

## FONTES DAS OBRIGAÇÕES

Revista dos Tribunais | vol. 832 | p. 687 | Fev / 2005  
DTR\2005\173

### Moacir Adiers

Desembargador aposentado do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Professor da Faculdade de Direito da Universidade Luterana do Brasil. Membro do Instituto dos Advogados do Rio Grande do Sul. Advogado.

Área do Direito: Civil

### Sumário:

1.Colocação do problema - 2.Diversidade de sistemas jurídicos - 3.Panorama geral das fontes obrigacionais - 4.Noção de fonte e de fonte obrigacional - 5.Obrigações resultantes de danos imputáveis - 6.Conclusão - 7.Bibliografia

### 1. Colocação do problema

Ponto que se revela de trato particularmente difícil no direito das obrigações é o das fontes das obrigações. A dificuldade decorre, de um lado, do grande número de *atos humanos* que são tidos, pelo direito legislado, como hábeis para produzir relações jurídicas obrigacionais; de outro lado, ela também provém da complexidade do enquadramento dessa diversidade de *atos humanos* em categorias conceituais que os abarquem, sem sombra de qualquer dúvida, dada a heterogeneidade dos mesmos. Além disso, a agravar tal situação está o fato de se produzirem, no mundo fático, relações intersubjetivas que, inobstante não constarem de expressa previsão legislativa ou não se enquadrarem em uma das diversas hipóteses nela prevista, são, no entanto, capazes de *produzir deveres* de alguém perante outrem, tais como os que produzem os *atos humanos* que constituem o *suporte fático* de uma norma jurídica. Refiro-me às *relações de ordem fática*, as quais são capazes de produzir efeitos próprios de uma verdadeira relação jurídica obrigacional. Entre nós, as relações fáticas como produtoras de relações jurídicas obrigacionais apenas recentemente foram objeto de consideração e acolhimento por parte de alguns doutrinadores<sup>1</sup> e por alguma parcela da jurisprudência.

### 2. Diversidade de sistemas jurídicos

A questão das fontes obrigacionais se complica também por desatenção com o sistema jurídico que entre nós vigora, e principalmente pela desconsideração da tradição da cultura jurídica brasileira. O jurista, quando cuida de determinar quais sejam as fontes obrigacionais no direito brasileiro, há de estar atento à sistematização nele observada. O jurista brasileiro não tem por que desconsiderar o que é da tradição da cultura jurídica nacional, que nada deixa a desejar perante a cultura jurídica de outros povos, mesmo os mais desenvolvidos.<sup>2</sup> Não se está, com a afirmação, dizendo que não se deva ou não se possa considerar a cultura jurídica de povos estrangeiros. O que se está a afirmar é que, quando se esteja diante de autores e doutrina estrangeiros, deve-se estar muito atento às *semelhanças* ou às *diferenças* que possam existir, no trato da matéria examinada, na legislação brasileira e na legislação estrangeira sob consideração ou exame. É preciso muito cuidado, principalmente ao iniciante, quando da leitura de doutrinador estrangeiro, posto que, além de este estar escrevendo com motivações em uma *tradição cultural* diversa da nossa, pode também *não haver coincidência* no trato legislativo da matéria por ele enfocada. O espírito crítico, próprio do jurista, há de estar atento para essas peculiaridades, para que não incida em erro em decorrência dessa falta de cuidado.

Particular importância assume no trato da questão das fontes obrigacionais, ainda, a consideração de o sistema jurídico brasileiro vincular-se à tradição romano-germânica e de tratar-se de um *sistema legislado* ou *codificado*, ao qual o juiz e o doutrinador nacional estão, de certa forma, vinculados, posto que ele se põe como ponto de partida do atuar de qualquer um deles. Quando se faça o confronto do *sistema legislado brasileiro* com direito de estrutura política e social diferente, como se dá, no *sistema da common law*, que mais se sedimenta em direito consuetudinário, ou que nos costumes e nos precedentes judiciais encontra sua razão de sustentação, o cuidado há de ser redobrado. Os sistemas jurídicos que tem sua filiação no sistema romano-germânico estabelecem, a

## FONTES DAS OBRIGAÇÕES

partir de uma *legislação escrita*, o que deva ser tido como obrigação, regulando, após, as diversas categorias obrigacionais; os sistemas jurídicos que se filiam ao *sistema da common law*, por sua vez, procuram captar e encontrar o que se deva entender por obrigação segundo o que assim seja entendido, ou tenha sido entendido, pelo costume adotado pelo povo e, feito isso, trazê-lo para o âmbito do direito e nele englobá-lo, passando a decidirem os tribunais os fatos de acordo com tal entendimento.

### 3. Panorama geral das fontes obrigacionais

No decorrer da história do direito podem-se vislumbrar as modificações ocorridas no próprio direito das obrigações, a par do tratamento jurídico pelo qual ele passou, determinado pelo desenvolvimento industrial, científico, tecnológico e cultural que se observaram na sociedade e nas relações intersubjetivas.

Não é objetivo deste estudo aprofundar-se no exame das causas determinantes desse desenvolvimento, mas simplesmente apontá-las de modo que sejam suficientes para possibilitar o entendimento quanto às modificações que se operaram, no decorrer dos tempos, na concepção das fontes obrigacionais, bem como de maneira a que possam servir de sustentação às colocações que serão feitas no desenrolar deste trabalho.

O que se pode observar da análise dos enfoques dados pela doutrina dos diversos países, e nisso se estabelece um ponto em comum, é a existência de uma acesa controvérsia e discussão no tocante à indicação de quais sejam as fontes das obrigações. A referência aos doutrinadores estrangeiros, no entanto, pode trazer subsídios para uma melhor compreensão das fontes obrigacionais e se tornar prestimosa no estabelecimento de critérios de classificação e enquadramento delas, de modo a facilitar a compreensão da intrincada matéria.

Daí o fato de se proceder a uma rápida incursão naqueles sistemas jurídicos que tenham, de forma mais direta, servido de inspiração na elaboração do Código Civil (LGL\2002\400) ou influenciado os nossos doutrinadores e tribunais.

#### 3.1 As fontes obrigacionais segundo o direito romano e sua projeção na cultura jurídica dos povos

Os romanistas, tanto nacionais quanto estrangeiros, mostram-se mais ou menos uniformes na identificação das fontes das obrigações no direito romano. Segundo o magistério de José Carlos Moreira Alves, o jurisconsulto Gaio inicialmente apontava como fontes das obrigações os *contratos* e os *delitos* (*Institutas*, III, p. 88), aos quais, mais tarde, veio a acrescentar (no *Libro Secundus Aureorum*) aquelas obrigações que nascem "por certo direito próprio", caracterizando a este como um "elemento genérico", visto que nele poderiam ser enquadradas as mais diversas causas geradoras de obrigações.<sup>3</sup> Ainda segundo o mesmo doutrinador, Justiniano tinha as fontes das obrigações como quatro: o *contrato*, o *quase-contrato*, o *delito* e o *quase-delito*.<sup>4</sup> E o mesmo autor, arremata, afirmando serem fontes das obrigações no direito romano: "os *contratos* (as diversas figuras contempladas de contratos nominados e inominados), os *quase-contratos* (gestão de negócios, enriquecimento sem causa, tutela, o legado, a *communio incidens*), os *delitos* (os de natureza privada: *furtum*, *rapina*, *iniuria* e *damnum iniuria datum*), os *quase-delitos*, e as *obrigações ex lege* e a *declaração unilateral de vontade*".

O romanista Paulo Cesar Cursino de Moreira, por sua vez, escreve: "Gaio (3.88) afirma que as obrigações nascem dos contratos e dos delitos, entretanto, no texto do Digesto (44.7.1.pr.), ele fala em contratos, delitos e outros tipos de causa. Esses outros 'tipos de causa', no texto (D. 44.7.5.1) Gaio diz que são obrigações 'como se fossem por um contrato'. No texto (D. 44.7.5.4) fala que a pessoa se obriga 'como se fosse por um delito ou malefício'. Esse mesmo romanista acaba por classificar as fontes das obrigações, no direito romano, como quatro: contratos, quase-contratos, delitos e quase-delitos".<sup>5</sup>

Assinala Ebert Chamoun que "os quase-contratos e os quase-delitos não seriam senão as *variae causarum figurae* desdobradas, talvez, para atender mais a um propósito de simetria do que a uma necessidade científica".<sup>6</sup> Posteriormente, explica o mesmo autor que os *contratos* eram tidos como decorrentes de "acordos de vontade destinados a criar obrigações". O ter o *simples acordo de vontade* como suficiente para a formação do contrato é entendimento que apenas surgiu em um estágio mais avançado do direito das obrigações. Para ele, os *delitos* "eram os atos ilícitos que

## FONTES DAS OBRIGAÇÕES

lesavam o interesse particular" (= o furto, o roubo, o dano, a injúria). Os *quase-contratos* "eram os atos perfeitamente lícitos dos quais nasciam obrigações sem, contudo, se fundarem no acordo de vontades" (= a gestão de negócios, a tutela, o legado e o pagamento indevido). E os *quase-delitos*, segundo o mesmo doutrinador, "não tinham características próprias, embora fossem, como os delitos, sancionados com o pagamento de uma pena".<sup>7</sup>

A classificação romana das fontes de obrigações viria a ser adotada pelo Código Civil (LGL\2002\400) francês (art. 1.370) e pelo primeiro Código Civil (LGL\2002\400) italiano (art. 1.097)<sup>8</sup> e, pelo prestígio que cercou a estes e a doutrina que a eles se seguiu, ela viria a influenciar também as legislações de outros povos, ou na formação de seu entendimento, frutos de uma visão doutrinária e jurisprudencial inspiradas naqueles. A vigorosa doutrina francesa percorreu o mundo e seduziu estudiosos de outros países, passando a servir de fundamento para a adoção de posicionamento interpretativo de legislações nacionais. E esta influência também se fez sentir, e de forma bastante acentuada, na doutrina e na jurisprudência brasileiras, que foram se abeberar nas fontes doutrinárias francesas e italianas.

Na atualidade, a classificação subsiste no Código Civil (LGL\2002\400) francês.<sup>9</sup> A maioria dos Códigos Civis abandonaram os *quase-contratos* e os *quase-delitos* como fontes de obrigações, mantendo, como tais, no entanto, os *contratos*, os *atos ilícitos*, ao lado de outras causas autônomas.

### 3.2 As fontes das obrigações segundo a doutrina estrangeira

Procedendo-se a uma análise na doutrina estrangeira que maior influência exerceu, ou exerce, na doutrina e jurisprudência brasileiras, verificar-se-á a existência dos que agrupam as fontes das obrigações em cinco espécies: o *contrato*, a *declaração unilateral de vontade*, o *delito*, o *quase-delito* e a *lei*.<sup>10</sup> Outros têm como fontes de obrigações os *contratos*, os *delitos* e os *quase-delitos*, a *gestão de negócios* e o *enriquecimento sem causa*.<sup>11</sup> Outros ainda as classificam em *fontes voluntárias*, aí incluindo as *obrigações contratuais*, as *obrigações nascidas de promessas unilaterais* e em *fontes não voluntárias* ditas também de legais *lato sensu*, aí englobando as *obrigações delituais* e *quase delituais*, as *obrigações quase contratuais* e as *obrigações legais stricto sensu*, as que nascem da *lei*.<sup>12</sup> Há os que apontam, como fontes de obrigações os *atos jurídicos*, nos quais têm englobados os *contratos* e os *compromissos unilaterais*, os *atos ilícitos*, nos quais têm compreendidos os *delitos* e os *quase-delitos*, o *enriquecimento sem causa* e ainda a *lei*.<sup>13</sup>

Para o Código Civil (LGL\2002\400) italiano de 1942, as fontes das obrigações são o *contrato*, o *fato ilícito* e qualquer outro *ato* ou *fato idôneo* para produzi-las em conformidade com o ordenamento jurídico.<sup>14</sup>

O Código Civil (LGL\2002\400) português aponta, como fontes das obrigações, os *contratos* (arts. 405/456), os *negócios unilaterais* (arts. 457/463), a *gestão de negócios* (arts. 464/472), o *enriquecimento sem causa* (arts. 473/482) e a *responsabilidade civil*, fundada em *atos ilícitos* (arts. 483/498) e no *risco* (arts. 499/510).<sup>15</sup>

### 3.3 As fontes das obrigações segundo a doutrina brasileira

No direito brasileiro, tal como se verifica no direito estrangeiro, os doutrinadores não se põem uniformes na indicação das fontes das obrigações. Diante da diversidade de posicionamentos e da dificuldade na sistematização de uma classificação das fontes das obrigações, há quem, entre nós, afirmou ser uma preocupação "ociosa e sem resultados filosóficos"<sup>16</sup> aquela que busque determinar quais as fontes das obrigações e intente lhes dar uma classificação.

Para Manuel Inácio Carvalho de Mendonça, o civilista, "as obrigações somente podem decorrer do *fato voluntário humano* e da *lei*". Segundo ele, "no primeiro se enquadram os *atos lícitos*, isto é, o contrato, o quase-contrato e a vontade unilateral, e os *ilícitos*, de onde delito e quase-delito". E arremata, afirmando serem os contratos, os quase-contratos, a vontade unilateral, e atos ilícitos, as fontes das obrigações geralmente aceitas pelos Códigos.<sup>17</sup> Percebe-se, em seu ensinamento, a nítida influência por ele recebida do direito romano e do direito francês.

Autores mais modernos, por sua vez, afirmam que as obrigações provêm de *atos jurídicos* e da *lei* (Jefferson Daibert,<sup>18</sup> Limongi França<sup>19</sup>); de *atos do homem* e da *lei* (Franzen de Lima<sup>20</sup>); de *atos jurídicos*, tanto bilaterais quanto unilaterais, de *atos ilícitos* e da *lei* (Arnoldo Wald<sup>21</sup>); dos *contratos*, de *declarações unilaterais de vontade*, do *ato ilícito* e de *outras fontes*, aqui englobadas a gestão de

## FONTES DAS OBRIGAÇÕES

negócios, o enriquecimento indevido, reparação civil e risco profissional (Lopes de Oliveira<sup>22</sup>); ou ainda são apontados como fatos geradores de obrigações, os *contratos*, a *responsabilidade civil*, e os *atos unilaterais*, nestes englobadas a promessa de recompensa, a gestão de negócios, o pagamento indevido e o enriquecimento sem causa (Fagundes Varela<sup>23</sup>). Há também os que dizem constituírem-se fontes de obrigações os *contratos*, os *atos ilícitos* e as *declarações unilaterais de vontade* (Nelson Godoy Bassil Dower,<sup>24</sup> Álvaro Villaça Azevedo,<sup>25</sup> Silvio de Salvo Venosa,<sup>26</sup> Carlos Roberto Gonçalves<sup>27</sup>), às quais, outro doutrinador acrescenta a *lei* como uma quarta fonte (Washington de Barros Monteiro<sup>28</sup>). Ainda, são apontadas como fontes aquelas em que as obrigações "têm por fonte imediata a *vontade humana*, as que têm por fonte imediata o *ato ilícito* e as que têm por fonte direta a *lei*" (Silvio Rodrigues<sup>29</sup>). Há, inclusive, quem reduza as fontes de obrigações a uma só, apontando, como tal, a *lei* (Luiz Antônio Scavone Júnior;<sup>30</sup> Oswaldo Opitz<sup>31</sup>). E há quem aponte o *contrato*, o *quase-contrato*, o *delito* e o *quase-delito* como fontes de obrigações, com a ressalva de as duas últimas, modernamente, estarem agrupadas em um fator que denomina *atos ilícitos*, e com o acréscimo às referidas causas geradoras, a *vontade unilateral* consubstanciada na promessa (Antônio José de Souza Levenhagen<sup>32</sup>). Há quem sustente uma classificação quádrupla de fontes de obrigações, consistente na *lei*, no *contrato*, na *declaração unilateral de vontade* e nos *atos ilícitos* (Sebastião José Roque<sup>33</sup>).

Há também os que adotam uma concepção dualista para as fontes das obrigações. Para eles, "a primeira é a *vontade humana*, que as cria espontaneamente, por uma ação ou omissão oriunda do querer do agente, efetuado na conformidade do ordenamento jurídico; a segunda é a *lei*, que estabelece obrigação para o indivíduo, em face de comportamento seu, independentemente de manifestação volitiva" (Caio Mário da Silva Pereira<sup>34</sup>).

### 3.4 Análise crítica da doutrina das fontes obrigacionais

A classificação romana das fontes obrigacionais em *fontes contratuais*, *quase-contratuais*, *delituais*, *quase-delituais* e *as que nascem por certo direito próprio*, percorreu, por influência dos romanistas, a ciência jurídica do mundo. Consoante acentuado anteriormente, tal classificação recobrou importância com a promulgação do Código Civil (LGL\2002\400) francês, em cuja elaboração o sistema romano e a referida classificação desempenharam importante papel. A influência do Código Civil (LGL\2002\400) francês viria a se espalhar pelo mundo, fruto de uma prestigiosa produção doutrinária que se seguiu a ele.<sup>35</sup>

Embora a classificação romana das fontes obrigacionais guarde inegável importância histórica para o estudo das fontes das obrigações, revitalizada pela doutrina francesa que se seguiu ao Código Civil (LGL\2002\400) napoleônico, subsiste na moderna doutrina a sua influência, a fazer com que boa parte da doutrina estrangeira e brasileira apontem, ainda atualmente, como fontes das obrigações o *contrato* e os *atos ilícitos* ou então o *contrato* e a *lei*.<sup>36</sup>

Aos que apontam o *contrato* como fonte de obrigações cabe objetar que ele se mostra insuficiente, visto que não permite enquadrar-se nele os *atos unilaterais* ou *negócios jurídicos unilaterais*, os quais, inobstante não possam ser considerados contratos, são tidos como fontes das obrigações, ainda que autônomas. O *contrato*, na ciência jurídica atual, se mostra insuficiente para se constituir em fonte das obrigações. A categoria jurídica do *negócio jurídico* parece se pôr como mais adequada, além de suficiente na atualidade, para indicar a fonte das obrigações, anteriormente enquadradas nos contratos, com a vantagem de nela poderem ser abrangidos tanto os *negócios jurídicos bilaterais* como os *negócios jurídicos unilaterais*.

Aos que insistem em apontar os *atos ilícitos* como outra das fontes das obrigações, cabe observar que não atentam para a circunstância de existirem situações que não sejam capazes de caracterizar uma conduta ilícita, ou até mesmo para a existência de condutas lícitas e que, inobstante a falta de ilicitude ou de serem tidas como lícitas, são capazes de produzir *dever de prestar indenização*, ou seja, são fontes de obrigações.

Por outro lado, consoante se viu, há os que apontam a *vontade humana* e a *lei* como as fontes das obrigações no sistema brasileiro. Esta classificação também se mostra inadequada, visto que, por vir revestida de visos de generalidade, acaba por nada esclarecer. Ademais, afirmar-se serem a *vontade humana* e a *lei* as fontes das obrigações resulta em um círculo vicioso.

A *vontade humana* é a determinante do atuar ou do não atuar do indivíduo, da ação ou da inércia da pessoa. A *vontade do homem* está na base de tudo. Ela pode atuar no sentido de desencadear um

## FONTES DAS OBRIGAÇÕES

*fato jurídico* e de torná-lo *concreto*, dando-lhe *existência* no plano da concretude prática. Mas, não é da vontade humana, ou dela só, que surge ou nasce um *dever jurídico* de natureza obrigacional. A obrigação surge ou cobra existência com o *fato jurídico concretizado* pela manifestação de vontade ou de um comportamento típico, havidos, no plano jurídico, como produtores de um *dever de prestar*. Considerada a categoria do *negócio jurídico* como um instituto jurídico mais amplo, que abrange e engloba o contrato, ter-se-á que é *do e com o negócio jurídico*, que se concretiza a partir de uma manifestação de *vontade negocial*, que surge, nasce ou se cria uma obrigação. Se a vontade humana é a *desencadeadora do negócio jurídico*, a verdade é que a obrigação surge tão somente no momento em que o *negócio jurídico se torna concreto*, pois é nesse mesmo instante que ele passa a existir no *plano da concretude prática* e a partir do qual se estabelecerá o *dever de prestar*, por *irradiação deeficácia* daquele. E para que isso ocorra, a só declaração de vontade não se mostra suficiente, pois é preciso que a ela se integre ou se conjugue uma norma jurídica que preveja, em seu suporte fático, a manifestação de vontade como forma de sua concretização. É o *negócio jurídico concretizado* por meio de uma manifestação de vontade, por isso, o *fato jurídico lato sensu* que faz surgir o *dever de prestar* e que é, conseqüentemente, a fonte da obrigação que dele deriva.

