

OBRIGAÇÃO EXTRA CONTRATUAL

A ausência total de um conceito de obrigação extracontratual leva-nos, sem intuito de originalidade, mas com a finalidade teórica e prática de estabelecer um ponto de partida, a oferecer a seguinte proposição conceitual:

Obrigação extracontratual é a relação jurídica de ordem pública ou privada, predeterminada por lei, que tem como efeito constranger alguém a uma prestação, economicamente apreciável, por desrespeito ao dever geral de não causar dano a outrem.

O rápido e complexo desenvolvimento das atividades humanas acelera o processo de conhecimento e investigação de magnos problemas em todos os campos do Direito, colocando-se numa linha preferencial, importantes questões relacionadas com a doutrina das obrigações não contratuais, tanto na esfera internacional como interna ou ambas conjugadas, pelas suas implicações práticas e teóricas no plano normativo, atualmente alvo de inúmeras transformações nos diversos ordenamentos jurídicos vigentes.

A primeira discussão, que se pode travar, refere-se à nomenclatura tecnicamente viável para expressar amplamente a estrutura, a conexão interna e lógica da tradicionalmente chamada obrigação extracontratual e sua função no conjunto dos ordenamentos jurídicos.

Sem tomar partido ou entrar no mérito das discussões taxinômicas, assinalamos que nesse terreno o problema também se coloca, para dirimir certas dúvidas a respeito das expressões mais convenientes, para substituir o conceito de obrigações extracontratuais.

- CLASSIFICAÇÕES

Muitos são os autores que se propuseram a pesquisar a matéria, apresentando classificações minudentes que, em verdade, não têm mero espírito acadêmico, mas, ao contrário, refletem a realidade do direito.

Orlando Gomes entende, acompanhando significativa corrente doutrinária inspirada, principalmente, na obra de Larenz, que as fontes das obrigações devem ser divididas em duas categorias, a saber:

- a) os negócios jurídicos;
- b) os fatos jurídicos extranegociais.

A última denominação abrangeria os atos jurídicos *stricto sensu*, os atos ilícitos, o abuso de direito, os acontecimentos naturais, os fatos materiais e as situações especiais - acentuando o civilista pátrio- que a diversificação se impõe - "para que possa melhor frisar a diferença de tratamento dispensado pela lei às duas categorias gerais. Quando a obrigação é suscitada por um negócio jurídico, há de corresponder à vontade do obrigado. Quando provocada por fato extranegocial, produz-se, em alguns casos, contra a vontade do obrigado por estar predeterminada, invariavelmente na lei".

Na mesma direção, o consagrado Pontes de Miranda, buscando justificar conceitualmente a expressão "responsabilidade extranegocial", para significar todas aquelas condições em que alguém na relação jurídica se obrigou a uma prestação que a lei impõe. Procura, assim, abranger amplamente o elenco de situações caracterizadoras de "atos ilícitos *stricto sensu*, atos-fatos ilícitos *stricto sensu*".

Se tivéssemos de tomar partido, incontinenti optaríamos pela expressão "atividades extranegociais" para delimitar todas as situações de fato cujos efeitos se produzem *ex lege*, mas não o fazemos, tendo em vista o estado polêmico, pois, como bem diz Orlando Gomes, "noções de importância fundamental, de cuja formulação correta depende a

orientação a ser seguida no tratamento de toda a vasta matéria que se desdobra copiosamente nessa imensa província do direito privado, permanecem controvertidas”.

Mas eficiente para o desenvolvimento dessa imensa problemática no campo internacional é a clássica divisão das obrigações extracontratuais em três categorias:

a) obrigações delituais e quase-delituais;

b) obrigações quase-contratuais;

c) obrigações puramente legais, entre as quais se compreendem as obrigações alimentares, as de vizinhança, as de tutela e todas as demais que provocam efeitos predeterminados invariavelmente na lei.

Tomados os diferentes modelos, é claro, poderia um novo esforço classificatório encontrar os lugares comuns e as analogias, mas sem maiores compensações teóricas para a finalidade deste trabalho, que tem por principal escopo tratar da determinação do direito aplicável à solução dos conflitos legislativos que surgem para amparar tais relações jurídicas.

Aceitando o ponto de vista de Pierre Bourel, pensamos que, a partir dessa classificação, é possível abordar, em seus ângulos mais significativos e menos equívocos, os problemas dos conflitos de leis relativos às obrigações não contratuais.

