pegar aquilo, cai na cabeça da senhora. A senhora se machuca tanto que chega a ambulância e tem que levá-la logo. E a coisa termina aí. E a coisa como começa, termina assim.

E aí, um segundo caso, 1912. E estamos sempre ali no shopping, né? No segundo andar tem umas ofertas, tem umas roupas, casacos, calças, numa zona assim que dava para o andar de baixo e essa roupa estava numa estrutura que pesava 1,5 kg. E para deixar tudo no equilíbrio, ali naquela estrutura, as pessoas estavam ali arrumando e aí essa estrutura cai na cabeça de um senhor. E esse senhor, normalmente, enfim, aqui a gente tem uma causa adversa. Ainda não temos uma tratativa, porque esse senhor passeava ali pelo shopping, pelo centro comercial, olhando as coisas, mas foi ferido ali. E ele também foi para o hospital. Não morreu. E aí o Dolly diz, porque, em 1911, a senhora que foi tutelada de modo contratual e por que aquele senhor ferido depois foi tutelado, protegido em via extracontratual?

Terceira hipótese. Agora não me lembro, uns anos depois, o açougueiro. Um senhor entra no açougue e ali, que também faz uns sanduíches, esse senhor pede à filha do proprietário do açougue um sanduichinho que ele não precisava comer ali, ele pode sair também, mas ele falou assim: “eu quero levar, bota no saquinho que eu vou

levar para casa". E a mocinha prepara esse sanduichinho e é tarde, à noite, no inverno, ele tinha que jantar esse sanduíche, não tinha muita luz. A mocinha, para fazer esse sanduíche com essa luz aí, muda de lugar esse candelabro, vamos chamar assim. E depois esquece de colocá-lo perto das escadas para iluminar as escadas, para que o cliente pudesse sair com segurança. E esquece. E aí o cliente – e o contrato foi concluído – depois de comprar o sanduichinho, escorregava na escada, porque estava no escuro, e se machuca. Tutela extracontratual. E aí o Dolly fala: "Realmente, aqui eu não consigo entender qual é a lógica da contratualidade ou do resarcimento".

Estamos em 1915. Sieber escreve para um jornal, um dos comentários mais vistosos da época, e ele diz: "O relacionamento obrigatório, a estrutura linear, dual, credor e devedor, credor, direito à prestação e devedor, dever, obrigação de executar a obrigação, isso é insuficiente." E Sieber dizia que a relação obrigatória é algo a mais, porque existem os direitos, os ônus, os deveres do credor e eu vou chamar assim de organismos. E ele usa esse termo que depois a doutrina, enfim, só que o 241, o Código original, se baseava nessa estrutura dual: crédito, débito e para.

Isso é avaliado também em algumas normas, aquela da 397, a 367, a figura 397 a remissão do débito e a 397 o cumprimento do débito, enfim. A doutrina a esse ponto se propõe a uma dupla definição da relação obrigatória, que seria aquele romanístico, a estrutura dual, crédito e débito, e depois, uma relação obrigatória em senso lato, no qual não há somente o direito a solicitar o crédito e débito, mas existem também tantas outras obrigações acessórias e assim se fala de obrigação acessória de forma geral.

E, então, faço passos mais largos e termino. Na Alemanha, então, talvez vou ter conseguido ilustrar essa complexidade do caráter complexo da relação obrigatória foi ditada pela necessidade

de tutelar situações jurídicas que, de outra forma, não teriam encontrado nenhum remédio. Então, seria injusto que estas situações lesadas não tivessem uma resposta? Ou seja, uma reparação. No nosso código, e nós vamos diretamente ao código 1942, nós temos três normas no início que, de verdade, são a estrutura da responsabilidade no estilo francês e a estrutura da responsabilidade contratual. E essa também aberta, 1218, não temos essas deficiências, esses déficits. Não temos nenhum tipo de exigência e, ainda assim, a teoria da complexidade das obrigações na Itália desde os anos 1970, graças a três grandes pesquisadores, dois que eram o maestro e a estudante, e o outro era o de maio, que começaram a estabelecer, também de forma normativa, a complexidade do ordenamento do relacionamento de obrigatoriedade, da obrigação.

E eu vou logo na norma que alguém poderia dizer: "sobre qual sobre qual norma você funda a relação das obrigações?" O art. 1.875 que diz: "o devedor e o credor devem se comportar de acordo com as regras corretas. O credor tem direito do crédito e o devedor deve executar a obrigação e os dois têm que se comportar em todas as outras situações que não tem a ver com a prestação. Vamos pensar a obrigação de informação. Eu vendo um produto perigoso e não dou a informação adequada ao comprador para, digamos, bem utilizar esta máquina. E aí a gente tem uma não execução, não cumprimento, porque se você não me diz como eu posso usar essa máquina, bem, você não está cumprindo. É uma obrigação acessória, mas pode ser uma obrigação de proteção, exatamente porque você me deu informação inadequada, o meu operário que usou aquela máquina se machucou. E é uma violação nesse caso à inadequação da obrigação de informação, incidiram na obrigação, na proteção pessoal do sujeito utilizador. E, a esse ponto, depois de ter dado essas coordenadas, eu volto à relação esperando que essas coisas que eu tenho dito tenham feito sentido para vocês. Obrigado!"