A *lei*, em um sistema legislado como é o brasileiro, é a *forma* pela qual não apenas se estrutura a sociedade política, econômica e social, como também se constitui no *modo* de regular os contatos sociais e intersubjetivos dos cidadãos, estabelecendo condutas e comportamentos bem como determinando os efeitos que delas lhes possam advir. Mas, nem por isso se mostra válido afirmar ser a *lei* uma outra fonte do *dever de prestar* de natureza obrigacional. Nos sistemas jurídicos legislados e de origem romano-germânicas, a *lei* é o que existe de *comum* na previsão e determinação dos *atos jurídicos*, e quanto à *atribuição* e à *irradiação de seus efeitos*. Ou seja: é a *lei* que ao mesmo tempo *tipifica os fatos jurídicos* que ela admite, ou estabelece os limites postos à criação de outros tipos de fatos jurídicos pelos homens; e também é *atributiva dos efeitos* que tais fatos jurídicos sejam capazes de produzir, estabelecendo a forma em que se dará a *irradiação dos efeitos* que deles possam defluir. A lei é um dado comum, nela estando a origem positivada dos fatos jurídicos. Quando se trata de determinar quais sejam as fontes capazes de gerar um *dever de prestar* de natureza nitidamente obrigacional, isso há de ser buscado internamente no sistema da lei positivada, e não com a simples e genérica indicação de que elas sejam a própria lei. É o buscar, dentro no sistema jurídico, o *fato jurídico* que preveja, como *conseqüência de sua concreção*, o surgimento do *dever de prestar*, característica fundamental da obrigação. Mas não apenas isto. É também o *captar e verificar o momento* em que tal *dever de prestar*, característica de uma relação jurídica obrigacional, surge no plano da concretude prática, que é o lugar em que a obrigação se passa e cobra sentido como reguladora das relações jurídicas intersubjetivas. E aí, mais uma vez e também só aí, percebe-se que a *obrigação surge* quando cobra *existência* ou *concretude prática* o *fato jurídico lato sensu* previsto na lei como hábil para produzir um *dever de prestar* de natureza obrigacional. Não é a lei, por isso a fonte da obrigação, inobstante nela esteja prevista, de forma abstrata, a hipótese obrigacional. É o *fato jurídico concretizado ou materializado*, que determina o nascimento e a existência de um *dever de prestar* de uma pessoa perante outra, de natureza nitidamente obrigacional.<sup>37 38</sup>

A *lei* conjugada com a *vontade do indivíduo*, certamente, se põem como elementos de ocorrência necessária para que surjam os *direitos e as obrigações*, em um sistema jurídico legislado. A *lei* para prever, de forma abstrata, tanto os tipos obrigacionais como sua estrutura e sua eficácia; a *vontade humana* para desencadeá-los e torná-los concretos, ou uma *conduta humana* tida como capaz de lhe impor efeitos de natureza nitidamente obrigacionais (e.g., eventos danosos, lícitos ou ilícitos). Nem só a vontade ou a conduta humana, nem só a lei, é capaz de fazer surgir um *dever de prestar* de natureza obrigacional. É da *conjugação de ambas* e desde que resultem na *concreção de um fato jurídico* gerador do *dever de prestar*, que resulta a obrigação. A vontade ou a conduta humana conjugada com a lei, conquanto sejam desencadeadoras dos *atos jurídicos* de natureza obrigacional, não fazem surgir a obrigação. Esta somente surge do *fato jurídico concretizado*, pois é dele que emana e se irradia o *dever de prestar* de alguém diante de outrem. E esse *dever de prestar* tanto pode decorrer da circunstância de a pessoa ter buscado e querido produzir tal *dever de prestar* como também quando ela não o quis produzir ou assumir e, no entanto, ainda assim lhe seja o mesmo cometido. Então não é só na *vontade humana* e nem mesmo só na *lei* que se deve buscar a determinação das fontes obrigacionais. É nos *atos jurídicos* que, por *concretizados e materializados existencialmente*, sejam capazes de produzir, como conseqüência e por irradiação de seus efeitos, o *dever de prestar* de uma pessoa perante outra.

Por isso, as fontes das obrigações se constituem pelos *atos jurídicos* tidos como hábeis para

## FONTES DAS OBRIGAÇÕES

produzir o surgimento do *dever de prestar* de alguém em favor de outrem, os quais, em virtude de sua *concretização* passam a *ter existência* no plano da concretude prática, que é onde os efeitos se *dão e se passam*.

Estabelecer as *fontes de obrigações*, portanto, consiste na determinação de quais sejam, na sistemática do Código Civil (LGL\2002\400), os *atos jurídicos* que, concretizados, façam surgir o *dever de prestar* por parte de alguém em favor de outrem.

### 4. Noção de fonte e de fonte obrigacional

#### 4.1 Noção de fonte

Em linguagem e sentido comuns, fonte traz o significado de *origem*, de *causa determinadora*, de *princípio* do qual decorrem as coisas. Em outros termos: fonte significa o que faz *nascer*, ou *surgir* alguma coisa.

Assim, quando se alude às fontes está-se indicando a causa que determina o surgimento, o nascimento de determinada coisa. Pretende-se indicar, ou encontrar, aquilo que dá origem ou surgimento à coisa. Ou seja: por meio do estudo das fontes busca-se determinar de onde uma determinada coisa provém, o que a faz surgir, o que é capaz de lhe dar uma realidade ou concretude material ou espiritual.

#### 4.2 Conceito de obrigação e de fontes obrigacionais

O estudo das fontes das obrigações passa primeiro pela compreensão do que seja uma obrigação em sentido jurídico, ou o que a caracteriza como tal. A seguir, pode-se procurar estabelecer quais sejam as fontes das obrigações, tendo em vista o sistema jurídico positivo brasileiro.

##### 4.2.1 Conceito de obrigação

A obrigação, em sentido jurídico, se concretiza ou surge quando uma pessoa assume, ou a ela é cometido, um *dever de prestar*. A obrigação se caracteriza pela existência de um *dever de prestação*. Assim, sempre que alguém tem um *dever de prestar*, há uma obrigação. A obrigação, por sua vez, gera um *dever jurídico* de uma pessoa perante outra, que consiste justamente na *realização da prestação* prometida, ou imposta.

Mas, é preciso que se tenha bem presente que a obrigação é *um efeito jurídico*, que se dá a partir da ocorrência de certos *atos* ou *acontecimentos* que lhe podem dar origem. A obrigação surge da conjugação de dois fatores fundamentais: de um lado, a existência de norma, ou normas jurídicas que tenham como integrando o seu suporte fático determinados fatos e, de outro lado, a *concreção* desses fatos na realidade concreta, fazendo assim incidir tais normas e, *por irradiação de seus efeitos*, fazendo surgir a obrigação.<sup>39</sup> Em virtude da obrigação surgida estabelece-se também uma relação jurídica entre a pessoa obrigada por um *dever de prestação* e a pessoa, ou pessoas, com *direito à prestação*.

##### 4.2.2 Noção de fonte das obrigações

Estabelecido que a obrigação é um *efeito jurídico* que se produz a partir da ocorrência, na concretude prática, de determinados fatos, capazes de fazer incidir a norma jurídica que os preveja, o estudo das fontes das obrigações consiste em responder a essa indagação: o que faz surgir uma obrigação, o que lhe dá causa?

A resposta a essas indagações resulta na *constatação* de quais sejam os fatos determinantes do surgimento de uma obrigação e posterior *classificação* desses fatos, considerados os pontos de *contatos* (= pontos em comum) entre eles e os pontos que servem para *diferenciá-los* (= pontos diferenciadores) entre si. Isso se fará com a atenção centrada no sistema proposto pelo novo Código Civil (LGL\2002\400).

Consoante antes já referido, a obrigação é o resultado da incidência da norma jurídica quando, no plano da concretude fática, ocorre o fato ou ocorrem os fatos, que compõem o suporte fático da norma jurídica. Esse efeito jurídico é o de estabelecer um vínculo que obriga alguém a prestar em favor de outrem. O efeito jurídico tem sempre sua origem em um fato que o desencadeie. O surgimento, ou o nascimento, de uma obrigação está na dependência da ocorrência de fatos que,

pela ordem jurídica, sejam tidos como hábeis para produzir um *dever de prestar*.

Então, quem queira determinar quais sejam as fontes obrigacionais precisa descobrir quais as categorias de fatos que podem, segundo o ordenamento jurídico brasileiro, desencadear ou fazer surgir uma obrigação. A teoria das fontes obrigacionais se preocupa em *descobrir* ou *captar*, dentro em determinada legislação, quais sejam os *fatos geradores* de uma obrigação.

### 4.3 Relação jurídica obrigacional

Uma análise cuidadosa do novo Código Civil (LGL\2002\400) permite ao analista perceber que o estabelecimento de relações jurídicas, em virtude das quais alguém assume, voluntária ou impositivamente, o *dever de prestação* diante de outrem, resulta dos mais *variados acontecimentos vitais*,<sup>40</sup> e que os mesmos têm um campo de abrangência bastante amplo.

A preocupação que nos servirá de orientação é procurar captar quais sejam os *acontecimentos vitais*, tidos pelo legislador civil como capazes de produzir ou gerar uma obrigação. E, além disso, merecerá especial atenção o fato de, se no direito brasileiro, a teoria da "relação contratual fática" pode ter aceitação.

### 4.4 Obrigações que resultam da concreção de negócios jurídicos

Afirma-se que as obrigações têm sua origem em *fatos jurídicos*, tidos como hábeis para produzi-las. E dentre essas categorias de fatos jurídicos, como produtores de relações jurídicas obrigacionais, estão os *negócios jurídicos*. Por *negócios jurídicos*, segundo lição de Karl Larenz, se entende a declaração de vontade expressada por uma pessoa, pelo menos limitadamente capaz, com a intenção de produzir efeitos jurídicos. E quando, em virtude de tal declaração de vontade, a pessoa assume um *dever de prestação* em favor de outra, tem-se uma relação jurídica obrigacional. Para Karl Larenz "negócios jurídicos obrigatórios são aqueles que se dirigem a uma obrigação do autor. Deles nasce uma relação obrigatória quando se assume um dever de prestação".<sup>41</sup>

É nos *negócios jurídicos* que se confere à *vontade humana* uma força jurígena que seja capaz de dar *concretude* a uma relação jurídica de obrigação. A vontade do indivíduo tem, pela sua atuação e expressão, a potencialidade de dar vida a uma obrigação, isso quando, em razão dela, o autor da manifestação gere um *dever de prestar* em favor de outrem. Neles a vontade assume importância preponderante na criação de relações jurídicas obrigacionais. Sem que haja uma manifestação de vontade no sentido de assumir um *dever de prestar*, não se pode imaginar o ter havido o desencadeamento e muito menos a criação de uma relação jurídica obrigacional. A manifestação volitiva é, nos negócios jurídicos, necessária e geralmente suficiente para estabelecer uma obrigação, desde que fiquem preenchidos os requisitos postos no suporte fático da norma que contemple o negócio jurídico pretendido concretizar.

O que caracteriza as obrigações resultantes de negócios jurídicos, é o fato de as mesmas serem *voluntariamente assumidas* pelo emissor da vontade criadora deles. Ele age com a intenção de dar surgimento a determinado negócio jurídico obrigacional, assumindo, perante outrem, um *dever de prestar*. Por meio dos negócios jurídicos se estabelece uma *auto vinculação* do declarante, ou declarantes, que criou, ou criaram, a relação jurídica obrigacional.

É preciso se ter presente que, se a vontade humana é a desencadeadora do negócio jurídico, a relação jurídica obrigacional apenas se constitui no momento e a partir do momento em que se dá a *concreção do negócio jurídico* que contenha ou contemple um *dever de prestar* de alguém em favor de outrem. Não é, assim, a vontade humana a fonte da obrigação, senão que apenas a sua desencadeadora; a fonte da obrigação, na realidade, está no *negócio jurídico* que a vontade humana desencadeou e à qual deu concretude, pois somente com a concreção do negócio jurídico é que a obrigação se constitui. Antes da concreção do negócio jurídico obrigacional, não existe obrigação.

Os *negócios jurídicos* se constituem, na sistemática jurídica positiva, em uma das mais expressivas e significativas fontes geradoras de relações jurídicas obrigacionais. Eles decorrem da *capacidade negocial*, que é atribuída pela moderna ordem jurídica ao indivíduo, e consiste na possibilidade de dar concretude prática a negócios jurídicos.

#### 4.4.1 Obrigações resultantes de negócios jurídicos bilaterais

## FONTES DAS OBRIGAÇÕES

Quando a *concreção* de um determinado negócio jurídico depender da manifestação de duas ou mais vontades em sentido paralelo e oposto mas convergentes quanto ao resultado pretendido, o negócio jurídico se diz *bilateral*. Nesta hipótese, a concreção do negócio jurídico somente se aperfeiçoa e completa quando a manifestação de vontade de uma das partes é aceita pela outra parte.<sup>42</sup> E, em tal circunstância, em virtude do negócio jurídico bilateral concretizado, pode se dar o surgimento de um *dever de prestação* para uma das partes e correlato *dever de contraprestação* de parte da outra, configurando negócio jurídico sinalagmático (e.g., compra e venda); ou pode acontecer que o negócio jurídico bilateral apenas enseje *dever de prestação* a uma das partes, em benefício da outra (negócio jurídico bilateral simples ou gratuito).<sup>43</sup> Mas, em qualquer uma das hipóteses, por resultar no assumir de um *dever de prestar* por parte do autor, ou de parte dos autores, da manifestação de vontade, estabelece-se uma relação jurídica obrigacional.

Na categoria de negócios jurídicos bilaterais estão os *contratos*, marcados pela sua tipicidade (= contratos nominados) ou mesmo aqueles tidos como atípicos (= contratos inominados), visto que eles exigem, para sua concreção, a manifestação de duas ou mais vontades.

O *contrato* se constitui em uma das figuras de maior importância para o *comércio jurídico* (= tráfico jurídico) posto que serve para promover o *intercâmbio de bens*, possibilitar a *prestação de coisas* e a *prestação de serviços*. Serve de *meio técnico* para a realização de uma gama imensa de negócios da vida moderna, sem o qual a vida econômica atual estagnaria.<sup>44</sup> É, por isso mesmo, considerado como a expressão de uma fonte obrigacional das mais significantes no sistema jurídico brasileiro, em que o atuar da *vontade humana* adquire uma *força jurígena* que lhe permite não apenas dar *concreção* a um negócio jurídico de natureza contratual, como também, principalmente nos negócios jurídicos contratuais atípicos, lhe dar criação, conformação e disciplinamento. Nos negócios jurídicos contratuais atípicos o atuar da vontade humana, como sua concretizadora, também encontra um campo de atuação mais amplo, posto que a ela é permitido estabelecer a sua conformação e o regramento que os irá reger e disciplinar. Nestes últimos, a vontade humana vem impregnada do poder de *auto-regramento*, ou de *auto-disciplinamento*, ou de *auto-regulação* quanto ao negócio jurídico celebrado, o que deflui da circunstância de não existir, quanto a eles, uma previsão normativa específica estruturante.

Na categoria de negócios jurídicos contratuais podem ser incluídos os *tipos contratuais* previstos no Código Civil (LGL\2002\400): o contrato de compra e venda (arts. 481 a 532), contrato de troca ou permuta (art. 533), o contrato estimatório (arts. 534 a 537), o contrato de doação (arts. 538 a 564), contrato de locação de coisas (arts. 565 a 578), o contrato de empréstimo (arts. 579 a 592), contrato de prestação de serviços (arts. 593 a 609), o contrato de empreitada (arts. 610 a 626), o contrato de depósito (arts. 627 a 652), o contrato de mandato (arts. 653 a 692), o contrato de comissão (arts. 693 a 709), o contrato de agência e distribuição (arts. 710 a 721), o contrato de corretagem (arts. 722 a 729), o contrato de transporte (arts. 730 a 756), o contrato de seguro (arts. 757 a 802), o contrato de constituição de renda (arts. 803 a 813), o contrato de jogo e aposta (arts. 814 a 817), o contrato de fiança (arts. 818 a 839), a transação (arts. 840 a 850), o compromisso (arts. 851 a 853).

### 4.4.2 Obrigações resultantes de negócios jurídicos unilaterais

Quando a concreção de um negócio jurídico reclama apenas a manifestação de vontade de uma pessoa, considerada necessária e suficiente para gerar-lhe uma obrigação, ele é denominado de negócio jurídico unilateral. E quando essa manifestação de vontade, concretizadora de um negócio jurídico unilateral, não depender de aceitação da parte a quem ela se dirige para produzir seus efeitos, e se esses efeitos determinarem, para o autor da declaração, o surgimento de um *dever de prestar*, ela dá origem a uma obrigação.

E por não ficar na dependência da aceitação por parte da pessoa à qual a declaração de vontade se dirige, o efeito obrigacional, que ela seja capaz de produzir (= dever de prestação) se estabelece de imediato para o declarante. Com a emissão da declaração de vontade, e no momento em que ela vem ao mundo dos fatos (momento em que ela se faz pública), o declarante fica obrigado a realizar a prestação prometida, ou cometida, *see quando* se materializar a condição nela estabelecida.

No direito brasileiro põe-se pacífica a existência de obrigações que nascem ou surgem de declarações unilaterais de vontade, as quais, pela só manifestação de vontade de uma parte, não apenas cobram existência mas também implicam vinculação do declarante à sua vontade expressada. É o negócio jurídico unilateral uma fonte autônoma de obrigação.



## FONTES DAS OBRIGAÇÕES

Na medida em que o contrato supõe a manifestação de duas ou mais vontades em sentido paralelo e oposto para a sua concreção, ficaria extremamente difícil explicar a razão pela qual um ato jurídico unilateral pudesse ser considerado como fonte obrigacional contratual. É que, supondo o contrato uma *declaração de vontade* que contenha uma *oferta* e uma outra *declaração de vontade* que expresse a *aceitação* da oferta, a desnecessidade ou a inexistência de aceitação no negócio unilateral, de um lado deixaria de concretizar um contrato e de outro lado atuaria no sentido de inadmitir-se o negócio unilateral como fonte autônoma de nascimento de obrigação.

Não serve, para uma tentativa de descaracterização do negócio jurídico unilateral como fonte autônoma de obrigações, a alegação de não haver *credor certo e determinado*, o que apenas se põe como fundamental para que a obrigação possa ser realizada, ou cumprida. Contrapõe-se à referida alegação o dado de, pelo próprio conceito de obrigação, não ser necessário que o beneficiado pelo *dever de prestação* assumido, ou imposto, deva, desde logo, ser conhecido, sendo suficiente que ele seja *determinado*, ou *determinável*, por ocasião do seu cumprimento. Na gênese da obrigação admite-se uma *indeterminação* quanto a pessoa do credor, sendo exigível, para a sua validade e eficácia, que ela seja passível de *determinação* por ocasião do seu adimplemento.

Entre os negócios jurídicos unilaterais se catalogam a *fiança* (arts. 818/826), os *títulos ao portador* (arts. 904/909), a *gestão de negócios* (arts. 861/875).<sup>45</sup> Os *títulos de crédito* da espécie *título nominativo* (arts. 921/926) e de *título à ordem* (arts. 910/920), os quais traduzem negócio jurídico unilateral receptício, visto que dependem, para a produção de seus efeitos, do conhecimento da pessoa beneficiada, ou à qual se dirige a declaração de vontade, neles contida.<sup>46</sup>

Entre os *negócios jurídicos unilaterais* estão aqueles que produzem seus efeitos no mesmo instante em que a declaração de vontade vinculante se torna *pública*. Nesta hipótese se diz ser o *negócio jurídico unilateral não receptício*, posto que, para produzir seus efeitos, a vontade publicamente declarada não precisa da prévia ciência ou conhecimento de parte da pessoa a que ela se dirige, ou que por ela é beneficiada.<sup>47</sup> E há também aqueles *negócios jurídicos unilaterais* que, embora vinculantes de seu declarante a partir do instante em que a declaração se torna *pública*, a *produção de seus efeitos*, no entanto, exige ou os condiciona à prévia ciência e conhecimento por parte da pessoa à qual ela é dirigida, hipótese em que se o rotula de *negócio jurídico unilateral receptício*, dado que a produção de seus efeitos somente se dará após tal ciência ou conhecimento.<sup>48</sup>

4.4.2.1 Obrigações resultantes de promessa pública de recompensa - Dá-se a *promessa de recompensa* quando alguém, mediante *declaração de vontade*, publicamente externada, oferece recompensa, ou gratificação, para quem *preencha determinada condição*, ou *realize determinado serviço* (art. 854 do CC). Não é qualquer manifestação de vontade que cria a obrigação, mas a declaração de vontade a que se tenha dado *publicidade*. É da conjugação do fato de *ter havido uma declaração de vontade*, que contenha a promessa de recompensar ou gratificar, com a *publicidade da declaração*, que surge o *dever de prestar* a recompensa prometida.<sup>49</sup> É porque aí, e somente aí, é que surge o negócio jurídico unilateral de promessa de recompensa, impondo o *dever de prestar* de parte do promitente. É neste momento que se concretiza a promessa de recompensa, gerando o *dever de prestar*, e conseqüentemente, atuando como fonte de obrigação.

A obrigação surge no mesmo e exato momento em que o promitente publicamente expressa sua vontade de recompensar a pessoa que satisfizer a condição ou lhe prestar o serviço. Esta, por sua vez, fará jus à recompensa, ou gratificação, quer tenha agido com interesse em recebê-la, quer tenha agido de forma desinteressada. Ela pode, tanto ser dirigida à pessoa determinada, como indeterminada.

A *publicidade*, que compõe o suporte fático da figura obrigacional, pode se dar por meio de *anúncios* veiculados pela imprensa escrita, falada ou televisiva; pode ainda ocorrer por meio de *cartazes*, ou mediante a distribuição de folhetos, ou por meio de qualquer outra forma que a publicize. Preenche o requisito da *publicidade* a externalização da declaração de vontade por qualquer meio de divulgação.

Assim se dá com os *anúncios*, publicados na imprensa ou por meio dela veiculados, que prometem gratificar quem devolva um objeto perdido, ou extraviado, pelo promitente (e.g., animal de estimação, carteira de documentos), ou quem lhe preste um determinado serviço (v.g., apresentar um determinado invento), ou lhe preste um determinado fato (por exemplo, aponte autor de um crime) ou observe uma determinada conduta (por exemplo, não faltar ao trabalho).

## FONTES DAS OBRIGAÇÕES

4.4.2.2 Obrigações que decorrem de concurso público - Entende-se por concurso público a promessa feita ao público,<sup>50</sup> pela qual são convocadas pessoas que preencherem as condições técnicas ou de outra espécie nela estipuladas, com atribuição de um prêmio aos que obtenham ou melhor obtenham determinado fato ou resultado.<sup>51</sup> O concurso público, seja aquele realizado com fundamento em normas de direito público seja o que é feito com suporte em normas de direito privado, constitui-se em uma *modalidade* da promessa pública de recompensa. Por meio de *concurso público*, promete-se ao que preencher, ou aos que preencherem, determinadas condições, desde que atendidas as regras estabelecidas para o certame, um *prêmio*. Sua *natureza jurídica* é a de um *negócio jurídico unilateral*, visto que, por ele, apenas uma das partes se vincula pelo desencadeamento do certame, assim ocorrido em virtude de declaração de vontade de sua parte. Ele exige *publicidade*, para se perfeccionar.