- REGIME INTERNACIONAL

Para facilitar a compreensão do assunto, sem qualquer renúncia aos conceitos prévios básicos já expendidos, adotaremos o critério tradicional de distinguir as obrigações segundo as causas de que se originam, e com tal premissa faremos a exposição do regime internacional das obrigações não contratuais. De modo geral, concordamos com Carlo Cereti no sentido de que as obrigações *ex lege* em sentido estrito surgem geralmente como consequência ou acessório de uma relação jurídica principal, por isso convindo começar a análise dos sistemas jurídicos atuais pesquisando as obrigações que decorrem diretamente da lei.

As obrigações que resultam da lei - adverte Pillet - e que não pressupõem a intervenção de um delito ou quase-delito não são, como se tem afirmado frequentemente, submetidas sempre à lei do lugar onde se produz o fato gerador da obrigação. Nem todos têm caráter territorial; tudo depende do objeto visado pelo legislador, e, assim, as obrigações que derivam dos laços de parentesco ou da existência duma tutela são de natureza extraterritorial, ainda que de origem puramente legal.

Vários autores contemporâneos tecem considerações a respeito da vantagem e interesse em discutir quais as circunstâncias de conexão numa classificação mais restrita das fontes obrigacionais, adotando como princípio duas espécies de obrigações não convencionais: as decorrentes de um ato lícito do homem e as oriundas de um ato ilícito.

No direito internacional privado, é matéria controvertida se há conveniência em manter a classe especial dos quase-contratos como fonte de obrigação, ou se é preferível contemplá-los englobadamente, como causas incluídas na categoria da lei.

Modernamente, incluem-se nas obrigações derivadas da lei, além do ato humano praticado *sine jure* ou *contra jus*, certas situações de fato a que a lei atribui efeito de ocasionarem uma relação obrigacional.

Para efeito de tratamento - é nossa opinião - as classificações até aqui examinadas não excluem a possibilidade legítima de se abrigarem sob o teto único das obrigações não contratuais todas aquelas circunstâncias que não têm na sua origem uma convenção. A legislação italiana acolhe integralmente tal orientação, ao estabelecer um único elemento de conexão para todas as

relações jurídicas não contratuais, adotando como critério decisivo.

A lei aplicável é sempre a do lugar onde o fato jurídico se completa, no sentido de que a norma de direito internacional privado submete a disciplina do próprio fato ou da relação que dele se origina à lei do Estado em cujo território se verificou o fato. Assim, a concreta determinação de tal critério territorial objetivo depende da estrutura do fato e das indagações de caráter material subordinadas às medidas da *lex fori*.

Desse modo, a lei do lugar regulará a gestão de negócios que não derive da relação contratual e, em particular, os pressupostos de liceidade da intervenção no negócio alheio e as consequências da gestão. O enriquecimento sem causa, especialmente o derivado do pagamento indevido, comportará a aplicação da lei do lugar, de acordo com as regras que disciplinam a repetição do indébito.

- ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA E GESTÃO DE NEGÓCIOS.

Para facilidade de entendimento examinaremos isoladamente, na sistemática das legislações modernas, o enriquecimento sem causa e a gestão de negócios, considerando a seguir as principais manifestações doutrinárias no campo das obrigações delituais.

Os Códigos modernos, em fase da questão do enriquecimento sem causa, adotam técnicas variadas, havendo, como diz Caio Mário, "certa desorientação a respeito, seja no admitir o direito positivo a teoria do enriquecimento indevido". É clara a explicação do emérito civilista para justificar tais divergências, atribuindo a razão ao fraco desenvolvimento da matéria no direito romano, faltando ao instituto, em consequência, o rigor lógico que caracteriza as constituições jurídicas dos juristas da época. A falta de um verdadeiro sistema de princípios limitou as fontes a procurar na equidade a solução. E, segundo ainda a lição de Caio Mário, "todas as hipóteses conhecidas eram envolvidas na epígrafe ampla das *condictiones sine causa*, denominação que permitiu aos juristas modernos a generalizar, dizendo: quando alguém recebia indevidamente alguma coisa, ou quando a aquisição provinha de furto ou de motivo imoral, não tinha o direito de retê-la, por faltar uma causa. Esta, porém, não era elementar na *obligatio*, que se contraía independentemente de seu conceito, porém necessária a que o adquirente conservasse a propriedade ou a posse da coisa recebida... Sobre esse alicerce, das *condictiones*, que não receberam na dogmática romana uma sistematização perfeita, os modernos construíram a teoria do enriquecimento sem causa".

Numerosos são os Códigos que registram expressamente, com maior ou menor amplitude, as hipóteses configurativas dos enriquecimentos sem causa, como são os casos das legislações alemã, suíça e italiana, para caracterizar um grupo que assenta suas premissas numa teoria ampla, pondo "sob invocação do enriquecimento indevido todas as hipóteses a que falte ao venha a faltar a causa eficiente da aquisição, instituindo como consequência o dever de restituir".