O preenchimento de cargos na administração pública se dá por meio de *concursos públicos* (art. 37, II, da CF (LGL\1988\3)), que é reputada ainda como a melhor forma de recrutamento.<sup>52</sup>

No setor privado o concurso público pode ser instituído para o preenchimento de vagas de empregos. Ele geralmente se dá nos "certames científicos, artísticos, industriais, técnicos, esportivos", com promessa de ser conferido um prêmio ou uma remuneração ao que, ou aos que, obtenham ou melhor obtenham determinado fato ou resultado.<sup>53</sup> É o que se dá na instituição de concurso literário ou concurso de monografia jurídica sobre determinado assunto.

4.4.2.3 Obrigações decorrentes de títulos ao portador - Conceitua-se o *título ao portador* como um documento por força do qual o seu emitente se obriga a uma prestação ao portador que lho apresentar.<sup>54</sup>

O *título ao portador* contém uma *promessa de pagar* a soma em dinheiro, que ele representa - está aí o *dever de prestar* -, assumido pelo seu emitente em favor da pessoa que seja seu portador no momento do adimplemento. Por se constituir a obrigação pela conjugação dos fatos da *emissão* com a *circulação do título* - momento em que ocorre a *vinculação* do seu emissor ao prometido -, é que se o tem como negócio jurídico unilateral. A publicidade aqui se dá pela *circulação* do título, a qual se reputa como o *momento em que se perfecciona o dever de prestar*, a cargo do emitente do título.

4.4.2.4 Obrigações resultantes da gestão de negócios - Os juristas costumam conceituar a *gestão de negócios* como "a intervenção de uma pessoa (gestor de negócios) num negócio alheio, para realizar um ato ou uma série de atos no interesse e por conta de outrem (o dono), sem para tanto ter sido solicitado".<sup>55</sup> Ou então, afirmam ela se dar "quando uma pessoa, sem para tanto estar obrigada contratual ou legalmente, se imiscui nos negócios de outra pessoa, e realiza por ela, e no seu interesse, um ato material ou jurídico que lhe é útil".<sup>56</sup>

A *gestão de negócios*, tendo em vista a sua esquematização legal, é marcada por acesa controvérsia quando se trata de estabelecer a sua natureza jurídica. Isso decorre, em parte, da circunstância de nela se encontrarem, em aparente conflito, dois relevantes princípios jurídicos: de um lado, considerado o *princípio que veda a intromissão não autorizada*, por lei ou por contrato, na esfera de interesses jurídicos de outrem, a *gestão de negócios* o estaria violando, e com isso caracterizando a prática de um *ato ilícito* de parte do gestor; de outro lado, há a consideração de tratar-se a *gestão de negócios* de uma intromissão na esfera alheia com o objetivo de realizar o *princípio da solidariedade social*, o que torna lícita a atuação do gestor dada a presença de uma motivação que objetiva o benefício do dono da coisa.<sup>57</sup>

Além disso, a agravar a situação estão as circunstâncias de, na estruturação da gestão de negócios, estarem previstas formas que *tutelam o interesse do dono* da coisa administrada, o que se dá mediante a *imposição de deveres* ao gestor;<sup>58</sup> ainda o fato de nela estarem também estabelecidas formas de eventual *responsabilidade* pelos danos<sup>59</sup> que o gestor possa causar ao dono da coisa, como ainda a previsão do dever de o dono da coisa *compensar* aquele pelas *despesas feitas* e eventuais *prejuízos* tidos em virtude da gestão de negócios que ele assumiu.<sup>60</sup> Estes são dados que dificultam uma correta e tranqüila determinação da *natureza jurídica* da gestão de negócios.<sup>61</sup> Ela, certamente, se constitui em *fonte de obrigações* posto que, em virtude dela o gestor se torna *credor* do dono da coisa pelas *despesas e prejuízos* que experimentou com a gestão, atribuindo-lhe a ordem jurídica *pretensão* para haver o seu *reembolso*, *remuneração* ou *indenização*; e o dono da coisa, também em virtude da mesma gestão de parte do gestor, se torna *devedor* pelos referidos valores, com o *dever de prestar* o reembolso deles.

## FONTES DAS OBRIGAÇÕES

O certo é que a *gestão de negócios* não pode ter atribuída a natureza jurídica de um negócio jurídico contratual, nem mesmo admissível uma tentativa de sua aproximação com alguma figura contratual típica (v.g., com o mandato, mesmo que tácito, como se intentou). Observando que a *concreção* da gestão de negócios se dá por *conduta isolada* do gestor, o que se mostra suficiente para preencher o suporte fático da norma que a contempla (art. 861), tem-se essa figura autônoma de fonte de obrigação como um *negócio jurídico unilateral*.<sup>62</sup>O elemento *formativo* ou que *dá existência* à gestão de negócios é a *conduta* ou o *ato do gestor*, o qual prescinde de qualquer manifestação prévia ou concomitante do dono da coisa.

Se pela *formação* a gestão de negócios configura *negócio jurídico unilateral* (basta a manifestação de vontade do gestor, externada pelo seu comportamento), a *estruturação legal* do instituto é *criadora* de *deveres jurídicos* (o gestor deve conduzir-se no cuidado com os interesses do dono da coisa com a mesma diligência de quem cuida de coisa e interesse próprios) e, ao mesmo tempo, *atributiva de direitos* (direito a haver o reembolso das despesas, remuneração pelo serviço prestado) ao gestor, de um lado; e de outro lado, impõe ao dono da coisa *deveres jurídicos* consistentes na prestação do *reembolso de despesas*, ou de *remuneração pelos serviços* prestados pelo gestor, e ao mesmo tempo *confere o direito* de o dono da coisa haver indenização pelos danos que o gestor lhe venha a causar. Mas, aí já se está no plano da eficácia, e não no de sua criação.

Daí se ter como correta a inscrição da gestão de negócios entre os *atos unilaterais* (arts. 861/875), tal como procedeu o legislador civil.

### 5. Obrigações resultantes de danos imputáveis

Outra fonte de concreção de obrigações, e também das mais significativas, se constitui aquela que impõe o *dever de prestar* ressarcimento pelos danos que alguém experimente e que possam ser imputados à responsabilidade indenizatória, ou de recomposição, de determinada pessoa. A convivência social, na qual se estabelecem constantes contatos interpessoais e possíveis conflitos de interesses intersubjetivos, tem a norteá-la o princípio geral de a ninguém ser lícito causar danos à esfera jurídica de outrem. A violação desse princípio geral, sendo ela causadora de algum tipo de lesão à esfera jurídica de determinada pessoa, gera a obrigação de repará-los por parte daquele a quem a produção de tais danos possam ser imputados (arts. 186 e 187 c/c o art. 927 do CC).

A experimentação de danos por alguém, cuja causa possa ser atribuída a alguém, ou à atividade por alguém exercida, ou a quem se utilize de coisa potencialmente perigosa e das quais aqueles danos decorrem, traz, para essa pessoa, a responsabilidade civil que o obriga a compô-los. Essa simples colocação é suficiente para que se tenha uma idéia da gama imensa de situações que podem dar origem à concreção de um *dever de prestar* imputado a alguém, geradoras, por isso mesmo, de uma relação jurídica obrigacional.

Trata-se de obrigações que normalmente não se constituem a partir da *atuação da vontade humana* no sentido e com o objetivo de gerá-las, tal como acontece nas obrigações oriundas de negócios jurídicos. Aqui o fundamento da obrigação está na violação, voluntária ou não, do dever geral de abster-se de causar danos à esfera jurídica de outrem. E porque não se tem como lícito, ou razoável, que aquele que tenha experimentado um dano ou prejuízo em sua esfera jurídica de interesses suporte o dano quando ele possa ser imputado à outra pessoa, a ordem jurídica estabeleceu que, ocorrendo o dano e podendo ele ser imputado a alguém, este tem cometido o dever de recompor os interesses do prejudicado ao estado imediatamente anterior ao da lesão, ou de lhe prestar indenização pelo seu equivalente pecuniário.

As causas produtoras de lesão aos interesses de uma pessoa, podem ser as mais variadas. As lesões aos interesses de alguém podem decorrer diretamente da *conduta* de determinada pessoa, como podem defluir de circunstâncias que não envolvam, de forma direta, uma conduta da pessoa à qual os danos são imputados; podem provir de *conduta de terceiros* pela qual outrem seja responsável, de forma direta ou indireta; podem provir da só circunstância de valer-se alguém de um *objeto potencialmente perigoso* e que tenha sido o causador do evento danoso; podem, ainda, provir do *exercício de uma atividade perigosa* e na exploração da qual possam se produzir danos; podem também provir de coisas ou animais que implicam dever de prestar indenização por parte de alguém; ou podem, por igual, ter sua origem em atos ou condutas legalmente autorizadas ou permitidas e que, apesar da licitude dos danos assim causados ou impostos a uma pessoa, fazem surgir o *dever de prestar* indenização por parte de quem os produziu (art. 188 do CC).

### 5.1 Os danos imputáveis supõem violação de comando legal que veda a causação de danos

Consoante se referiu *supra*, o ordenamento jurídico estabelece uma regra geral de comportamento ou conduta a impor a todos a abstenção da prática de atos que possam causar danos à esfera jurídica de outra pessoa. E quando se dá a violação desse princípio geral, e se em virtude dessa violação alguém experimente dano ou prejuízo em sua esfera jurídica, surge a obrigação, para a pessoa que o violou ou à qual a produção dos danos sejam ou possam ser imputados, a obrigação de indenizar tais danos ou prejuízos.

O princípio segundo o qual a ninguém é dado lesar interesses de outrem, ou de forma negativa, a impor o dever de todos se absterem da prática de atos que possam redundar em prejuízos ou danos a outrem, encontra sua expressão normativa nos arts. 186 e 187<sup>63</sup> e no art. 927,<sup>64</sup> *caput*, do novo CC. O *dever de prestar indenização*, em tais circunstâncias, repousa na culpa *lato sensu*, a englobar o dolo, e a culpa *stricto sensu*, nas suas modalidades de imprudência, negligência e imperícia.

Mas o legislador civil também estabeleceu hipóteses em que o dever de indenizar prescinde da constatação quanto à existência de culpa *lato sensu* por parte da pessoa à qual a produção dos danos possa ser imputada. A essas hipóteses de danos refere-se o disposto no par. ún. do art. 927 do novo CC.<sup>65</sup>

Isso que o *dever de prestar indenização* por danos, que podem ser imputados a alguém, resulta não só de uma conduta antijurídica e culpável - conduta ilícita e geradora dos denominados atos ilícitos - mas também de danos nos quais não se cogita da perquirição de culpa - responsabilidade pelos riscos ou objetiva - e até mesmo de danos que decorrem do exercício de atividade ou de conduta lícitas, o enquadramento dessas diferentes hipóteses sob a rubrica única de *atos ilícitos* parece inadequada e sujeita a criar confusões. É que o conceito de *ato ilícito* está diretamente relacionado a uma *conduta antijurídica e culpável* de parte do agente produtor do dano. E se existem hipóteses que gerem o dever de indenizar os danos em que não se cogita de uma conduta antijurídica e ilícita de parte da pessoa responsável por eles, impõe-se estabelecer critério classificatório diverso. Ademais, o dever de prestar indenização nem sempre está relacionado a uma conduta da pessoa que se afirma responsável por eles. A sua responsabilidade pode estar presente mesmo quando a conduta danosa provém de outras pessoas, de coisas ou animais.

Eis a razão pela qual se adota, para designar os fatos geradores de obrigação por danos, a expressão *danos imputáveis*, por permitir que neles se enquadrem todas as diversas hipóteses geradoras do dever de prestar indenização por danos ou prejuízos experimentados por alguém. Nelas se encontram tanto os atos ilícitos, como os atos lícitos que causem prejuízos e gerem o dever de indenizar, como ainda aqueles em que não se cogita de culpa e os que sejam provocados por pessoas diversas daquelas que ficam obrigadas por sua reparação, ou mesmo por danos produzidos por coisas. Acentua-se, por meio dela, que os *danos* são fatos geradores de obrigações, e que a responsabilidade pela recomposição das coisas ao estado imediatamente anterior ou pela indenização em seu equivalente pecuniário, possa ser *imputada a alguém*.

Com o uso da locução *danos imputáveis* pretende-se expressar, de um lado, a necessidade de existir um efetivo e concreto *dano ou prejuízo*, experimentado por alguém, e, de outro lado, que os mesmos sejam ou possam *ser imputados* à responsabilidade indenizatória de determinada pessoa, fazendo surgir, para esta, o *dever de prestar indenização* em favor do prejudicado.

Os danos causados à esfera jurídica de alguém, podem ser imputados à responsabilidade de determinada pessoa com base em fundamentos os mais diversos. Proceder-se-á, a seguir, um exame das hipóteses, tanto quanto isso seja necessário e suficiente para o entendimento da matéria enfocada no presente estudo.

#### 5.1.1 Danos imputáveis oriundos de conduta antijurídica e culpável

Nesta hipótese, enquadram-se os chamados *atos ilícitos*. O ato ilícito, de modo geral, é conceituado como "o ato voluntário e consciente do ser humano, que transgride um dever jurídico".<sup>66</sup> Assim que, por danos oriundos de atos ilícitos se designam aqueles danos que provêm de uma *conduta antijurídica e culpável* por parte de alguém, ao qual a causação dos danos é imputada. Os danos experimentados por alguém, para gerar o *dever de prestar indenização* por parte da pessoa à qual eles são imputados, devem estar necessariamente referidos a uma *conduta* desta, de forma direta ou

## FONTES DAS OBRIGAÇÕES

indireta, a qual deve ser, ao mesmo tempo, também *antijurídica e culpável*.

Os atos ilícitos, conseqüentes de uma conduta antijurídica e culpável, podem provir de:

5.1.1.1 Danos imputáveis decorrentes de ação ou omissão dolosa - Estabeleceu o legislador civil configurar *ato ilícito civil* a conduta de alguém que venha a produzir lesões na esfera jurídica de outrem em virtude de uma *ação ou omissão voluntária* do agente (art. 186, 1.<sup>a</sup> parte). Em outros termos: o legislador, na hipótese, faz decorrer o *dever de prestar* indenização ou recomposição do dano quando este provenha de *dolo* do agente causador dele. Pratica *ato ilícito civil* a pessoa que *age no sentido e com a intenção deliberada* de causar danos à esfera jurídica de outrem e efetivamente os causa. Mas também pratica *ato ilícito civil* aquele que *tem ou deva ter a consciência* de que a ação por ele desenvolvida *causará ou poderá causar danos ou lesão* a outrem ou ao seu patrimônio. O *dolo* se apresenta, assim, como a *violação intencional* da regra que proíbe a causação de danos à esfera jurídica de alguém, acompanhada também pela *consciência* de que, com a conduta assumida, o agente irá causar ou poderá causar lesão ou danos à outra pessoa. O *dolo* tanto pode se expressar por meio de uma *efetiva intenção* de causar um resultado danoso a alguém (*dolo direto*) como também pela tomada da *simples consciência* das conseqüências danosas que irão se produzir ou se possam produzir com sua conduta, assumindo, por intermédio de sua ação ou omissão, o *risco de produzi-los* (*dolo eventual*). Naquele, o ato ou a conduta antijurídica do agente é motivado pela vontade de causar o dano; neste, o ato ou a conduta antijurídica danosa se configura pela simples consciência de o resultado danoso poder se dar, assumindo o risco de produzi-lo por meio de sua conduta.<sup>67</sup>

Pratica ato ilícito civil a pessoa que age no sentido e com a intenção de produzir danos a alguém e os causa efetivamente, ou aquele que, tendo o dever de ofício de agir, deixa de agir em situação em que se impunha o seu agir. Na primeira hipótese, configura-se o ato ilícito civil doloso: o causador do dano quis infligir um dano a outrem e agiu no sentido de causá-lo; na segunda hipótese, tem-se a omissão dolosa: a pessoa deixa de agir quando tinha, por dever de ofício, a obrigação de agir, e essa omissão é a causa do dano experimentado pela vítima.

A prática de ato ilícito pode ser resultado de uma *ação* ou de uma *omissão*. É preciso bem compreender o significado de cada uma das expressões. A *ação* consiste em um comportamento positivo que causa dano; a *omissão* consiste em uma *inércia* ou uma *inatividade* de parte de quem, presentes determinadas condições, *deve agir*, resultando, dessa inércia, o evento danoso. A *omissão*, para configurar o *dever de prestar* indenização ou recomposição pelo dano, supõe a *existência de um dever jurídico de agir* no sentido de evitar o resultado danoso.

Se alguém toma de uma pedra com o objetivo de jogá-la contra o pára-brisa do automóvel de seu desafeto, e jogando-a quebra o pára-brisa, ele cometeu um ilícito civil danoso por ação dolosa, o que lhe obriga ao ressarcimento dos danos que causou. Os danos lhe serão imputados por ação dolosa, consistente numa conduta com o objetivo de causar o dano que efetivamente veio a causar. O agente quis o resultado danoso e agiu no sentido e com o objetivo de consegui-lo. Trata-se de caso de *dolo direto*.

Age com *dolo eventual*, por exemplo, o motorista que em desabalada corrida, para chegar a determinado ponto, aceita de antemão o resultado de atropelar uma pessoa (Edgard Magalhães Noronha, op. et vol. cit., n. 80, p. 139); ou que, ao volante de seu veículo, dispute corrida com outro no perímetro urbano, vindo a causar danos à esfera jurídica de outrem (Antônio José Miguel Feu Rosa, op. cit., n. 12.5.4, p. 318).

5.1.1.2 Danos imputáveis com fundamento na *culpa stricto sensu* (ação ou omissão culposa) - Previu o legislador civil que os danos experimentados por alguém possam provir de um ato ou de uma conduta de outra pessoa que se houve ou se conduziu com *imprudência, negligência ou imperícia* (art. 186, 2.<sup>a</sup> parte), modalidades que são capazes de configurar a culpa *stricto sensu*. O agente causador do dano quer a ação, mas não quer o resultado danoso, o qual se verifica pelo fato de o mesmo não se ter conduzido com a necessária diligência, cautela e prevenção, que as circunstâncias estavam a exigir. Nestas hipóteses, o *dever de prestar* indenização ou recomposição por parte do imputado tem seu fundamento na ação ou na omissão culposa, as quais encontram sua expressão na *imprudência, negligência ou imperícia*.

A *imprudência*, no dizer de Aguiar Dias, se expressa pela "precipitação no procedimento incon siderado, sem cautela, em contradição com as normas do procedimento sensato", bem como

## FONTES DAS OBRIGAÇÕES

pela "afoiteza no agir, o desprezo das cautelas que devemos tomar em nossos atos".<sup>68</sup> É o caso de pessoa que dirige seu automóvel com velocidade incompatível para as circunstâncias de tempo (= estrada embarrada e escorregadia pela chuva recente) ou de local (= em frente de uma escola na hora de saída dos escolares) e, em razão disso, vem a colidir com outro veículo ou a atropelar um estudante. Ele não quis diretamente a obtenção do resultado dano (= colisão; atropelamento), embora quisesse dirigir com velocidade o seu veículo, mesmo quando as circunstâncias desaconselhassem tal atitude. O motorista foi *imprudente*. A *imprudência* se caracteriza pela *falta de cautela*, pela prática de *ato perigoso* sem os cuidados exigidos para o caso, pela *desatenção* a precauções ditadas pela experiência, no atuar com precipitação, insensatez e inconsideração.

A *negligência* se caracteriza pela *desídia*, pela falta de cuidados e de atenção, de parte da pessoa, sendo ela a causa da produção do resultado danoso. É negligente o motorista que, usando constantemente seu veículo em serviços pesados deixa de proceder a revisões periódicas, dando-se acidente por falhas mecânicas. Também o é o médico que, ao término de cirurgia, deixa no interior do paciente, algum objeto utilizado durante o procedimento, vindo este a experimentar infecção. É a falta de observância de deveres exigidos pelas circunstâncias.

A *imperícia*, por sua vez, se objetiva na falta de habilidade ou falta de aptidão da pessoa para e no praticar determinado ato. Ela geralmente se liga a uma profissão e se dá no exercício dela. É a falta de aptidão técnica, teórica ou prática, para o exercício de uma profissão.<sup>69</sup>

### 5.1.2 Danos imputáveis à responsabilidade de alguém pelo risco

A ocorrência de danos e a sua experimentação por alguém também pode ensejar a imputação deles à responsabilidade indenizatória de outrem, mesmo sem que essa pessoa tenha se conduzido com *culpa lato sensu* (= responsabilidade por riscos), ou ainda que não se possa referir o dano a uma conduta direta de parte dela (por exemplo, responsabilidade por danos de prepostos e de filhos menores), ou também quando o dano se tenha dado simplesmente em razão da *utilização de uma coisa perigosa* (e.g., automóvel, manejo de aparelho de raio x) ou decorrido da exploração de uma *atividade perigosa* (v.g., exploração de indústria química; prática de implosão de prédios), ou ainda quando tenha sido produzida por uma coisa (por exemplo, ruína de prédio; queda de objeto de sacada) ou por animal (e.g., cão de guarda que foge de seu cercado e provoca ferimentos ou a morte transeunte na rua). Assim, o *dever de prestar* indenização pelo dano causado, ou de recompor o dano, pode provir de *fato próprio* praticado pelo imputado (relação de causa e efeito entre a sua conduta e o dano provocado), ou de *fato de terceiros* (por exemplo, atos de prepostos, filhos, tutelados e curatelados), ou de *fato das coisas* (e.g., animais, objetos), pelos quais seja responsável.

Aqui se cuida de um *dever de prestar* reparação ou indenização pelo dano que é imputado à determinada pessoa, sem cogitação de culpa ou para o qual a existência de culpa se mostre irrelevante. A pessoa responde pelos danos com fundamento na *teoria do risco*. O legislador e a jurisprudência, ancorados na idéia e no sentimento de solidariedade social, buscam, por meio da teoria do risco, repartir com equidade, os efeitos dos danos.<sup>70</sup> Ao surgimento do *dever de prestar* recomposição ou indenização basta a existência de relação de causa efeito entre o dano e o fato produtor dele e sua imputação a alguém, tido como responsável, de forma direta ou indireta.

A sociedade moderna, em razão do extraordinário desenvolvimento científico, tecnológico e industrial, viu, em virtude desse incremento, também aumentada a potencialidade de produção de danos. O ser humano passou a se utilizar de coisas latentemente perigosas e a exercer atividades com grande potencial de produção de danos à esfera jurídica das pessoas. Tanto a utilização de coisas perigosas como o exercício de atividades com potencial de risco estão marcados pela licitude ou liceidade. Mas, quem pretenda extrair proveito do uso de coisas perigosas e do exercício de atividades de risco, também deve suportar os incômodos que daí lhe possam advir. O *dever de prestar* indenização ou recomposição pelos danos que, com a utilização de coisas perigosas e com o exercício de atividades de risco, vier a causar a terceiros, decorre do fato de responder pelo *aumento do potencial de produção de danos* que a pessoa introduz no meio social pelo seu uso e exercício.

O *dever de prestar* indenização ou recomposição se concretiza pela só ocorrência do fato danoso e da relação deste com o uso de coisa perigosa ou o exercício de atividade de risco pela pessoa a quem os danos venham a ser imputados.

Se os danos ou prejuízos, que alguém diz ter experimentado, puderem ser relacionados à utilização de uma coisa latentemente perigosa ou à exploração de uma atividade de riscos por outrem, a este

## FONTES DAS OBRIGAÇÕES

fica cometido o *dever de prestar* indenização ou recomposição.

A manipulação de produtos químicos; o manuseio de aparelhos de raios X; a utilização de energia nuclear ou de aparelhos de cobalto, aumentam o potencial de risco quanto à produção de danos, e só por isso o manipulador, o manuseador e o utilizador deles responde pelos danos que se venham a produzir. Indústrias petroquímicas e empresas que usam produtos altamente tóxicos, podem causar prejuízos a terceiros em virtude de exalação de gases e vazamentos, hipóteses em que respondem pelos danos pelo risco assumido.

Figure-se a hipótese de pessoa física, ou de empresa, que assuma implodir um edifício de vários andares. Se por ocasião da implosão ocorrerem danos a prédios vizinhos, a pessoa, ou a empresa, ficam vinculados ao pagamento da indenização correspondente aos prejuízos causados ou de promoverem a sua recomposição.

Empresa que incentive e explore a prática de esportes radicais, tirando dessa atividade seus lucros, pode vir a ter cometido o dever de prestar indenização na hipótese de o particular experimentar prejuízo ou dano no decorrer do exercício.

A responsabilidade indenizatória, com base no risco, tem sua aplicação proclamada no direito pátrio. Fundamenta o *dever de prestar* indenização de parte da administração pública e das pessoas de direito privado prestadoras de serviços públicos, por danos que seus agentes ou empregados venham a causar a terceiros (art. 37, § 6.º, da CF (LGL\1988\3)); aquela que está prevista no Código Brasileiro de Aeronáutica (Lei Federal 7.565, de 19.12.1986); a prevista no Código de Defesa do Consumidor (LGL\1990\40) (Lei Federal 8.078, de 11.09.1990); a que institui o seguro de responsabilidade automotiva (Dec.-lei 73, de 21.11.1966). E, especificamente, no âmbito do novo Código Civil (LGL\2002\400), a responsabilidade objetiva está, dentre outros, nas hipóteses dos arts. 931, 932, I a V, c/c os arts. 933, 938, 1.251 e par. ún.

O *dever de prestar indenização*, em tais hipóteses, encontra sua fundamentação na adoção da *teoria da responsabilidade objetiva*, que leva à indenização do dano experimentado por alguém, sem que se perquiria de ter o responsável obrado com culpa. A idéia de culpa não é considerada na imputação dos danos com base na responsabilidade objetiva. Constituindo-se a responsabilidade subjetiva (= reclama um obrar com culpa *lato sensu*) a regra no direito brasileiro, a responsabilidade objetiva, para que possa ser adotada, reclama a existência de norma jurídica que, excepcionando aquela, a acolha para casos determinados e específicos.

É o que acontece com as pessoas jurídicas de direito público interno e as concessionárias de serviços públicos, com os pais (art. 932, I, do CC/2002 (LGL\2002\400)), com os tutores e curadores (art. 932, II, do CC/2002 (LGL\2002\400)) e com o patrão (art. 932, III, do CC/2002 (LGL\2002\400)), que respondem objetivamente pelos danos causados por seus servidores e empregados, estes por equiparação àqueles (art. 37, § 6.º, da CF (LGL\1988\3)), pelos atos ilícitos ou simplesmente danosos de seus filhos menores, pupilos, curatelados e empregados, respectivamente (art. 932, I, II e III, c/c o art. 933 do CC/2002 (LGL\2002\400)).

Quando se trata da questão dos danos imputáveis à responsabilidade de alguém pelo risco, é preciso registrar que o novo Código Civil (LGL\2002\400) trouxe um extraordinário avanço ao fazer responsáveis os *empresários individuais e as empresas* pelos danos que os produtos por eles postos em circulação e produzidos possam vir a causar aos seus consumidores (art. 931).<sup>71</sup> A esta categoria de danos, imputáveis com fundamento no risco, se denomina de *risco pelo desenvolvimento*, que imputa ao fabricante do produto e ao responsável pela sua circulação a responsabilidade indenizatória por danos que o mesmo venha a causar ao consumidor. Aqui não se cogita simplesmente de produto defeituoso ou com vício, tal como se dá e é objeto do Código de Defesa do Consumidor (LGL\1990\40). Trata-se de produto com *risco de produzir dano ao consumidor*, risco por dano futuro, posto que sua apuração se dá pelos *efeitos danosos* produzidos após sua incorporação ao mercado, sua circulação pelos intermediários e por meio de sua utilização pelo consumidor. Para a incidência e aplicação da referida norma legal se prescinde da idéia de defeito ou de vício contido no produto; basta que se verifique, posteriormente ao dano experimentado e em virtude dele, que a nocividade ou a lesividade pré-existia ou se continha no produto.

Na disputa por novos mercados e pela preferência entre os consumidores, as indústrias e as empresas lançam no mercado, seguidamente, novos produtos. Na ânsia de obterem um retorno

## FONTES DAS OBRIGAÇÕES

financeiro a seus investimentos em pesquisas, podem tais produtos vir a ser lançados no mercado sem que os tenham submetido a prévios e suficientes testes, estudos e análises quanto a não serem nocivos ou de não serem capazes de produzir danos a seus consumidores. Aí então o grande mérito da previsão normativa do art. 931, que possibilita tornar responsáveis os fabricantes e aqueles que põem no mercado e que comercializem produtos com risco de se tornarem nocivos à saúde ou serem causadores de danos aos seus consumidores.

É norma jurídica de largo espectro, que permite o enquadramento de infindável gama de situações. E por isso mesmo, impõe-se muito cuidado, principalmente de parte dos julgadores, para que não se resvale em exageros, impondo-se uma exegese que faça prevalecer os justos interesses e direitos do consumidor que tenha experimentado efetivo e real prejuízo.

### 5.1.3 Danos imputáveis pelo exercício da pretensão de sacrifício

O legislador civil exclui da categoria de atos ilícitos aqueles praticados em *estado de legítima defesa* ou no *exercício regular de um direito reconhecido* (art. 188, I), bem como aqueles praticados em *estado de necessidade* (art. 188, II).<sup>72</sup> Nas hipóteses figuradas, o legislador civil faz surgir, em favor da pessoa submetida a perigo, ou que tenha seus bens postos em perigo, ou ainda quando exerça um direito, uma *pretensão de sacrifício*, assim entendida a faculdade de agir no sentido de remover o perigo, ou de utilizar-se dos meios necessários para que o seu direito possa ser exercido ou satisfeito, ainda que, com isso, imponha algum tipo de dano, prejuízo ou sacrifício à esfera de outrem. Em tais circunstâncias, e tanto quanto seja necessário para afastar o perigo, ou exercer o seu direito de forma razoável e suficiente, pode a pessoa sacrificar bens ou direitos de outra pessoa, sem que, com isso, esteja violando a norma que proíbe causar danos à esfera alheia.

Conquanto ocorram, ou provoquem, efetivos e reais danos à esfera jurídica alheia, posto que se destinam a evitar ou remover perigo à integridade física de alguém, ou a bens deste, ou sejam necessários para exercer ou ver cumprido direito que lhe é reconhecido, não se os tem como ilícitos ou violadoras da norma que veda a causação de danos a outrem.

A legítima defesa (art. 188, I, 1.<sup>a</sup> parte) se conceitua como a utilização de atos ou meios que sejam necessários para afastar de si, ou de outrem, uma agressão injusta à pessoa ou bens. É uma reação autorizada, para casos excepcionais, a permitir que o ofendido possa reagir por suas próprias forças para afastar a agressão injusta. É o caso em que o ofendido em sua posse pode, valendo-se de suas próprias forças e meios, restaurar ou manter-se em sua posse (art. 1.210, § 1.<sup>o</sup>).

Por exercício regular de um direito se deve entender o uso, por parte do titular de um direito subjetivo, dos meios necessários e suficientes, para o seu uso, sua conservação ou cumprimento (art. 188, I, 2.<sup>a</sup> parte), isso observadas as limitações ditadas pela finalidade econômica ou social que os informam, de modo a não se mostrarem contrários aos bons costumes e nem seja violada a boa-fé que preside o normal relacionamento intersubjetivo. Ultrapassados que venham a ser esses limites, o exercício do direito subjetivo descamba e configura o abuso de direito (adiante item 5.1.4).

O estado de necessidade (art. 188, II) se caracteriza quando se constitui uma situação de perigo iminente para a pessoa ou seus bens. É o que se dá quando, diante de um incêndio que ocorre em prédio e que se está propalando para outros prédios. Nesta situação, pode a pessoa, para salvar seu bem de ser atingido e destruído pelo incêndio, sacrificar prédio vizinho, ao manto do estado de necessidade.

Muito embora o sacrifício de bens e direitos alheios, em tais circunstâncias, seja marcado pela *liceidade*, ou *licitude*, ele não isenta o causador do dano do *dever de prestar* reparação, ou indenização, quanto aos prejuízos experimentados pela pessoa lesada, se esta não for culpada do perigo (arts. 929 e 930 e par. ún.). Contemplam-se aí hipóteses em que alguém responde pelos danos que causar à esfera jurídica de outrem, embora o causante tenha praticado ato ou tido conduta lícita e legítima.

Inobstante não se constituam em atos ilícitos tais atos, a ordem jurídica estabelece um *dever de prestar* recomposição, ou indenização, por parte daquele que lhes deu causa. Esse *dever de prestar* indenização, ou recomposição, encontra sua fundamentação jurídica, segundo o magistério de Karl Larenz, "na idéia de que quem deve sacrificar algum de seus bens devido ao interesse preponderante de outro, deve ser por isso indenizado".<sup>73</sup> Trata-se de uma espécie de *compensação*



quanto aos interesses participantes, ou postos em confronto.

### 5.1.4 Danos imputáveis em razão de abuso de direito

O diploma civil elencou, entre as fontes das obrigações, o *abuso de direito*, equiparando-o ao ato ilícito (art. 187).<sup>74</sup> O *abuso de direito* está umbilicalmente ligado ao modo de o titular de um direito exercê-lo, ou com o resultado procurado alcançar com tal exercício. O abuso está na ação ou na conduta do titular do direito, e decorre do modo como ele é exercido (*e.g.*, de modo a agravar a situação do outro; com espírito emulativo) ou então no resultado buscado alcançar (*v.g.*, provocar danos desnecessários à esfera do outro). Na realidade, as dificuldades no trato do abuso de direito começam com a sua própria conceituação. Para uns, dar-se-ia o abuso de direito apenas quando o seu titular o exercesse com o objetivo de *causar dano* ou impor uma *lesão* ao direito de outrem (concepção subjetivista); para outros, ele se configuraria pelo desvio de finalidade, evidenciada pelo modo de seu exercício (concepção objetivista). O abuso de direito tanto pode ser verificado pelo exercício de um direito subjetivo por alguém quando o seu titular o exerce de modo a exceder os limites ditados pelos seus fins econômicos ou sociais, como também quando ele se faça contrário aos bons costumes ou com violação da boa-fé (art. 187).

O exercício regular de um direito reconhecido (art. 188, I, 2.<sup>a</sup> parte), mesmo quando ele imponha a outrem algum tipo de dano, prejuízo ou sacrifício, não é considerado, legalmente, como um ato ilícito ou como um ato gerador do dever de prestar indenização. Mas isso apenas ocorre se o exercício do direito se der de modo normal e não houver extrapolamento no uso dos meios necessários e suficientes para o seu reconhecimento ou cumprimento. O exercício irregular do direito, ou mediante uso de meios desnecessários e que, em virtude disso outrem venha a ter algum dano ou desconforto, faz com que se afaste a excludente de ilicitude e se ingresse no abuso de direito. Este, como se viu, é gerador do *dever de prestar* indenização ou recomposição.

Quando se trate de promover o enquadramento do abuso de direito, põe-se acesa a controvérsia quanto a ele se constituir em ato ilícito, ainda que por equiparação. Enquanto uns o qualificam como se tratando de prática de ato ilícito (Francisco Amaral<sup>75</sup>), ou como ato equiparável a ele (Silvio de Salvo Venosa<sup>76</sup>), outros afastam o seu enquadramento como tal, posto que lhe faltaria a necessária afronta direta da lei, como é exigência configurativa daquele (Orlando Gomes<sup>77</sup>).

O fato gerador do abuso de direito *supõe o exercício* de um direito subjetivo, e se configura quando este direito subjetivo é exercitado, para além das necessidades à sua conservação, respeito ou cumprimento, ou de modo afrontoso aos bons costumes, ou ainda com violação da boa-fé que devem presidir as relações intersubjetivas e de contato social de parte de seres conviventes. Supondo e pressupondo ele o exercício de um direito subjetivo e estando o abuso de direito ligado à forma de seu exercício, bem se vê que o seu suporte fático não é o mesmo que faz surgir o ato ilícito. Não serve para caracterizar como ato ilícito o abuso de direito, a simples circunstância de ambas desembocarem no mesmo tipo de sanção, ou seja, fazer surgir o dever de prestar indenização ou recomposição. A sanção se situa no âmbito da eficácia, e não no plano da constituição ou da concreção do fato do qual se irradia, como efeito, o dever de prestar. E observando que o fato gerador está no *exercício abusivo de direito subjetivo*, põe-se não correto o seu enquadramento como ato ilícito, nem mesmo por equiparação. Ou em outros termos: o que dá concreção ou concretude ao abuso de direito é o abusivo exercício de direito subjetivo reconhecido a alguém, em virtude do qual outrem experimenta um efetivo e real prejuízo ou dano, material ou moral. É aí que radica o fundamento do dever de prestar indenização ou recomposição.

É a razão também pela qual se o trata como uma fonte autônoma de obrigações.

### 5.1.5 Obrigações que resultam de imposição de dever de restituir

As obrigações, segundo o novo Código Civil (LGL\2002\400), podem ainda encontrar sua origem na imposição de um *dever de prestar restituição*. Isso se dá, principalmente, nos casos de enriquecimento sem causa (arts. 884/886) e de pagamento indevido (arts. 876/883).

A idéia fundamental, que preside a obrigação de restituir, está na circunstância de ao direito repugnar o fato de alguém se locupletar à custa do empobrecimento ou da exploração de outrem. O *dever de prestar restituição*, ou devolução, busca dar efetividade e concretude práticas ao princípio jurídico que veda o enriquecimento injustificado ou sem causa.

## FONTES DAS OBRIGAÇÕES

Consoante já se mencionou, o novo Código Civil (LGL\2002\400), de modo expresso,<sup>78</sup> consagra o princípio do enriquecimento injustificado, o que faz em uma consideração de ordem *genérica* (arts. 884/886) e também com um caráter *específico* ao tratar da regulação do pagamento indevido, que se constitui em uma das *modalidades* de que aquele pode se revestir (arts. 876/883).

Cuidar-se-á da análise de cada uma delas, de modo a que se possa perceber a razão pela qual elas se constituem em fonte de obrigações.

5.1.5.1 Obrigações resultantes do dever de prestar restituição pelo enriquecimento sem causa - O enriquecimento sem causa se constitui em *fonte de obrigações*, isso pelo fato de dele surgir um *dever de prestar* uma restituição por parte de quem se tiver locupletado à custa de outrem. O enriquecimento sem causa faz surgir um *vínculo jurídico* entre quem enriqueceu e quem empobreceu, ou que deu lugar ao enriquecimento daquele, de tal sorte que aquele passe a ser considerado *devedor* da parcela da qual enriqueceu e este assuma a posição jurídica de *credor*, dotado de *pretensão* para haver a restituição da referida parcela. Surgem, assim, as figuras do *devedor*, ao qual é legalmente imposto o *dever de prestar restituição* do montante do seu enriquecimento, e a do *credor*, dotado de *pretensão* para exigir tal restituição. Daí ser uma fonte de obrigações o enriquecimento sem causa.

O enriquecimento sem causa, ou enriquecimento injustificado, tal como expresso pelo legislador no art. 884, mostra-se extremamente *genérico*, podendo ser aplicado a situações que se mostram heterogêneas, circunstâncias que tornam nada fácil a sua conceituação e o seu tratamento doutrinário. Daí os doutrinadores se contentarem, na maioria das vezes, com o estabelecer os contornos gerais de que se deve revestir determinada situação fática para admitir o seu enquadramento na categoria do enriquecimento sem causa. O tratamento dogmático do instituto jurídico do enriquecimento sem causa parece desafiar a possibilidade de se lhe dar uma disciplina unitária, melhor se deixando apreender pelo exame das diversas e específicas hipóteses (ou casos) nas quais ele se pode manifestar ou externar. O que, no entanto, as diversas categorias de enriquecimento sem causa têm em comum, é o fato de gerarem um *dever de prestar restituição*, isto é, de criarem uma obrigação.

O enriquecimento sem causa, tal como tratado no novo Código Civil (LGL\2002\400), por outro lado, também se mostra marcado pela *vagueza* e pela *incompletude*. O legislador civil andou bem em assim proceder, dado que essa *vagueza* e *incompletude* permitem que possam ser consideradas e enquadradas, como casos geradores do *dever de prestar restituição* por enriquecimento sem causa, uma maior diversidade de casos. A par disso, transferiu à doutrina e à jurisprudência a tarefa de preencher de conteúdo e sentido a *vagueza* da norma, bem como de completar a sua *incompletude*, tendo em vista os casos concretos, de maneira a que se possa realizar a Justiça para o caso concreto, atendidos os parâmetros postos por um direito justo.<sup>79</sup>

Tendo em vista esses apontados aspectos, a doutrina busca dar uma configuração dogmática ao instituto partindo de categorias jurídicas específicas e diversas, expondo a sua estrutura e disciplina jurídicas para os casos enfocados, estabelecendo as regras que entende devam ser observados nas hipóteses sob consideração.

Em doutrina considera-se, como caso configurador de enriquecimento injustificado, a hipótese de uma *aquisição à custa de outro*, que se pode configurar sob dupla ótica de considerações. Primeiro, ela decorre de uma *diminuição patrimonial*, o que é explicado por Karl Larenz como "aquele em que uma pessoa realiza uma prestação à custa de seu patrimônio, de modo que o aumento que o patrimônio do enriquecido experimenta, corresponde a uma diminuição igual de parte do patrimônio do empobrecido".<sup>80</sup> Estabelece-se aqui uma *correlação* entre o enriquecimento de uma pessoa e o empobrecimento de outra. Em segundo lugar, a aquisição à custa de outro também se configura quando haja a *realização de um trabalho* por alguém que, no geral e por sua própria natureza, somente se pratica mediante remuneração e que, "por isso representa um valor patrimonial para quem realiza a prestação e para quem a recebe".<sup>81</sup> Isso faz com que se perceba que o enriquecimento injusto, tal como previsto na norma jurídica, não requer que, em todo o caso em que ele se possa dar, haja um efetivo *dano* ou uma *efetiva diminuição patrimonial* de parte do outro, tal como ocorre na intromissão no direito de outrem e sua utilização por parte de alguém, sem que ele tenha direito a isso, de bem pertencente a outro, hipótese em que há de satisfazer uma prestação pela privação de uso da coisa por parte deste.<sup>82</sup> Além disso, o enriquecimento se pode dar por *despesas realizadas em benefício de outrem*, tal como ocorre quando alguém efetiva obras, ou

## FONTES DAS OBRIGAÇÕES

*reparos* em coisa da qual tem o direito de uso e que pertencem a outro (hipótese de benfeitorias), ou *semeia*, com utilização de sementes próprias, em terreno alheio (art. 1.255), casos em que é estabelecida uma obrigação de restituir o incremento, ressalvadas as expressas hipóteses que isentem o beneficiado de tal dever de prestar.

Certamente que outras categorias, caracterizadoras de hipóteses em que se possa vislumbrar um enriquecimento injusto, poderão existir. O objetivo do estudo não é esgotar a matéria, senão proceder a uma exposição que baste para justificar o fato de se ter de considerar o enriquecimento injusto como uma autônoma fonte de obrigações.

Entende Caio Mário da Silva Pereira que, na apreciação do instituto do enriquecimento sem causa, deve-se estar atento à presença de requisitos específicos, os quais, segundo sua ótica, deveriam compreender: "1.º uma diminuição patrimonial do lesado, seja com o deslocamento, para patrimônio alheio, de coisa já incorporada ao seu, seja com a obstrução a que nele tenha entrada o objeto cuja aquisição era seguramente prevista; 2.º o enriquecimento do beneficiado sem a existência de uma causa jurídica para a aquisição ou a retenção; 3.º a relação de imediatidade, isto é, o enriquecimento de um provir diretamente do empobrecimento do outro, de tal maneira que aquele que cumpre a prestação de auto-empobrecimento possa dirigir-se contra o que se enriqueceu em virtude de uma causa jurídica suposta não existente ou desaparecida, ou, para dizê-lo mais sucintamente: o enriquecimento de um dos sujeitos e o empobrecimento do outro hão de decorrer de uma e mesma circunstância".

Após referir, isso em relação ao Código Civil de 1916 (LGL\1916\1), que havia necessidade de se dar uma sistematização do instituto do enriquecimento sem causa, para fazê-lo um instituto jurídico dotado de autonomia e disciplina legal próprias, Caio Mário da Silva Pereira expressava entendimento no sentido de dever o mesmo assentar-se em requisitos específicos. Após analisar a forma do tratamento dispensado ao instituto pelo direito alemão e italiano, assenta que "cabe a *restitutio* na medida do lucro indevido, ainda que a falta de causa seja subsequente ao proveito, e mesmo que consista este no recebimento de coisa certa".<sup>83</sup>

5.1.5.2 Obrigações resultantes do dever de restituir o pagamento indevido - Há obrigações que nascem, ou podem nascer, do *adimplemento* de uma relação jurídica obrigacional. Isso se dá quando alguém, que realmente é o devedor, adimple com o seu dever de prestar, mas o faz com *excesso*, prestando mais que o devido; ou quando alguém adimple uma obrigação julgando ser o devedor, sem que o seja efetivamente; ou quando adimple uma obrigação, sem que exista uma relação jurídica obrigacional que o obrigue a tanto; ou ainda quando realiza um pagamento de obrigação existente, mas que depois deixa de existir. Em qualquer uma dessas situações referidas há um *pagamento* ou um *adimplemento indevidos*. E, em qualquer uma das figuradas hipóteses de *adimplemento surge* uma *nova obrigação*, pela qual o *credor da obrigação adimplida* se torna *devedor* quanto ao excesso de prestação recebida ou pela própria prestação que recebeu indevidamente, e o *devedor* da obrigação adimplida se torna *credor* quanto a esta, de modo que aquele tem o *dever de prestar restituição*, e este tem a *pretensão de exigí-la*, naquilo em que se verificou o excesso ou no que importou prestar o que não era devido.

A peculiaridade desse tipo de obrigação de prestar restituição está em ela *surgir do adimplemento* de outra relação jurídica obrigacional, desde que configurada esteja a hipótese de pagamento indevido ou sem causa.

O fundamento jurídico ou a razão jurídica que determina o surgimento do dever de prestar restituição, quanto ao que foi recebido indevidamente, está no fato deste importar em uma *aquisição sem causa justificada*, ou por falta de causa.

Adimplir *dívida condicional*, isso *antes do implemento da condição*; pagamento de *tributo indevido*, desnecessária a prova de erro, posto que o dever de prestar restituição radica na *ilegalidade* ou na *inconstitucionalidade* da cobrança, ou na falta de causa.<sup>84</sup>

### 5.1.6 Obrigações resultantes de condutas (comportamentos) sociais típicos

Questão não tratada pela absoluta maioria da doutrina brasileira é o das *relações contratuais fáticas* se constituírem, ou não, em fontes de obrigações. Na Alemanha, a teoria surgiu de uma conferência proferida por Günther Haupt, no ano de 1941, na qual, sustentando praticarem-se na moderna sociedade de massas um número cada vez maior de prestações sem que se verifique uma prévia

## FONTES DAS OBRIGAÇÕES

tipificação de um negócio jurídico obrigacional, concretizado nos moldes tradicionais de *proposta* e de *aceitação*, acabou por cunhar a expressão relações contratuais fáticas (*faktisches Vertragsverhältnis*) como também produtoras de efeitos de natureza obrigacional. Erigiu Günther Haupt as relações contratuais fáticas em uma categoria autônoma a funcionarem como fontes de obrigações, muito embora elas não derivem de um *acordo de vontades*, visto que encontram seu fundamento em *condutas* ou *comportamentos fáticos*.

Figure-se o caso, mencionado por Günther Haupt, de um avião que se vê obrigado a fazer uma aterrissagem forçada em um aeroporto particular. Ao lhe ser exigido pelo proprietário do aeroporto o pagamento pela sua utilização, o avião se recusa a pagar pela utilização do serviço. Tendo o proprietário o direito de ver-se pago pela utilização de serviço que disponibilizou, tal direito não provém de um prévio acordo de vontades, nos moldes em que se conceitua o contrato. Diante da necessidade de aterrissar e do efetivo pouso da aeronave no aeroporto particular, o dever de pagar pela sua utilização não decorre de um contrato, pois lhe falta o acordo de vontades. O dever de pagar o preço surge da *simples utilização* do aeroporto, não de uma declaração tácita das partes envolvidas. O dever de pagar o preço pela utilização do aeroporto é, dessa forma, uma *conseqüência* ou um *efeito* decorrente de uma *conduta de fato*, concretizada pela *efetiva utilização do serviço*.<sup>85</sup>

A partir dessa teoria travou-se, em sede doutrinária e jurisprudencial alemãs, acesa discussão a respeito de se poder admitir, ou não, as *relações contratuais fáticas* como uma forma autônoma de *fonte de obrigações*, uns lhes conferindo tal condição e negando-a outros.<sup>86 87</sup>

A crescente complexidade da vida moderna, produto de um *tráfico massificado* e marcado pela celeridade de sua realização, é pródiga em estabelecer ou criar situações que são capazes de engendrar a idéia e de conduzirem a uma *convicção* de determinados *comportamentos sociais*, de nítida natureza e conformação simplesmente sociais ou fáticas, constituírem-se em condutas geradoras de um verdadeiro *dever jurídico*, de natureza obrigacional. Forçoso se mostra admitir que muitos *atos* ou *comportamentos* são praticados diariamente pelas pessoas, os quais não se encontram previstos ou não podem ser subsumidos em categorias obrigacionais ou contratuais típicas. E, no entanto, até mesmo pela reiteração de sua ocorrência e observância pela generalidade das pessoas, *criaram uma convicção* quanto a serem de uma observância obrigatória de parte das pessoas que se encontram em tais situações e de serem geradoras ou atributivas de efeitos no plano do direito. Há ainda situações que, embora se situem apenas no plano da *realidade fática*, geram uma *expectativa* quanto a se cuidarem de *comportamentos exigidos* ou *exigíveis* naquela específica situação, a caracterizarem uma verdadeira obrigação, ou então fazem exsurgir uma *confiança* quanto a estarem participando de uma conduta criadora de uma obrigação. Conquanto não se constituam em próprias e verdadeiras relações jurídicas - são relações fáticas -, a elas é dada uma *relevância jurídica* como produtoras de *efeitos no plano do direito*. Esses *efeitos* ou essas *conseqüências*, próprias de uma obrigação, não decorrem diretamente de uma vontade negocial das partes envolvidas, e nem reclamam, para sua existência e validade, a presença de tal vontade. A relação jurídica de natureza obrigacional, que aí se estabelece, deflui de um simples comportamento, tido como normal e do qual a pessoa, de modo consciente ou inconsciente, sabe que lhe decorrerá algum efeito, ou que admite que esse efeito se possa dar porque assim é naturalmente admitido que ocorra. Essas relações jurídicas obrigacionais, segundo ensina Karl Larenz, derivam de um "comportamento social típico"<sup>88-89</sup>isso porque "implicam uma conduta que por seu significado social típico tem os mesmos efeitos jurídicos da atuação jurídica negocial". Está-se aí diante de uma *valoração jurídica* que tal processo obtém no tráfico por fazer supor uma conduta social típica e com efeitos obrigatórios. Explica o mesmo autor que "concretamente se trata de aceitação de uma prestação que está a disposição de todos nas condições de tarifa". Esta colocação feita por Karl Larenz se explica e justifica quando se tenha presente que o referido autor admitia a teoria em sua aplicação apenas às hipóteses de prestação de serviços públicos (transporte, gás, eletricidade, telefone etc., os quais têm tarifas ou preços adremente estabelecidos) ou de serviços prestados ou postos à disposição do público em geral, tal como parques de estacionamento para automóveis, posto que, em tais casos e na maioria das vezes faltar uma declaração de vontade negocial de parte do usuário.<sup>90</sup>

Para Wolfgang Fikentscher as *relações típicas sociais* se constituem, tanto no plano teórico como prático, naquelas de maior importância dentre os grupos que foram abordados por Günther Haupt ao expor sua teoria. E revela ele que uma boa parte da doutrina e da jurisprudência admite que contratos sem um querer negocial jurídico possam se dar somente em função de uma "relação típica

## FONTES DAS OBRIGAÇÕES

social". Esses casos seriam o da conclusão de contratos de fornecimento de gás, água ou de energia elétrica, sem que entre o usuário e o fornecedor estatal sejam manifestadas declarações; estacionar em parque de estacionamento sujeito a pagamento, no qual o estacionador diga ao guarda que vai deixar o veículo e depois não paga; utilização de bonde, trem, ônibus, sem que sejam trocadas palavras com o condutor. Conclui dizendo que a solução de casos de *relações sociais típicas* no âmbito dos contratos massivamente celebrados é vivamente discutida (*Das Schuldrecht*, § 18.º, p. 55-56).

Entre nós, ocupou-se da questão Clóvis Veríssimo do Couto e Silva, o qual as admite como fontes de obrigações, dando-lhes a denominação de *atos existenciais*,<sup>91 92</sup> posto que, segundo ele, são práticas comuns, reiteradas e necessárias ao desenvolvimento da própria vida em sociedade, ditadas por exigências postas pelo massificado fornecimento de bens, produtos e serviços. A utilização, ou a fruição, desses bens, produtos e serviços, dada a grande massa de pessoas que deles se valem, ou podem se valer, não pode aguardar a conclusão de negócios jurídicos nos moldes da tradicional *oferta* e conseqüente *aceitação*, características próprias das relações jurídicas contratuais. Mas, a ninguém será razoável pensar que, valendo-se ou utilizando-se de bens, produtos e serviços postos à disposição de sua utilização e disponibilizados por outrem, que isso não exija uma contrapartida de sua parte, ou que não possa implicar algum tipo de obrigação correlata pelo usuário ou tomador deles, ou mesmo pelo prestador ou disponibilizador deles.<sup>93 94 95</sup>

Segundo expõe Clóvis Veríssimo do Couto e Silva, o admitir-se a existência de relações típicas sociais e emprestar-lhes relevância jurídica, implica também reconhecer e aceitar a existência de "outros elementos de fixação social, além do direito".<sup>96</sup> Estes outros *elementos de fixação social* decorrem da própria evolução da sociedade e de novas exigências pela mesma impostas, às quais nem sempre se mostram adequadas as estruturas tipificadas pela lei em épocas mais distantes ou quando as situações eram outras. Reconhecendo-se uma *valoração jurídica* a tais tipos de comportamentos sociais típicos, estar-se-á, ao mesmo tempo, dando agasalho a condutas e comportamentos sedimentados e tidos como naturais pelas pessoas e ainda emprestando-lhes, no âmbito do direito, a mesma valia que nas relações sociais já lhe é emprestada pela sua reiterada observância pelas pessoas, consubstanciadoras de efeitos jurídicos obrigacionais.

A *relevância jurídica* que é emprestada às relações fáticas, para tê-las como engendradoras de obrigações, resulta de uma *valoração jurídica objetiva* que é dada a tais tipos de comportamentos sociais, visto que são capazes de gerar uma justa *expectativa* no tocante à obrigatoriedade de tais comportamentos, bem como criarem uma *confiança* quanto à realidade dos mesmos. É justamente no fato de criarem uma *justa expectativa* e *confiança* no sentido de se tratar de um comportamento social sem o qual não poderá a pessoa usufruir os bens, produtos e serviços - o que acaba também gerando uma convicção no sentido de que, para deles poder usufruir, deve se ajustar a tais tipos de comportamentos sociais -, é que reside a sua capacidade e/ou aptidão para *criar obrigações* e, conseqüentemente, atuar como *fonte de obrigações*. Esta mesma *justa expectativa* e *confiança* quanto a se tratar de um comportamento socialmente observável, também atua no sentido de captar um correspondente comportamento das pessoas, as quais passam a pautar sua atuação em tal expectativa e confiança.

Entre nós, só mais recentemente, a atividade comercial passou a concentrar-se, principalmente nas grandes metrópoles, em *centros comerciais* (*shoppings centers*), nos quais se acham albergadas lojas que abrangem os mais variados setores ou ramos do comércio. Modernamente também surgiram os *centros profissionais*, nos quais os profissionais das mais diversas categorias e áreas passaram a se estabelecer e exercer suas profissões, ou oferecer os seus serviços. Tanto os *centros comerciais* como os *centros profissionais* têm disponibilizado a seus usuários, freqüentadores e empregados, espaços destinados ao estacionamento de veículos, com ou sem exigência de contraprestação remuneratória, com ou sem controle quanto ao seu ingresso ou saída. Também os *supermercados* e diversos outros ramos da atividade comercial, de prestação de serviços, de lazer e de entretenimentos (*e.g.*, restaurantes, cinemas, parques, zoológicos, clubes, boates etc.), hospitais e estabelecimento de ensino, tanto públicos como privados, têm disponibilizado espaços para estacionamento de veículos. Isto serviu também para propor, perante os pretórios, a questão de se saber se os furtos de veículos ou os danos por eles experimentados, enquanto estacionados em tais espaços, poderiam ser imputados à responsabilidade indenizatória de alguém, isto é, se eles poderiam fazer surgir um *dever de prestar* indenização, dando lugar, assim, ao surgimento de uma obrigação. E, em caso de resposta afirmativa, caberia determinar a quem eles deveriam ser imputados.

## FONTES DAS OBRIGAÇÕES

A disponibilização de espaços de estacionamento, pelos centros comerciais, centros profissionais e outros tipos de estabelecimentos, tem, como objetivo não só o de proporcionar *comodidade*, mas também o propósito de *atrair* os usuários, fregueses, clientes e freqüentadores. Além disso, a par de a propaganda costumar alardear uma imagem de *segurança* que tais estabelecimentos e estacionamentos são capazes de proporcionar aos seus usuários, há ainda a *segurança ostensivamente exercida* dentro deles, a incutir na mente daqueles a idéia ou a sensação de uma *efetiva segurança*. Tudo isso é capaz de atuar, na psique das pessoas, no sentido de provocar uma idéia e um convencimento de uma efetiva segurança e vigilância, a qual têm como estendida a todo o complexo comercial ou profissional, inclusive aos espaços de estacionamento de veículos. E isso, como é óbvio e natural, traz evidente proveito, tanto à administração como às empresas que têm suas lojas nos *centros comerciais*, ou aos profissionais que têm seu local de trabalho em *centros profissionais*, originando um maior afluxo de pessoas (e conseqüente possibilidade de negócios, vendas ou faturamento), até mesmo pela comodidade que isso lhes proporciona e convictos de uma maior segurança.

Isso tudo levou parte da doutrina e da jurisprudência a firmar o entendimento no sentido de, ocorrendo furto de veículos estacionados em tais lugares ou danos a eles, caber *responsabilidade indenizatória* por tais eventos lesivos, a cargo da empresa proprietária ou exploradora do centro comercial,<sup>97</sup> ou ao *condomínio* quando se trate de centros profissionais.

Esta mesma *responsabilidade indenizatória* tem sido estendida a furtos de veículos, ou aos danos por eles experimentados, quando se encontrem estacionados em áreas postas à disposição de funcionários e freqüentadores de supermercados,<sup>98</sup> de restaurantes,<sup>99</sup> de parques zoológicos;<sup>100</sup> de funcionários<sup>101</sup> e clientes de empresas;<sup>102</sup> de funcionários, professores e alunos de universidades,<sup>103</sup> sejam públicas sejam particulares; de funcionários e de usuários de bancos;<sup>104</sup> e, inclusive, de órgãos estatais,<sup>105</sup> de hospitais,<sup>106</sup> de postos de gasolina,<sup>107</sup> de condomínios,<sup>108</sup> de hotéis ainda quando veículos estacionados em via pública.<sup>109</sup>

Os *fundamentos jurídicos* invocados para atribuir e justificar a proclamação da existência de um *dever de prestar indenização*, em tais circunstâncias, são os mais variados. Algumas decisões concluem haver um verdadeiro *contrato de depósito* (art. 627) e porque o furto ou o dano a veículos seriam provenientes da quebra dos *deveres de guarda e custódia* de parte da empresa exploradora dos centros comerciais ou prestadora de serviços (art. 629);<sup>110</sup> outras, sem proclamar a existência de um contrato de depósito, afirmam haver uma *aproximação* da situação ao referido contrato e, por isso, extraem uma eficácia em tudo igual ao da efetiva existência da referida figura contratual; outros, por sua vez, enxergam a violação dos deveres decorrentes do princípio da boa-fé, para impor o dever de prestar indenização; outros, quando há um controle de entrada e saída dos veículos do parque de estacionamentos mediante entrega de *tickets* na entrada e com exigência de sua devolução na saída, permitida a retirada do veículo sem a retenção desse ticket, imporia dever de prestar indenização pela regra geral do ato ilícito (art. 186; Caio Mário da Silva Pereira).<sup>111</sup>

Ao exame da jurisprudência parece predominar nos tribunais o entendimento de se configurar contrato de depósito quando o motorista estaciona o seu veículo em estacionamentos postos à sua disposição em tais estabelecimentos. Na realidade, o contrato de depósito não se caracteriza, posto que não se verifica a *tradição* do veículo e nem mesmo há a assunção de sua *custódia* pelo pretense depositário. Basta, para afastar-se a existência de um contrato de depósito, ter presente o procedimento que o cliente ou freqüentador de tais lugares adota: escolha, no estacionamento, o lugar em que quer deixar o seu veículo, fecha-o e leva consigo as chaves. Não faz a entrega do veículo à empresa, e nem esta o recebe para custódia, com o que mantém aquele a livre disponibilidade de uso do mesmo. A par disso, a jurisprudência que trata tal situação como caracterizadora de um contrato de depósito desconhece ou desconsidera a *natureza real* de tal tipo contratual, a exigir, para o seu aperfeiçoamento, a efetiva entrega da coisa ao depositário.

Há, por outro lado, alguma jurisprudência, principalmente sufragada no TJRS, isso já de algum tempo, que sustenta a responsabilidade de indenizar por furtos ou danos de veículos, ocorridos em centros comerciais e outros tipos de estacionamentos, com apoio expresso na doutrina das *relações contratuais fáticas* (Günther Haupt), ou das *relações sociais típicas* (Karl Larenz), ou com base nos *atos existenciais* (Couto e Silva). Esta jurisprudência não vê que as referidas situações possam ser enquadradas em figuras contratuais típicas e nem mesmo admite que possa haver alguma forma de aproximação com elas.<sup>112</sup> Inobstante isso, as têm como ensejadoras de um dever de prestar indenização.

## FONTES DAS OBRIGAÇÕES

Reconhecendo tratar-se de *relações contratuais fáticas*, ou de *condutas sociais típicas* ou de *atos existenciais*, empresta-lhes uma *valoração objetiva*, decorrente de um comportamento social que a contenha, o que leva o tribunal à atribuir-lhes, no plano jurídico, uma *eficácia de natureza obrigacional*, resultando na criação de uma obrigação, a impor um *dever de prestar indenização* pelo furto de veículos ou por danos a eles causados quando estacionados em tais espaços de estacionamento.

Isto levou o STJ, dado o seu reiterado entendimento neste sentido, a editar a Súm. 130, pela qual ficou estabelecido que "a empresa responde, perante o cliente, pela reparação de dano ou furto de veículos ocorridos em seu estabelecimento". E certas decisões, ao adotar este entendimento, referem, modo expreso, que a solução decorre da *juridicização jurisprudencial* de tais fatos, os quais têm como decorrentes de *relações contratuais fáticas*. Quando cuida de fazer aplicação da Súmula 130 (MIX\2010\1383) do STJ, o Min. Ruy Rosado de Aguiar Júnior tem afirmado que a sua incidência não supõe a caracterização de contrato de depósito, posto que ela se ocupa de *dever de prestar* oriundo de relações contratuais fáticas<sup>113 114</sup>

A inferência que se tira de tudo isso é que as empresas criaram e propalaram uma imagem e expectativa quanto a existência de segurança e vigilância em tais lugares, e respondem justamente por esta imagem e expectativa criada e propalada. O *dever de prestar indenização* ou recomposição quando esta imagem ou expectativa se frustra (e.g., pelo dano ou furto de veículo no estabelecimento) decorre de *atos ou fatos juridicizados pela jurisprudência*, fundada em uma *relação contratual fática*, ou em uma *conduta social típica* ou em *atos existenciais*, reputados como hábeis para produzi-lo. Em tais hipóteses, o *dever de prestar indenização* ou recomposição não decorre da existência de um contrato de depósito,<sup>115</sup> mas da *imagem de segurança e vigilância* propalada existir nesses estacionamentos, tidos, em uma valoração jurisprudencial objetiva, como capazes de convencer os clientes, freqüentadores e usuários de que seus bens estarão vigiados e seguros. É justamente deste comportamento das partes - de prestar vigilância e segurança de parte dos estabelecimentos, e de estarem seus usuários convencidos quanto a existência de uma efetiva vigilância e segurança -, que decorre o *dever de prestar indenização*, por parte daqueles, quando se verificar dano ou furto do veículo. Trava-se aí uma relação social típica, à qual é emprestada, jurisprudencialmente, uma valoração objetiva no sentido de tê-la como capaz de produzir efeitos de natureza obrigacional.

O erro daqueles que enxergam existir um contrato de depósito em tais situações está em que não atentam para o fato de que pode haver *dever de custódia*, que é próprio dele, mesmo quando não se configure ou não exista aquela figura contratual. Entre nós Pontes de Miranda havia atentado para o fato de que poderia existir *dever de custódia*, não necessariamente decorrente de um contrato de depósito, mas de outra relação, legal ou fática, dentro na qual aquele dever apareceria como uma obrigação acessória. E explicava que o *dever de custódia* poderia ser também uma decorrência ou da *lei* ou das *circunstâncias fáticas* que cercam o caso, analisável para cada hipótese concreta. Segundo o referido doutrinador, "se a empresa tem espaço próprio para os automóveis, as bicicletas e as motocicletas dos empregados, assume ela dever de custódia" (*Tratado de direito privado*, vol. 42, p. 329). E com maior razão se impõe esse dever de custódia quando tal disponibilização se dá aos usuários, fregueses e freqüentadores de estabelecimentos, como supermercados e centros comerciais, em que tais espaços estacionamentos se põem necessários à realização dos atos de mercancia neles praticados ou para o sucesso do próprio empreendimento. E com maior dose de razão quando a tudo isso se acresce uma propaganda que os aponte como seguros. Daí se poder concluir com a afirmação de Pontes de Miranda: "Em todas essas espécies, à relação jurídica existente corresponde dever de prestação, ou dever acessório, dentro do qual se incrusta o de custodiar. A infração não é do dever decorrente da relação jurídica de depósito, pois, *ex hypothesi*, depósito não houve, mas sim de outra relação jurídica" (op. et vol. cit., p. 328).

Não se desconhece, e nem se desconsidera, o fato de que alguns dos casos ventilados possam encontrar uma solução satisfatória com invocação e aplicação do princípio da boa-fé objetiva e do princípio da confiança. É de se observar, no entanto, que em um sistema jurídico onde vigora o princípio da reserva legal, como é o imperante entre nós, aqueles princípios se destinam e servem a uma melhor compreensão, interpretação e aplicação do direito na solução dos fatos concretizados e postos ao exame do juiz. Não se criam e nem se constituem obrigações a partir dos referidos princípios, não podendo eles, por isso mesmo, se constituírem em fontes de obrigações.

Opera-se aí, na realidade, uma *juridicização jurisprudencial* de um *comportamento social típico*,

## FONTES DAS OBRIGAÇÕES

próprio de uma sociedade que pratica relações intersubjetivas massivas, e que é resultado da *relevância* a ele atribuída e da *valoração* que os pretórios lhe emprestam como produtor de uma eficácia que redunde em um *dever de prestar indenização* ou recomposição por danos, sendo tal comportamento, por isso, uma fonte de obrigação.

O entendimento de tratar-se de *comportamentos sociais típicos* traz consigo a inarredável vantagem de afastar a *ficção contratual* de se considerar existente um contrato de depósito em uma situação em que o mesmo não se caracteriza na realidade.

### 6. Conclusão

Como fontes de obrigações devem ser tidos os *atos e fatos* que componham o *suporte fático* de uma norma jurídica<sup>116</sup> e que, em virtude da incidência dessa norma jurídica aos fatos concretizados, sejam capazes de fazer surgir um *dever de prestar* por parte de alguém em favor de outrem. Entendam-se como fatos e atos capazes de gerar uma obrigação, notadamente, aqueles que foram objeto de análise no corpo do presente estudo.

A par disso, devem ser considerados também como fontes de obrigações certos *comportamentos sociais típicos* (= relações contratuais de fato ou atos existenciais), os quais a *jurisprudência* tenha como aptos a *gerar efeitos tipicamente obrigacionais*, ao tê-los, ao lado do direito, como outro *elemento de fixação social* a ser valorado, posto que são capazes de cristalizar um comportamento ou uma conduta aceita e valorada socialmente com tal caráter.

Esta colocação não infirma, e nem afronta, a norma constitucional anteriormente mencionada (art. 5.º, II), tendo em vista que a mesma Constituição atribui aos tribunais não apenas a interpretação e aplicação das normas jurídicas legisladas, mas também o de apreciar as hipóteses de lesões a direitos que lhe sejam submetidos (art. 5.º, XXXV). E quando essas lesões não decorram de fatos jurídicos típicos, ou que não possam ser submetidos a uma matriz contratual ou extracontratual, cabe aos juizes e tribunais, que não podem se eximir de julgar (art. 4.º, 1.ª parte, da Lei de Introdução), estabelecer uma solução que, observado o sistema legislado como um todo, lhes pareça a mais adequada e que realize o princípio de um direito justo (art. 4.º da LICC (LGL\1942\3)).

A *proteção da boa-fé* e a *proteção da confiança* da pessoa que participa de relações massificadas podem ser consideradas como *fundamento das decisões* que, emprestando contornos jurídicos aos *comportamentos sociais típicos*, fazem destes defluir um *dever de prestar indenização* ou recomposição por danos, o que os constitui em uma fonte geradora de obrigações.

Conseqüentemente, devem ser tidos tais *comportamentos sociais típicos* (Karl Larenz) ou *atos existenciais* (Clóvis Couto e Silva) como uma *fonte obrigacional*, ainda que *jurisprudencial*, posto que geram ou são capazes de gerar o *dever de prestar* por parte de alguém em favor de outrem, resultantes que são do *contato social* que as pessoas travam em relações massivas. Evita-se, com sua aceitação, o recurso às *ficções jurídicas*, normalmente perturbadoras.

### 7. Bibliografia

- AGUIAR DIAS, José de. *Da responsabilidade civil*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. vol. I.
- ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de. *Direito das obrigações*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1994.
- AMARAL, Francisco. *Direito civil brasileiro*. Introdução. Rio de Janeiro: Forense, 1991.
- ANDRADE JÚNIOR, Áttila de Souza Leão. *Comentários ao novo Código Civil (LGL\2002\400)*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. vol. II, Direito das obrigações.
- ASSIS TOLEDO, Francisco de. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.
- AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria geral das obrigações*. 7. ed. São Paulo: Ed. RT, 1999.
- BROX, Hans. *Allgemeines Schuldrecht*. 6. ed. München: C. H. Beck, 1977.
- BRUNO, Aníbal. *Direito penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984. vol. II.
- CARVALHO DE MENDONÇA, Manuel Inácio. *Doutrina e prática das obrigações*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1956. vol. I.



## FONTES DAS OBRIGAÇÕES

- CASTRO Y BRAVO, Federico. *El negocio jurídico*. Madrid: Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, 1967.
- CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. São Paulo: Malheiros, 1996.
- CHAMOUN, Ebert. *Instituições de direito romano*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1968.
- COLIN, Ambrose; CAPITANT, Henri. *Cours élémentaire de droit civil français*. 2. ed. Paris: Dalloz, [s.d.]. t. 2.
- COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. *A obrigação como processo*. Tese de Concurso para a Cátedra de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre: Emma, 1964.
- CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso de direito romano*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1973.
- DAIBERT, Jefferson. *Das obrigações*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979.
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, [s.d.]. vol. 2
- DOWER, Nelson Godoy Bassil. *Curso moderno de direito civil*. 2. ed. São Paulo: Nelpa, [s.d.]. vol. 2.
- ENNECCERUS, Ludwig; NIPPERDEY, Hans Carl. *Tratado de derecho civil*. Barcelona: Bosch, 1953. t. I, vol. 1.º.
- ESSER, Josef. *Schuldrecht*. 2. ed. Karlsruhe: C. F. Müller, 1960.
- \_\_\_\_\_; SCHMIDT, Eike. *Schuldrecht*. Karlsruhe. 1.ª Parte, 5. ed. 1975, vol. I.
- FAGUNDES VARELA, J. M. *Direito das obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 1978. vol. I.
- FEU ROSA, Antônio José Miguel. *Direito penal*. Parte geral. São Paulo: Ed. RT, 1995.
- FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001.
- FIKENTSCHER, Wolfgang. *Das Schuldrecht*. Berlim: Walter de Gruyter, 1965.
- FLUME, Werner. *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*. Das Rechtsgeschäft. Berlim: Springer Verlag, 1965.
- FRANÇA, Limongi. *Instituições de direito civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1991.
- FRANZEN LIMA, João. *Curso de direito civil brasileiro*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979. vol. II.
- GAUCH, Peter; SCHLUEP, Walter R.; TERCIER, Pierre. *Partie générale du droit des obligations*. Zurich: Schulthess, 1978. t. I.
- GOMES, Orlando. *Contratos*. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- \_\_\_\_\_. *Introdução ao direito civil*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- \_\_\_\_\_. *Obrigações*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, [s.d.].
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito das obrigações*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Introdução ao estudo do direito*. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- JÖRS, Paul. *Derecho privado romano*. Barcelona: Labor, 1937.
- JOSSERAND, Louis. *Derecho civil*. Buenos Aires: Ejea, 1950. t. II, vol. 1.
- JUGLART, Michel de. *Cours élémentaire de droit civil*. Paris: Montchrestien, 1974. t. I.
- LARENZ, Karl. *Lehrbuch des Schuldrechts*. 8. ed. München: C. H. Beck Verlag, 1967. vol. II.

## FONTES DAS OBRIGAÇÕES

- \_\_\_\_\_. *Lehrbuch des Schuldrechts*. 9. ed. München: C. H. Beck Verlag, 1968. vol. I.
- \_\_\_\_\_. *Allgemeiner Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts*. Ein Lehrbuch. München: C. H. Beck, 1967.
- \_\_\_\_\_. *Derecho justo*. Fundamentos de etica jurídica. Madrid: Civitas, 1985.
- LEVENHAGEN, Antônio José de Souza. Código Civil (LGL\2002\400). Comentários didáticos. 5. ed. São Paulo: Atlas, 1996. vol. 4.
- LIMONGI FRANÇA, Rubens. *Manual de direito civil*. São Paulo: Ed. RT, 1969. vol. 4, t. I.
- LOBO, Paulo Luiz Neto. *Condições gerais dos contratos e cláusulas abusivas*. São Paulo: Saraiva, 1991.
- LONGO, G. *Diritto delle obbligazioni*. Torino: Utet, 1950.
- MAZEAUD, Henry; MAZEAUD, León; MAZEAUD, Jean. *Leçons de droit civil*. Paris: Montchrestien, 1956. t. II.
- MEIRA, SILVIO A. B. *Instituições de direito romano*. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 1968.
- MENEZES CORDEIRO, António. *Da boa fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 1984. 2 vols.
- MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. vol. 5.
- MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito romano*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. vol. II.
- MOREIRA, Paulo Cesar Cursino de. *Manual de direito romano*. Instituições de direito privado. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- NÓBREGA, Vandick Londres da. *Compêndio de direito romano*. 8. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1977. vol. II.
- NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito penal*. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. vol. 1.
- OLIVEIRA, José Lopes de. *Direito das obrigações*. Recife: Livrotécnica. 1976.
- OPITZ, Oswaldo. *Teoria e prática das obrigações*. Porto Alegre: Sulina, 1973.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. vol. I e II.
- \_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. vol. III.
- \_\_\_\_\_, \_\_\_\_\_. Responsabilidade Civil. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense 1998.
- PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Cessão da posição contratual*. Coimbra: Atlântida, 1970.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Dapromessa de recompensa*. Campinas: Bookseller. 2001.
- \_\_\_\_\_. *Tratado de direito privado*. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1962. t. XXXVIII.
- \_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971. t. 22.
- \_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 1972. t. XLII.
- RIBEIRO DE FARIA, Jorge Leite Areias. *Direito das obrigações*. Coimbra: Almedina, 1990. vol. 1.
- RIPERT, Georges; BOULANGER, Jean. *Tratado de derecho civil*. Buenos Aires: La Ley, [s.d.]. t. IV, vol. 1.
- RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. vol. 2

## FONTES DAS OBRIGAÇÕES

ROQUE, Sebastião José. *Direito das obrigações civis-mercantis*. São Paulo: Ícone. 1994.

SALLES JÚNIOR, Romeu de Almeida. *Cursocompleto de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

SCAVONE JÚNIOR, Luiz Antônio. *Obrigações*. Abordagem didática. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999.

SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Curso de direito civil*. 5. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1966. vol. II, IV e V.

SIEBERT, Wolfgang. *Faktische Veretragsverhältnisse*. Karlsruhe: Müller. 1958.

SOERGEL, Theodor; SIEBERT, Werner; SCHMIDT, Reimer. *Kommentar zum Bürgerliches Gesetzbuch*. 10. ed. Stuttgart: Kohlhammer, 1967. vol. 2.

STARCK, Boris. *Droit civil*. Obligations. Paris: Librairies Techniques, 1972.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil*. Obrigações. 3. ed. São Paulo: Atlas, [s.d.].

\_\_\_\_\_. *Direito civil*. Teoria geral. 4. ed. São Paulo: Atlas, 1996.

WALD, Arnaldo. *Curso de direito civil brasileiro*. Obrigações e contratos. 3. ed. São Paulo: Sugestões Literárias, 1972.

\_\_\_\_\_. *Direito civil*. Introdução e parte geral. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

(37) Afirmar que a *lei* seja fonte de obrigação é reputado como *insuficiente e inútil*, no entender de Boris Starck. Este autor, justificando o seu posicionamento, escreve: "Cette classification est unanimement critiquée: dire que la loi est une source d'obligations est inutile et insuffisant. *Inutile*, car cela va de soi: la loi (dans le sens large du terme, englobant toutes les sources de droit) est, nécessairement, la source de tous nos droits subjectifs (V. Introduction, n. 144), par conséquence, également de toutes les obligations. *Insuffisant*, car la loi, pour créer des droits ou des obligations, prend en considération des faits ou des actes juridiques. Ce sont donc les faits ou ces actes juridiques qui, seuls, sont à considérer comme sources spécifiques des obligations, la loi étant, si l'on peut dire, le facteur commun de toutes les sources" (*Droit civil*. Obligations. Paris: Librairies Techniques, 1972. p. 7).

(38) Orlando Gomes entende não ser a *lei* uma fonte de obrigações, rotulando tal entendimento equivocado. E justifica a assertiva deste modo: "ao lado dessas figuras jurídicas submetidas à disciplina sistemática, há relações decorrentes de fatos materiais que a lei prevê, impondo obrigações a uma ou às duas partes. Porque são *situações de fato*, tais obrigações são chamadas legais, no pressuposto de que derivariam imediatamente da lei. Trata-se, porém, de generalizado equívoco, porquanto exigem, para surgirem, que se manifeste a *situação de fato*. Esta é o *fato condicionante* e, portanto, a *fonte*. A rigor, não há *obrigações* derivadas imediatamente da lei" (*Obrigações*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, [s.d.]. n. 27, p. 32).

(86) A questão da "conduta social típica" como fonte de obrigações é objeto de vivo debate entre os autores mais modernos e de maior nomeada, inclusive na Alemanha. Veja-se, além daqueles que são citados expressamente no texto do estudo, por exemplo: Werner Flume. *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*. Das Rechtsgeschäft. Berlim: Springer Verlag, 1965. § 8, p. 95/104; Hans Brox. *Allgemeines Schuldrecht*. 6. ed. München: C. H. Beck, 1977. § 4, III, p. 33/36; Josef Esser. *Schuldrecht*. 2. ed. Karlsruhe: C. F. Müller, 1960, especialmente § 10, 5 e 6, p. 33/35; Josef Esser; Eike Schmidt. *Schuldrecht*, vol. 1, Allgemeiner Teil. Karlsruhe. 5. ed., § 10, p. 110/116; Theodor Soergel; Werner Siebert e Reimer Schmidt. *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*. 10. ed. Stuttgart. vol. 2, § 305, III, p. 338-340; Wolfgang Siebert. *Faktische Vertragsverhältnisse*. Karlsruhe: Müller, 1958.

(87) Na Suíça a teoria das "relações contratuais de fato", como fontes de obrigações, tem tranqüila aceitação (Peter Gauch; Walter R. Schluep e Pierre Tercier. *Partie générale du droit des obligations*. Zurich: Schulthess, 1978. t. I, p. 43).

## FONTES DAS OBRIGAÇÕES

(88) Karl Larenz critica a expressão "relações contratuais de fato" que Günther Haupt empregou, ao argumento de que ela pode induzir a conclusão de se tratar de um processo extrajurídico. Daí ter, por sua vez, cunhado a expressão "relações sociais típicas", para caracterizar a circunstância de que às mesmas se dá uma "avaliação jurídica" indutora de uma obrigação.

(89) A elas assim se refere Karl Larenz: "Der moderne Massenverkehr bringt es mit sich, dass in manchen Fällen nach der Auffassung der Verkehrspflichtungen eingegangen, Schuldverhältnisse begründet werden, ohne dass echte Willenserklärungen abgegeben werden. Es handelt sich vorwiegend um solche unentbehrlichen *Versorgungsleistungen*, die von jedermann zu den Bedingungen des #Tarifs" in Anspruch genommen werden können. An die Stelle der Erklärungen tritt hier das tatsächliche öffentliche Angebot einer Leistung (neben der Veröffentlichung des Tarifs) und die tatsächliche Inanspruchnahme dieser Leistung durch einen Verkehrsteilnehmer. Beides, das tatsächliche öffentliche Angebot und die tatsächliche Inanspruchnahme der Leistung, stellen zwar keine auf den Eintritt bestimmter Rechtsfolgen gerichtete Willenserklärungen, wohl aber ein korrespondierendes Verhalten dar, das nach seiner *sozial-typischen Bedeutung* die gleichen Rechtsfolgen wie ein rechtsgeschäftliches Handeln hat" (*Lehrbuch*, I, § 4, II p. 33). Ou em vernáculo: "O moderno tráfico em massa traz consigo que em alguns casos, de acordo com a concepção do tráfico, se assumam deveres, nasçam obrigações, sem que se emitam declarações de vontade encaminhadas para tal fim. Tratam-se preponderantemente de prestação de serviços indispensáveis, dos quais qualquer pessoa pode se utilizar mediante condições de 'tarifa'. Em lugar de declarações surge uma fática oferta pública de uma prestação (junto com a divulgação da tarifa) e a aceitação de fato desta prestação por aquele que toma parte no tráfico. Ambas, a oferta pública de fato e a aceitação de fato da prestação, não supõem (a falta da correspondente consciência de declaração) declarações de vontade, mas implicam uma conduta que por seu significado social típico tem os mesmos efeitos jurídicos que a atuação jurídica negocial".

(91) *A obrigação como processo*, cit., p. 94-95.

(92) Em Portugal, Mário Júlio de Almeida Costa, tratando das relações contratuais de fato, conquanto não afaste integralmente a teoria, diz ser a mesma de duvidosa necessidade, isso que os problemas aí enfocados poderiam ser solucionados com base nos ditames da boa-fé. Por outro lado, reconhece-lhes interesse no plano dogmático ou de explicação das soluções (*Direito das obrigações*, cit., n. 25, p. 194 e 195). A teoria das relações contratuais de fato é aceita por António Menezes Cordeiro (*Da boa fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 1984. vol. I p. 555 et seq. e 641 et seq.) e por Carlos Alberto da Mota Pinto (op. cit., nota 3, p. 256-261).

(93) Onde existem *deveres jurídicos* há de se entender também existem *direitos*, que são a contrapartida natural daqueles, tal como estes têm sua contrapartida na existência daqueles.

(94) Paulo Luiz Neto Lôbo, outro autor que entre nós se ocupou do tema, escreveu: "Segundo a doutrina, nessas relações não haveria contrato propriamente dito. Seriam relações protocontratuais, mas a que o direito atribuiria efeitos idênticos aos contratos. (...) Nas relações contratuais de fato não haveria contrato, não haveria aceitação nem conhecimento, mas simples condutas fáticas a que se atribuem efeitos jurídicos contratuaisiformes". Este mesmo autor, depois acentua dizendo que tais relações "são exclusivamente de consumo, sendo inteiramente regidas pelas Código de Defesa do Consumidor (LGL\1990\40), que lhes faz incidir preferencialmente normas de responsabilidade civil, em vez das normas de proteção contratual" (*Condições gerais dos contratos e cláusulas abusivas*, cit., n. 10.3, p. 46-47).

(95) Pontes de Miranda, tratando das relações contratuais de fato (Haupt) e das relações sociais típicas (Larenz), não as aceita. Escreve ele: "O sistema jurídico, além de conhecer as manifestações tácitas de vontade, conhece as manifestações pelo silêncio e as que resultam de atos alheios se para esses atos concorreu a ação ou a omissão de alguém. (...) O que se passa é que quase todo o conteúdo da manifestação de vontade *já estava preestabelecido*, e não se pode deixar de ver na vinculação ou no direito a ser transportado eficácia de negócio jurídico típico". O referido autor entende que, nas relações massivas, o contrato não provém de oferta ao público, mas de invitação ao público (*Tratado de direito privado*. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1962. t. XXXVIII, § 4.191, p. 29 et seq.).

(113) Eis a ementa no sentido do texto: "Responsabilidade civil - Estacionamento - Supermercado - Furto de veículo - Denúnciação da lide - Honorários - 1. Incidência da Súmula 130. Desnecessidade

## FONTES DAS OBRIGAÇÕES

da caracterização do depósito, pois se trata de relação contratual de fato. 2. Na denúncia da lide, inexistindo resistência da denunciada pela denúncia, vindo ela a juízo para aceitar a sua condição e se colocando como litisconsorte do réu denunciante, descabe a sua condenação em honorários pela lide secundária. Recurso não conhecido" (STJ, 4.<sup>a</sup> T., REsp 120719-SP, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar Júnior, DJU 12.04.1999, p. 156).

(114) Este mesmo entendimento o Min. Ruy Rosado de Aguiar Júnior já havia adotado quando desembargador do TJRS. Quando do julgamento de recurso de apelação, interposto de sentença que havia, liminarmente, extinto processo de indenização por furto de veículo em estacionamento de centro comercial, e ao qual foi dado provimento para cassar a decisão e determinar o seu prosseguimento, o provimento dos recursos se deu com invocação dos seguintes fundamentos: "Não há dúvida de que a destinação de um espaço para o estacionamento de seus clientes interessa ao 'Shopping' e é mais um motivo de atração para o incremento das vendas dos estabelecimentos comerciais ali localizados. Nos dias de hoje, com a sensação de insegurança que domina as populações das grandes cidades, é grande vantagem oferecer ao cliente facilidade de acesso por automóvel e lugar adequado para seu estacionamento. Além do aspecto segurança, ainda há o conforto e a comodidade resultantes da existência da reserva de um espaço para o veículo. Também não se pode desconhecer a teoria sobre as relações contratuais de fato, nascidas do simples contato social típico, estudadas por Mário Júlio de Almeida (...), denominadas pelo Prof. Clóvis do Couto e Silva de 'ato existencial' (...), suficientes, só por si, para estabelecer vínculo jurídico entre as partes e criar relação de natureza obrigacional. O contrato derivaria da simples oferta e da sua aceitação, verificáveis mediante o exame do comportamento externo das partes, encontrando nos serviços massificados. Entre eles está o estacionamento remunerado, onde a oferta do mantenedor do serviço, através dos serviços próprios, ou do simples fato de deixar abertos os portões e disponíveis as vagas, se reúne ao comportamento típico do usuário, que se utiliza dessa situação e ali deixa estacionado o seu veículo. Os dois comportamentos significam suporte fático necessário para o reconhecimento da relação jurídica e o surgimento de obrigações: de um lado, o de guardar e preservar o veículo; e de outro, o de pagar pelo estacionamento. Nessa situação, está, entre as obrigações do titular do estacionamento, a de bem guardar e preservar o bem de terceiro, inclusive contra danos e furtos, pelo que poderia ele vir a ser responsabilizado na hipótese de eventual dano à propriedade, decorrente de culpa do guardador. Na espécie dos autos, não há situação de estacionamento remunerado, mas a existência de um espaço para estacionamento de eventuais clientes. Pergunta-se: também aqui há a responsabilidade do estabelecimento comercial? Penso que a resposta somente poderá ser alcançada depois de bem esclarecida a situação e de fato e de direito em que teria ocorrido o estacionamento do veículo, exigências de ingresso, controle da circulação, aparatos de proteção, propriedade e administração do lugar, pagamento de suas despesas, repasse delas (pois a gratuidade pode ser só aparente), eventuais seguros e sua extensão, o que se obterá mediante a produção de prova, no correr da instrução. Depois disso, será examinado o próprio fato gerador da responsabilidade, isto é, o furto do veículo" (RJTJRS 133/399-401, j.16.08.1988).

---

(1) Na Alemanha e na Suíça, a doutrina e os tribunais, de muito, conhecem, e lhe emprestam alguma eficácia jurídica, típicas relações de ordem fática, as quais, por criarem uma expectativa na mente de um, determinada pela conduta de outrem, são tidas como capazes de levar à criação de algum tipo de obrigação. Essas relações de ordem fática, capazes de produzir efeitos jurídicos obrigacionais, são denominadas *faktische Vertragsverhältnisse*. Entre nós, referiu-se a essa categoria de fontes obrigacionais Clóvis Veríssimo do Couto e Silva (*A obrigação como processo*. Tese de Concurso para a Cátedra de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre: Emma, 1964), quando, utilizando-se da idéia do "contato social", afirma ser ele, presentes determinadas circunstâncias, capaz de fazer surgir e justificar o nascimento de direitos e obrigações ainda que inexistente contrato (p. 91-93), acrescentando que desse "contato social" resultariam o que cunhou como "atos existenciais", isso que seriam, na sua expressão, "atos absolutamente necessários à vida humana" (p. 94). Ainda entre nós, e mais recentemente, referiu-se a esta categoria Paulo Luiz Neto Lôbo (*Condições gerais dos contratos e cláusulas abusivas*. São Paulo: Saraiva. 1991). Voltarei ao assunto no § 2.<sup>o</sup>, item 5.1.6.

(2) A cultura jurídica brasileira é reconhecida e proclamada como uma das mais independentes e

## FONTES DAS OBRIGAÇÕES

com criações que lhe são próprias e únicas. A realidade brasileira é diferente da de outros países, e a nossa legislação e doutrina devem levar em linha de conta essa diferença e atender a essas peculiaridades que nos são próprias. Cabe aqui mencionar a apreciação feita por Ludwig Enneccerus e Hans Carl Nipperdey sobre o Código Civil (LGL\2002\400) brasileiro, para os quais "la más independiente de las condificaciones latinoamericanas es el C. c. brasileiro de 1.º de enero de 1916. De los 1.807 artículos que lo integram, una mitad, más o menos, deriva de los códigos europeos, principalmente del francés y del portugués, habiendo 62 artículos que tienen su origen em el C. c. alemán. *La outra mitad se funda en ideas de los juristas brasileños y recoge el derecho consuetudinario*" (*Tratado de derecho civil*. Barcelona: Bosch, 1953. t. I, vol. 1.º, § 26a, p. 109).

(3) *Direito romano*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. vol. II, n. 200, p. 28

(4) *Direito romano*, cit. No mesmo sentido: Silvio A. B. Meira. *Instituições de direito romano*. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 1968. n. 175, p. 312; José Cretella Júnior. *Curso de direito romano*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1973. n. 168, p. 213; Vandick Londres da Nóbrega. *Compêndio de direito romano*. 8. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1977. vol. II, p. 175.

(5) *Manual de direito romano*. Instituições de direito privado. Rio de Janeiro: Forense, 1998. n. 40.3, p. 262.

(6) *Instituições de direito romano*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1968. p. 304.

(7) *Idem*, *ibidem*, p. 305.

(8) *Idem*.

(9) A doutrina francesa critica esta classificação. Georges Ripert et Jean Boulanger afirmam que "la clasificación legal no tiene valor científico" e que a mesma "no corresponde a la realidad y es a la vez insuficiente y complicada" (*Tratado de derecho civil*. Buenos Aires: La Ley, [s.d.]. t. IV, vol. 1, n. 24, p. 26).

(10) Ambrose Colin; Henri Capitant. *Cours élémentaire de droit civil français*. 2. ed. Paris: Dalloz, [s.d.]. t. 2, p. 272.

(11) Michel de Juglart. *Cours élémentaire de droit civil*. Paris: Montchrestien, 1974. t. I, p. 117.

(12) Henri Mazeaud; Leon Mazeaud e Jean Mazeaud. *Leçons de droit civil*. Paris: Montchrestien, 1956. t. II, p. 42.

(13) Louis Josserand. *Derechocivil*. Buenos Aires: Ejea, 1950. t. II, vol. 5, n. 11, p. 11.

(14) É o que está estabelecido no art. 1.731: "Le obbligazioni derivano da contratto, da fatto illecito e da ogni altro atto e fatto idoneo a produrle in conformitá dell'ordinamento giurídico".

(15) Tais fontes das obrigações são geralmente aceitas pelos doutrinadores portugueses. Nesse sentido: Mário Júlio de Almeida Costa. *Direito das obrigações*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1994. p. 171; Jorge Leite Areias Ribeiro de Faria. *Direito das obrigações*. Coimbra: Almedina, 1990. vol. 1, p. 146.

(16) Manuel Inácio Carvalho de Mendonça, o civilista, é quem escreveu: "Pôsto que até hoje grande disputa exista sôbre essa matéria, julgamo-la ociosa e sem resultados filosóficos. O importante é saber quando haja uma obrigação e não conhecer o batismo de sua nomenclatura" (*Doutrina e prática das obrigações*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1956. vol. I. n. 6, p. 80).

(17) *Op. cit.*, p. 80-81.

(18) *Das obrigações*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979. n. 1.4, f. 17.

(19) *Manual de direito civil*. São Paulo: Ed. RT, 1969. vol. 4, t. I, p. 51.

## FONTES DAS OBRIGAÇÕES

- (20) *Curso de direito civil brasileiro*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979. vol. II, p. 9.
- (21) *Curso de direito civil brasileiro*. Obrigações e contratos. 3. ed. São Paulo: Sugestões Literárias, 1972. n. 28, p. 61.
- (22) José Lopes de Oliveira. *Direito das obrigações*. Recife: Livrotécnica, 1976. p. 36.
- (23) *Direito das obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 1978. vol. I, p. 118.
- (24) *Curso moderno de direito civil*. 2. ed. São Paulo: Nelpa, [s.d.]. vol. 2, n. 3.3, p. 24.
- (25) *Teoria geral das obrigações*. 7. ed. São Paulo: Ed. RT, 1999. p. 45.
- (26) *Direito civil*. Obrigações. 3. ed. São Paulo: Atlas, [s.d.]. n. 5.4, p. 66.
- (27) *Direito das obrigações*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 6.
- (28) *Curso de direito civil*. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. vol. 5, p. 3.
- (29) É o posicionamento adotado pelo autor ao ensinar: "De modo que classifico as obrigações da seguinte maneira: a) obrigações que têm por fonte imediata a vontade humana; b) obrigações que têm por fonte imediata o ato ilícito; c) obrigações que têm por fonte direta a lei" (*Direito civil*. 30. ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2002. vol. 2, p. 10).
- (30) *Obrigações*. Abordagem didática. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999. p. 14.
- (31) *Teoria e prática das obrigações*. Porto Alegre: Sulina, 1973. p.11. Escrevia o autor: "Pode-se ainda ir mais longe, atualmente, dizendo que a obrigação tem uma única fonte, que é a lei".
- (32) Código Civil (LGL\2002\400). Comentários didáticos. 5. ed. São Paulo: Atlas, 1996. vol. 4, p. 14. Como se pode perceber, há forte influência da classificação romana e da codificação francesa.
- (33) *Direito das obrigações civis-mercantis*. São Paulo: Ícone. 1994. p. 25.
- (34) *Instituições de direito civil*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. vol. II, n. 130, p. 26. No mesmo sentido se pronuncia Maria Helena Diniz para a qual "as obrigações decorrem da lei e da vontade humana, e em ambas trabalha o fato humano, e em ambas atua o ordenamento jurídico, pois de nada valeria a vontade sem a lei, e a lei sem um ato volitivo, para a criação do vínculo obrigacional" (*Curso de direito civil brasileiro*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, [s.d.]. vol. 2, p. 45).
- (35) O Código Civil (LGL\2002\400) italiano de 1865, em seu art. 1.097, classificava as fontes das obrigações, segundo preleciona G. Longo, "in modo aderente alla tradizione romanistica-giustiana e al suo modello francese, distinguendo cinque categorie: la legge, il contratto, il delitto, il quasi-contratto e il quasi-delitto. Con riguardo a tale classificazione, adottata nel nostro Codice e in quello francese, la dottrina rilevava, peraltro, che, in sostanza, le fonti delle obbligazioni potevano ridursi a due: la volontà umana e la legge, e che, in ultima analisi, ritenendo che per fonte si debba intendere la forza che impone coercitivamente l'osservanza del vincolo obbligatorio, se notava che unica *causa obligationum* è la legge. Altri rilevava essere il contratto o la legge" (*Diritto delle obbligazioni*. Torino: Utet, 1950, p. 148. No mesmo sentido: Pacchioni, *Obbligazioni*, p. 228.
- (36) É o que afirma Attila de Souza Leão Andrade Jr.: "Entendemos como fonte primária das obrigações a lei. Como fonte secundária, o contrato" (*Comentários ao novo Código Civil* (LGL\2002\400). Rio de Janeiro: Forense, 2002. vol. II. Direito das obrigações, n. 1.2, p. 3).
- (39) Di-Io Pontes de Miranda: "As obrigações são efeitos de fatos jurídicos; a própria obrigação *ex lege* é obrigação que supõe fato, que entre no mundo jurídico e a irradiar" (*Tratado de direito privado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971. t. 22, p. 55).
- (40) A expressão é empregada por Karl Larenz e, por meio dela, o referido doutrinador alemão pretende deixar claro que os fatos ou acontecimentos que podem dar ensejo ao surgimento da

## FONTES DAS OBRIGAÇÕES

obrigação são, de um lado, heterogêneos e de uma diversidade ampla, e, de outro lado e ao mesmo tempo, dimensioná-los em uma perspectiva que acentue a *funcionalização* do direito obrigacional, e que enfatize a *missão social* do direito privado (*Lehrbuch des Schuldrechts*. 9. ed. München: C. H. Beck Verlag, 1968. vol. I, p. 1).

(41) Escreve o autor: "*Verpflichtende Rechtsgeschäfte sind solche, die auf eine Verpflichtung des Handelnden abzielen. Sie begründen ein Schuldverhältnis, wenn dadurch eine Leistungspflicht übernommen wird*" (op. e vol. cit., p. 31).

(42) Os autores, atentos ao fato de existir uma *oferta* e uma *aceitação da oferta*, geralmente afirmam que os negócios jurídicos bilaterais pressupõem e resultam de um *acordo de vontades*.

(43) São exemplos de negócios jurídicos bilaterais simples o contrato de comodato (art. 579), o contrato de doação pura (art. 538), o contrato de depósito gratuito (art. 627 c/c o art. 628).

(44) A afirmação é de Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições de direito civil*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. vol. III, n. 185, p. 4.

(45) O legislador civil catalogou como *atos unilaterais*, além das figuras indicadas no texto, o *pagamento indevido* (arts. 876/883) e o *enriquecimento sem causa* (arts. 884/886). Não cabe aqui discutir se tal enquadramento se mostra correto ou não. O escopo do estudo não comporta tal discussão. Para um estudo das fontes das obrigações penso que sua classificação melhor se fará em termos que facilitem sua compreensão, procedendo-se sua análise de forma separada dos ditos negócios jurídicos unilaterais (como considerados pelo legislador civil), dando-se especial atenção e ênfase às razões de ordem filosófico-jurídico que determinam o surgimento do *dever de prestar a restituição*.

(46) É também o entendimento de Caio Mário (*Instituições...*, cit., vol. III, n. 278, p. 351).

(47) É o que ocorre, por exemplo, com o negócio jurídico testamento (art. 1.857), com a renúncia à herança (art. 1.806), com a confissão de dívida.

(48) É negócio jurídico unilateral receptício, por exemplo, a *denúncia* de um contrato, tal como ocorre no contrato de locação em que ela tem o efeito de dar por finda a locação. A produção do efeito resolutório do contrato de locação, supõe o prévio e necessário conhecimento da manifestação de vontade, externada pelo locador e contida na denúncia, por parte do locatário (artigo 46, § 2.º, da Lei 8.245, de 18.10.1991). São casos de negócio jurídico unilateral receptício: a *revogação* e a *renúncia* ao mandato (art. 682, I, do CC).

(49) Di-lo Pontes de Miranda: "O promitente pode escolher dentre as formas de publicidade, porém não pode prescindir dela" (*Dapromessa de recompensa*. Campinas: Bookseller. 2001. n. 59, p. 166).

(50) Não se deve confundir *concurso público* com a *oferta ao público*. Esta se materializa por meio de propostas de contrato que são dirigidas a uma generalidade de pessoas indeterminadas, geralmente feitas por anúncios na imprensa, ou exposição em vitrines com indicação de seus respectivos preços. Destinam-se a atrair as pessoas interessadas e levá-las à contratação nos moldes indicados.

(51) Pontes de Miranda, *Da promessa de recompensa*, cit., n. 130, p. 271.

(52) Idem, *ibidem*, n. 151, p. 280)

(53) Pontes de Miranda, *Da promessa de recompensa*, cit., n. 151, p. 284)

(54) Enneccerus. Op. cit., vol. II, § 204, p. 571; Serpa Lopes. *Curso de direito civil*. 5. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1966. vol. V, n. 103, p. 117.

(55) Jossierand. Apud Serpa Lopes. Op. cit., vol. V (n. 5, p. 15).

(56) Definição que Serpa Lopes extrai de Henri de Page, *Traité élémentaire du droit civil belge*, II,



parte 1.<sup>a</sup>, n. 1.069 (op. cit., p. 16).

(57) É afirmação feita por Serpa Lopes: "o princípio dominante é o da não intervenção do indivíduo nos negócios alheios; o excepcional consiste na permissibilidade desta intervenção quando as circunstâncias mostrarem ter sido ela indispensável para o benefício do próprio titular do direito, obrigado, então, a suportá-la" (op. cit., vol. V, n. 5, p. 16). No mesmo sentido, Mário Júlio de Almeida Costa, *Direito das obrigações*, cit., n. 37, p. 394.

(58) O gestor deve dirigir os negócios alheios, nos quais interveio, "segundo o interesse e a vontade presumível de seu dono", fazendo isso com "toda sua diligência habitual na administração do negócio". É o que dispõem os arts. 861 e 866 do CC.

(59) Caso o dono da coisa vier a experimentar algum tipo de prejuízo em decorrência da administração ou da intervenção do gestor, este responderá pelos danos, os quais variam de acordo com o fato de a gestão ter-se dado contra a vontade do dono da coisa, hipótese em que responderá até mesmo pelos danos causados por casos fortuitos (arts. 862, 863 e 868). Fora isso, cabe ao gestor a responsabilidade indenizatória, em favor do dono, pelo prejuízo decorrente de qualquer culpa com que se houver na gestão (art. 866, *in fine*).

(60) É o que dispõe o art. 869 e seus parágrafos, o art. 868, par. ún. e o art. 871, entre outros.

(61) É interessante realçar o enfoque que, no ponto, era dado por Limongi França ao exame procedido perante o Código Civil de 1916 (LGL\1916\1) e o posicionamento por ele adotado, então. Escreveu o referido doutrinador: "De nossa parte, ponderamos que na gestão de negócios, tanto pode haver *ratificação dos atos do gestor* (art. 1.345 CC de 1916), como *desaprovação* (art. 1.344 do CC de 1916). Na primeira hipótese, embora de maneira anômala, se caracteriza o *mutuus consensus*, e, pois, conseqüentemente, o *contrato*; na segunda, não há negar o simples caráter, em princípio de declaração unilateral da vontade. A regra porém é o contrato, e a declaração unilateral a exceção, pois, sendo a *gestio* exercida *em benefício do dominus*, é de se supor a ratificação. Esta, aliás, pode dar-se mesmo no caso de gestão iniciada *contra a vontade do dono* (art. 1.332 do CC de 1916), ao qual é sempre lícito retratar-se, expressa ou tacitamente" (*Instituições de direito civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 822). Para Washington de Barros Monteiro, a discussão sobre a natureza jurídica da gestão de negócios é acadêmica, pois, segundo ele, a opinião moderna é no sentido de tratar-se de um contrato (*Curso...*, cit., p. 291). Orlando Gomes tem a gestão como um contrato (*Contratos*. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. n. 317, p. 385). Caio Mário da Silva Pereira nega-lhe a natureza contratual (*Instituições...*, cit., vol. III, n. 257, p. 269).

(62) No mesmo sentido Maria Helena Diniz (op. cit., vol. 3, p. 718); Silvio Rodrigues (op. cit., vol. 3, nota 499, p. 400).

(63) O art. 186 do CC cuida do tratamento da responsabilidade civil indenizatória por atos ilícitos que encontram seu fundamento na culpa *lato sensu*, ou seja, provenientes de *dolo* e também de culpa *stricto sensu*, englobando suas modalidades de *negligência*, *imprudência* e *imperícia*. Reza o art. 186: "Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito". O art. 187, por sua vez, cuida do dever de prestar indenização por dano decorrente do exercício abusivo do direito: "Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes".

(64) O art. 927 estabelece a obrigação de indenizar, isto é, de a pessoa, à qual os danos por outra experimentados, possam ser imputados, dever compô-los, no sentido de se restabelecer a situação existente imediatamente anterior ao do ato danoso.

(65) Reza o par. ún. do art. 927: "Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem".

(66) Sérgio Cavalieri Filho. *Programa de responsabilidade civil*. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 23. Orlando Gomes escreve que "ato ilícito é (...), a ação ou omissão culposa com a qual se infringe, direta e imediatamente, um preceito jurídico do direito privado, causando-se dano a outrem" (

## FONTES DAS OBRIGAÇÕES

*Introdução ao direito civil*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. n. 287, p. 488). Arnaldo Wald, por sua vez, ensina que "o ato ilícito é um ato material (ato ou omissão) que, infringindo dever legal ou contratual, causa dano a outrem" (*Direito civil*. Introdução e parte geral. 9. ed. São Paulo: Saraiva, n. 92, p. 219).

(67) Para os penalistas, segundo doutrina Edgard Magalhães Noronha (*Direito penal*. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. vol. 1, n. 79, p. 139), "age dolosamente não apenas o que quer livre e conscientemente um resultado (= hipótese de dolo direto), mas também quem, embora não o querendo de modo principal, aceita-o ou a ele anui" (= caso de dolo eventual). Ou, consoante leciona Francisco de Assis Toledo, "no dolo eventual, o agente não só prevê o resultado danoso como também o aceita como uma das alternativas possíveis. É como se pensasse: vejo o perigo, sei de sua possibilidade, mas, apesar disso, dê no que der, vou praticar o ato arriscado" (*Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. n. 266, p. 303). No mesmo sentido: Romeu de Almeida Salles Júnior (*Cursocompleto de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 51) e Antônio José Miguel Feu Rosa (*Direito penal*. Parte geral. São Paulo: Ed. RT, 1995. n. 12.5.4, p. 318).

(68) *Da responsabilidade civil*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. vol. I, n. 65, p. 120

(69) Anibal Bruno. *Direito penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984. vol. II, p. 88.

(70) Caio Mário da Silva Pereira. *Instituições de direito civil*, cit., vol. I, n. 115, p. 422.

(71) Eis o seu teor: "Art. 931. Ressalvados outros casos previstos em lei especial, os empresários individuais e as empresas respondem independentemente de culpa pelos danos causados pelos produtos postos em circulação."

(72) Consta do art. 188: "Não constituem atos ilícitos: I - os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido; II - a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão a pessoa, a fim de remover perigo iminente. Parágrafo único. No caso do inciso II, o ato será legítimo somente quando as circunstâncias o tornarem absolutamente necessário, não excedendo os limites do indispensável para a remoção do perigo".

(73) Escreve Karl Larenz: "Der Schadensersatzanspruch findet seine Grundlage nicht etwa in einer 'unerlaubten Handlung' des Handelnden, sondern in dem Gedanken, dass derjenige, der im überwiegenden Interesse eines anderen etwas von seinen Gütern aufopfern muss, dafür entschädigt werden soll. Es handelt sich um einen Ausgleich der beteiligten Interessen durch einen 'Aufopferungsanspruch'. Das ist von Bedeutung für die im Gesetz offen gebliebene Frage nach der Person des Verpflichteten. Richtiger Ansicht nach ist dies nicht der Handelnde, sondern derjenige, zu dessen Gunsten der Eigentümer die Einwirkung zu dulden hat" (*Allgemeiner Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts*. Ein Lehrbuch. München: C. H. Beck, 1967. § 21, II, p. 281). "A pretensão de ressarcimento por danos encontra seu fundamento, não em um ato ilícito de seu autor, mas na idéia de que aquele que deve sacrificar algum de seus bens em virtude do interesse preponderante de outro, deve pelo mesmo ser indenizado. Trata-se de uma compensação dos interesses participantes mediante uma 'pretensão de sacrifício'. Isto é importante para a questão, que ficou em aberto na lei, sobre a pessoa do obrigado. Segundo um critério acertado, não o é o agente, mas aquele em favor do qual o proprietário teve de tolerar a intervenção".

(74) Reza o art. 187: "Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes".

(75) Para o autor "há abuso de direito sempre que o titular o exerce fora dos seus limites intrínsecos, próprios de suas finalidades sociais e econômicas" (*Direito civil brasileiro*. Introdução. Rio de Janeiro: Forense, 1991. n. 17, p. 210). E mais adiante, acrescenta: "A sanção para o abuso de direito depende da natureza do ato de que provém, ressaltando-se a circunstância de que o direito considera o ato abusivo, de maneira geral, ato ilícito. Pode ser direta, no sentido de compelir o infrator a restaurar o estado anterior, pondo fim à situação abusiva, ou indireta, repercutindo no patrimônio do devedor a obrigação de indenizar o dano" (op. cit., p. 214).

## FONTES DAS OBRIGAÇÕES

(76) Sustenta o autor que "resta inarredável que, sendo o abuso transgressão, no sentido lato, de um direito, suas conseqüências deverão ser assemelhadas às do ato ilícito" *Direito civil*. Teoria geral. 4. ed. São Paulo: Atlas, 1996. n. 31.4.1, p. 396).

(77) Refere o doutrinador que a consideração, ou a equiparação do abuso de direito ao ato ilícito, assenta em um equívoco, o qual proviria "da consideração, hoje ultrapassada, de que se sujeitam a mesma sanção. Diferem substancialmente. No *ato ilícito*, o agente infringe a lei frontalmente. No *abuso de direito*, viola o princípio geral de que os direitos devem ser exercidos com certos limites, a fim de que seja atingida a finalidade em vista da qual se conferem e tutelam" (*Introdução ao direito civil*, cit., n. 69, p. 135). Estes limites estão determinados "pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes" (art. 187, última parte).

(78) O Código Civil de 1916 (LGL\1916\1) não continha norma expressa que vedasse o enriquecimento sem causa. Inobstante isso, sua cogitação pela doutrina e sua aplicação pela jurisprudência se dava para casos específicos, ao fundamento de o princípio estar contido, de modo implícito, no sistema jurídico. O referido Código apenas cuidava do pagamento indevido, o que fazia no capítulo destinado ao adimplemento (arts. 964/971).

(79) A expressão é tomada no sentido em que a coloca Karl Larenz, objeto da sua obra *Derecho justo*. Fundamentos de ética jurídica, Madrid: Civitas, 1985.

(80) Ao cuidar dessa categoria, Karl Larenz escreve: "Beginnen wir wieder mit den Fällen der Bereicherung durch die *Leistung* eines anderen, so ist der nächstliegende Fall der, dass der Leistende die Leistung aus seinem Vermögen macht, so dass der Vermögensvermehrung bei dem Bereicherten eine ebensolche Vermögensminderung bei dem Leistenden (oder dem sonst, Entreicherten,) entspricht" (*Lehrbuch des Schuldrecht*, cit., vol. II, § 62, II, p. 373). Ou em vernáculo: "Começamos novamente com os casos de enriquecimento pela prestação do outro, e assim o primeiro caso é aquele em que uma pessoa realiza uma prestação a cargo de seu patrimônio de modo que o aumento que experimenta o patrimônio do enriquecido corresponde a uma igual diminuição do patrimônio do empobrecido".

(81) Afirma Karl Larenz: "Man wird schliesslich eine Leistung #auf Kosten" des Leistenden auch dann annehmen müssen, wenn dieser Arbeit geleistet hat, sofern diese Arbeitsleistung ihrer Natur nach im allgemeinen nur gegen eine Vergütung erfolgt und daher für den Leistenden und für den Empfänger einen Vermögenswert darstellt" (op. e vol. cit., p. 373). Ou em vernáculo: "Finalmente, deve-se também admitir uma prestação 'a custa' de quem a realiza, quando este tiver prestado um serviço que, de acordo com a sua natureza e no geral, somente é realizado mediante uma remuneração, e que por isso representa um valor patrimonial para aquele que realiza a prestação e para aquele que a recebe".

(82) Karl Larenz refere o fato e também acentua ser esse o entendimento, sobretudo, na jurisprudência alemã. Escreve ele: "So erklärt sich die oft gemachte Bemerkung, die Bereicherung des einen setze keinen 'Schaden', keine (effektive) Vermögensminderung des anderen voraus; so vor allem auch die Rechtsprechung, derzufolge derjenige, der unbefugt fremde Räume benutzt, wenigstens in Höhe der von ihm ersparten Aufwendungen dem Eigentümer den Wert der Benutzung (d. h. in der Regel den normalen Mietzins) zu vergüten hat, ohne Rücksicht darauf, ob der Eigentümer in der fraglichen Zeit die Räume sonst hätte vermieten oder anderweit nutzbringend verwerten können" (*Lehrbuch des Schuldrecht*, II, § 62, letra a, p. 375). Ou em vernáculo: "Assim se chega à observação, freqüentemente feita, de que o enriquecimento de um não pressupõe nenhum 'dano', nenhuma efetiva diminuição patrimonial do outro; assim, sobretudo, a jurisprudência para a qual aquele que se utiliza de locais alheios sem ter direito a tanto, deve satisfazer ao proprietário o proveito obtido (ou seja, de regra, o pagamento de um aluguel) até a quantia dos gastos economizados, sem consideração a se durante o tempo em questão o proprietário teria arrendado os locais ou se os teria aproveitado de outra forma".

(83) *Instituições...*, cit., n. 168, p. 187.

(84) Caio Mário da Silva Pereira. *Instituições...*, cit., p. 191.

(85) Ao expôr a teoria de Haupt, o doutrinador português Carlos Alberto da Mota Pinto refere que ela

é aplicada a três grupos de casos: "1) à responsabilidade derivada de um contacto social (responsabilidade pré-negocial, transporte amistoso; 2) ingresso do particular numa comunidade (sociedade fáctica, relação de trabalho fáctica, p. ex., em caso de invalidez do contrato, dada a não retroactividade desta); 3) fornecimento, por meios jurídicos-privados, de bens ou serviços integrados nos abastecimentos sociais ou vitais correntes, próprios do tráfico de massas, ou seja, constitutivos duma *massengesellschaftliche Daseinvorsorge*" (*Cessão da posição contratual*. Coimbra: Atlântida, 1970. nota 3, p. 258).

(90) Na Suíça, onde a teoria é aceita, os autores conceituam a relação contratual de fato como "un rapport d'obligation qui a un contenu analogue au contrat, mais que découle d'un simple rapport de fait et non de la conclusion d'un contrat valable. La notion, d'origine allemande, vise des situations dans lesquelles deux personnes ont noué des relations sans conclure de contrat valable, mais pour lesquelles il n'est pas moins justifié d'appliquer les règles contractuelles (Peter Gauch, Walter R. Schluep e Pierre Tercier. Op. e vol. cits., n. 216, p. 43).

(96) Transcreve-se o pensamento exposto por Clóvis Veríssimo do Couto e Silva, naquilo que se impõe para a sua compreensão: "A sociedade moderna vem-se caracterizando por incessante e progressiva padronização. Assim, à margem dos seus tipos legais, estabeleceram-se os que se poderiam denominar de sociais, por obra e influência de práticas reiteradas, tipos esses ainda não recebidos e normados convenientemente. Resultado de práticas continuadas, de costumes, esses tipos tem a cogência peculiar ao 'poder' da sociedade.

Essa afirmativa importa em reconhecer haver outros elementos de fixação no mundo social, além do direito. Todos esses elementos atuam sobre a atividade dos indivíduos processando-se uma estruturação, um tipificar-se de condutas, na qual a vontade individual, em virtude da objetivação decorrente da incidência daqueles fatores sociais, vai passando para o segundo plano. Em outras hipóteses, o resultado se supõe tão obviamente desejado, a ponto de ensejar, embora possa parecer paradoxal, que não se pesquise sua existência. São os atos absolutamente necessários à vida humana. A tipificação somente cresce de ponto e de importância quando se tratar desse último tipo de ato, pois relativa-se e objetiva-se a vontade, de modo a converter o que seria, 'in thesi' negócio jurídico, em verdadeiro ato-fato" (*A obrigação como processo*, cit., p. 94).

(97) É o que decidiu a 3.<sup>a</sup> Câ. Cív. do TJPR: "Responsabilidade civil - Furto de veículo em estacionamento de *shopping center*, falta do dever de guarda e vigilância - Reparação devida - Ação procedente - Apelo desprovido - A URBS, sendo administradora de *shopping* popular, tem o dever de guarda e vigilância. Se falha a vigilância ou se descuida o seu preposto, deve a mesma responder civilmente pelo dano que experimentou o cliente, pois, ao deixar o seu carro em uma das vagas existentes no estacionamento, foi o mesmo furtado. É de reconhecer-se que existe um vínculo jurídico entre o referido shopping e os fregueses que se utilizam das vagas que foram colocadas à disposição da clientela. A gratuidade é de mera aparência, pois, o custo está incluído no preço dos produtos vendidos. Relação de depósito que se confirma, dever de indenizar que se estabelece" (ApCív 0068584-5, rel. Des. Sérgio Rodrigues, *DJPR* 02.04.2001). No mesmo sentido: TJRN, 1.<sup>a</sup> Câ. Cív., ApCív 98.000528-0, rel. Des. Manoel Araújo, j. 28.06.1999; TJRJ, 5.<sup>o</sup> Grupo Cível, EI-AC 313/96, rel. Des. Sylvio Capanema, j. 05.12.1996.

(98) Veja-se julgamento da 3.<sup>a</sup> Câ. Cív. do TJPR: "Responsabilidade civil - Furto de veículo - Supermercado - Dever de vigilância e guarda - Indenização devida - 1. Sendo o estacionamento área reservada para tal finalidade, quando um cliente do supermercado dele se utiliza, mesmo que de forma gratuita, carregando em favor da empresa lucros pelas compras que efetua, tem ela o dever de vigilância sobre o veículo, posto se encontrar o mesmo em dependência anexa ao supermercado. 2. Ao restar demonstrado que ao tempo do ocorrido não mantinha a empresa vigilância alguma, evidencia sua culpa, porque os clientes quando vão às compras, estão certos e convencidos de ser o estacionamento privativo e, assim sendo, a ela competir o ônus de vigilância e guarda. 3. Responsável é o supermercado pelo furto de veículo verificado em seu estacionamento, mesmo que não ocorrendo a figura contratual do depósito" (ApCív 0052933-0, rel. Des. Ivan Bortoleto, *DJPR* 22.02.1999).

(99) É entendimento firmado pela 4.<sup>a</sup> T. do STJ: "Civil - Responsabilidade - Furto de veículo entregue a preposto do restaurante - Contrato de depósito - Dever de indenizar - Precedentes - Dissídio não configurado - Agravo desprovido - I - Nos termos da jurisprudência desta Corte, a entrega do veículo

## FONTES DAS OBRIGAÇÕES

ao preposto do restaurante configura contrato de depósito, ensejando a responsabilidade da empresa pelo furto do mesmo, sendo desinfluyente a inexistência de estacionamento próprio. II - (...)" (AGA 260823-SP, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, *DJU* 08.03.2000, p. 131).

(100) No TJRS estabeleceu-se entendimento no sentido de existir responsabilidade indenizatória por furto de veículo, por parte da empresa ou fundação exploradora de parque zoológico, quando ele se dá no interior do mesmo. Eis a ementa: "Responsabilidade civil. Furto de veículo do interior de zoológico. Para a entrada no parque, os visitantes a bordo de veículos pagam ingresso diferenciado. Existe no local área de estacionamento, específica para uso dos visitantes. Assim procedendo, a fundação mantenedora assume dever de custódia e vigilância dos veículos ali estacionados e, em caso de subtração, cabe-lhe indenizar o freqüentador assim lesado. Ação julgada procedente, condenando-se a apelada a ressarcir o valor do automóvel furtado. Apelo provido em parte" (TJRS, 10.<sup>a</sup> Câ. Cív., ApCív 70000448621, rel. Des. Luiz Lúcio Merg, j. 1.<sup>o</sup>.06.2000 - *RJTJRS* 207/385).

(101) É o que entendeu o TJSP, por intermédio de sua 10.<sup>a</sup> Câmara de Férias "A" de Direito Privado, consoante se infere da seguinte ementa: "Responsabilidade civil - Indenização - Furto de veículo em estacionamento de supermercado, pertencente a empregado, durante a jornada de trabalho - Autor que estacionou em lugar destinado a servir a clientela - Irrelevância - Existência de preposto no local, que permitiu tal conduta - Não configuração de contrato unilateral, previsto no art. 1.057 do CC - Indenização devida" ( RT 727/175).

(102) No sentido exposto, pronunciou-se a 2.<sup>a</sup> Câ. Cív. do TAMG: "Responsabilidade civil. Indenização. Estacionamento de veículos para clientes. Danos eventuais. A existência de parque para estacionamento de veículos à clientela, ainda que gratuito, implica dever de guarda por parte da empresa, obrigação de indenizar eventuais danos" ( RT 689/226)

(103) Neste sentido decidiu a 7.<sup>a</sup> Câ. Cív. do TAMG: "Indenização - Estacionamento de universidade - Furto de veículo - Responsabilidade civil - A universidade responde, perante o aluno, pela reparação de dano ou furto de veículo ocorridos no estacionamento da mesma. A razão precípua do estacionamento, para o usuário, é a segurança na guarda de seu veículo" (ApCív 0267330-3, rel. Juiz Antônio Carlos Cruvinel - j. 11.02.1999).

(104) Ao apreciar a questão, decidiu-se: "Responsabilidade civil pela guarda veículos - Estabelecimento bancário - Furto de veículo - Indenização - Ação ordinária de indenização. Furto de veículo em estabelecimento de agência Bancária. A simples tolerância do Banco, de estacionamento de seus clientes dos veículos destes, para que facilitem o movimento de operações bancárias, o que lhes dá lucro, lhes confere a guarda do veículo e sendo furtado tem a obrigação de indenizar, decorrente da responsabilidade civil (...)." (TJRJ, 3.<sup>a</sup> Câ. Cív., ApCív 5641/95, rel. Des. Arruda Franco, j. 29.02.1996). No mesmo sentido: "Ação ordinária - Responsabilidade civil - Estacionamento bancário - Furto de veículo - Ressarcimento dos danos - Ação ordinária de responsabilidade civil. Furto de veículo em estacionamento do Banerj - Dever de guarda. Provado, pelo protocolo de entrada, em que consta a placa de veículo, que aceitou o Banco a sua guarda, em área sob sua administração, responde ele pelo furto, sendo irrelevante que o estacionamento seja gratuito e que as chaves não tenham sido entregues. Desprovemento do recurso" (TJRJ, ApCív 2964/95, 3.<sup>a</sup> Câ. Cív., rel. Des. Sylvio Capanema, j. 21.11.1995).

(105) É o que se extrai de acórdão do TJRN assim ementado: "Responsabilidade civil do Estado - Furto de veículo em estacionamento de órgão estatal - Obrigação de indenizar fundada na responsabilidade objetiva. Não demonstração de qualquer excludente de responsabilidade. Ação procedente. Apelo e remessa oficial improvidos" (TJRN, ApCív 8.941, rel. Des. Francisco Lima, *DOERN* 25.04.1996).

(106) Isto foi proclamado pelo TJPR, por meio de sua 3.<sup>a</sup> Câ. Cív.: "Responsabilidade civil - Furto de veículo - Estacionamento de hospital - A empresa, mesmo que estabelecimento hospitalar, que oferece estacionamento gratuito para os seus clientes, os quais pelo aparato apresentado são induzidos à crença de que também se propicia segurança, responde civilmente pelos prejuízos decorrentes do furto de veículo. Recurso conhecido e provido" (TJPR, 3.<sup>a</sup> Câ. Cív., ApCív 0044417-3, rel. Des. Sérgio Rodrigues, *DJPR* de 13.09.1999).

(107) "Responsabilidade civil de posto de gasolina - Furto de veículo - Indenização -

## FONTES DAS OBRIGAÇÕES

Responsabilidade civil. Furto de veículo quando entregue à guarda de Posto de Lubrificação. Configuração de depósito. Responsabilidade de indenizar. Tem o Posto de Gasolina o dever de vigilância, determinante da responsabilidade do proprietário do Posto. Desprovemento do apelo" (TJRJ, 1.ª Câmara. Cív., ApCív 6418/94-São Gonçalo, rel. Des. Paulo Sérgio Fabião, j. 07.02.1995).

(108) É o que decidiu o Tribunal de Alçada Cível do Rio de Janeiro: "Garagem - Furto - Dano - Responsabilidade civil - Furto de veículo em área comum do condomínio - Dever de indenizar, por não adotar as cautelas necessárias para a guarda dos bens dos condôminos localizados em área comum do prédio" (4.ª Câmara. Cív., ApCív 400/96, rel. Juiz Sidney Hartung, j. 21.03.1996).

(109) O TJRJ decidiu: "Responsabilidade civil de hoteleiro - Furto de veículo - Ressarcimento de danos - Obrigações. Ação ordinária. Estacionamento em via pública. Dever de vigilância. Ressarcimento do dano. Indicando a gerência do hotel, o local onde veículo do hóspede deverá ficar estacionado, mesmo sendo em via pública, cria a suposição de que ele fará a vigilância e se responsabiliza pelos danos ocorridos" (8.ª Câmara. Cív., ApCív 5602/95, rel. Des. Azeredo da Silveira, j. 17.10.1995).

(110) Para que se configure o contrato de depósito, tal como estruturado no Código Civil (LGL\2002\400), é preciso que o depositante entregue a coisa ao depositário para guarda, como contrato real que é. No caso de automóvel, é preciso que a *traditio* venha acompanhada das chaves. Em isso não ocorrendo, o proprietário do veículo continua tê-lo à sua disposição, dele podendo se utilizar sem qualquer ato prévio do depositário ou até mesmo independentemente de ato deste.

(111) Escreve Caio Mário (*Responsabilidade civil*, n. 201, p. 236): "Haverá, contudo, responsabilidade se o condutor do veículo, que recebeu seu *ticket* na entrada, retira-o sem a apresentação do *ticket*, alegando que não o tem, qualquer que seja o pretexto. Em tal hipótese, o que predomina é a responsabilidade pela culpa do preposto, caracterizada na sua imprudência e a responsabilidade advém não de um contrato de depósito mas da culpa extracontratual ou aquiliana, fundada no art. 159 do CC (atualmente art. 186), c/c o art. 1.521, III (atual art. 932, III)". Observe-se que, por força do disposto no art. 933, do atual diploma civil, a responsabilidade do patrão pelo ato de seu preposto é de natureza objetiva.

(112) Não se cuida de contrato de depósito, o qual exige, para sua concreção, que haja a efetiva entrega do veículo para guarda e vigilância, o que incoorre, pois o motorista estaciona o mesmo e leva consigo as chaves. E, além disso, o proprietário do estacionamento não assume o dever de custódia, em tais hipóteses. E também não cabe aproximação com tal tipo contratual, isso que, no sistema brasileiro, inexistente a figura do quase-contrato.

(115) O contrato de depósito supõe a *tradição* da coisa pelo depositante em mãos do depositário e que este assumam a custódia. No caso dos estacionamentos em centros comerciais, supermercados e em alguns outros tipos de estacionamento, na maioria das vezes, o motorista estaciona o veículo em lugar de sua escolha, o fecha e leva consigo as chaves. Neste comportamento não ocorre a tradição do veículo e nem assume o estabelecimento a sua custódia, como exigido para a configuração do contrato de depósito.

(116) Esse entendimento é uma decorrência do princípio constitucional de que ninguém está ou pode ser obrigado a ter uma conduta que não esteja prevista em lei ou em norma jurídica (art. 5.º, II, da CF (LGL\1988\3)).