Para se ter noção apropriada do assunto, tal como é ele previsto em várias legislações, isto é, como fonte da obrigação legal, não se deve desconsiderar a oposição encontrável em alguns sistemas que separam as diferentes hipóteses do enriquecimento injustificado, com a intenção de proteger a boa-fé (Código italiano, art. 2.037, alínea 3; Código egípcio, art. 938, alínea 2), ou considerar a incapacidade do interessado (Código italiano, art. 2.039; Código egípcio, arts. 186 e 196).

As referências sistemáticas demonstraram existir um panorama propício à aceitação de uma teoria genética das relações extracontratuais para efeito de atuação das regras de conflitos, moldada que vem sendo a doutrina mais recente no pressuposto de que as obrigações não derivadas de contratos nascem sempre de um evento danoso causador de lesão de um bem jurídico qualquer.

Obviamente os sistemas internos de cada país refletem suas próprias dogmáticas nos critérios de solução de conflitos quando o problema se transfere para o plano da normatividade do direito internacional privado, e, aí, dá-se curiosa mudança da perspectiva hermenêutica, a essa altura

tendente a encontrar uma unificação das estruturas básicas de cada instituto figurante dos quase-contratos e delitos civis, para enquadrá-los como oriundos de uma fonte comum, que na realidade só pode ser a lei.

- FATOS ÍLICITOS

Fato ilícito ou delito é todo ato voluntário positivo ou negativo que ofende a norma de direito.

Se tal ato ofende direito subjetivo de outrem, causando-lhe algum prejuízo ou dano, é princípio de justiça intuitiva que o autor deve reparar o dano causado, reintegrando o lesado no estado anterior ao evento, se isso é possível, ou, não o sendo, indenizando-o pelo valor, o prejuízo ou dano que lhe infligiu.

A situação jurídica em que se coloca o autor de fato ilícito chama-se *responsabilidade*.

A generalidade dos autores, tanto nacionais como estrangeiros, aponta como requisitos essenciais da responsabilidade três fatores:

1º) fato ilícito ou delito, ou seja, fato ofensivo da ordem jurídica e que, de algum modo, direta ou indiretamente, possa ser imputado ou atribuído a alguém;

2º) prejuízo ou dano causado por esse fato e;

3º) culpa do responsável pelas consequências do fato danoso.

A terceira hipótese encerra a concepção clássica da teoria da responsabilidade, tal como foi transmitida do direito romano: não há responsabilidade onde não há culpa.

A teoria clássica da responsabilidade, fundada na culpa, foi efetivamente consagrada pelos Códigos francês (art. 1.382) e italiano de 1865 (art. 1.151) , onde se formula assim o princípio da responsabilidade: "Todo fato do homem, que causa dano, obriga aquele, por culpa de quem o fato aconteceu, a reparar o dano".

Analisando, assim, alguns aspectos sistemáticos das obrigações extracontratuais e seus pressupostos básicos, sempre partindo de um ponto de vista fundamental, qual seja, o de que o campo dos quase-contratos e dos delitos, bem assim as chamadas obrigações puramente legais, não sofrem, nem podem sofrer, severas distorções, para o efeito de determinação dos meios técnicos de conexão.

- RELAÇÃO CAUSAL

Doutrinariamente, a causalidade é problema comum do direito penal e do direito civil, mais importante, porém, neste último, isto porque, como assevera Briz, o resultado desempenha nas relações civis papel fundamental, pois o dano é condição essencial da responsabilidade. Deve ela constar de maneira concreta, enquanto a culpa aparece como noção abstrata.

O nexos causal do fato delitual é de suma relevância para a determinação do direito aplicável, seja este o lugar do ato ou o lugar de suas consequências. É através da caracterização da causalidade que se fará a qualificação "como determinação precisa da natureza jurídica de uma situação de fato que põe um ou alguns de seus elementos se relaciona com dois ou mais sistemas jurídicos".

O fato danoso é, pois, sempre e inevitavelmente a causa direta ou indireta, autorizando ressarcimento, entendendo-se que o dano é o conjunto de repercussões desfavoráveis ou negativas de um determinado fato, dito por isso mesmo danoso, imputável, com base num elemento de conexão normativamente estabelecido, a um outro sujeito, ainda que não aquele que tenha ocasionado o fato.

Há, por conseguinte, uma relação necessária entre o fato danoso e o sujeito que por ele responde, entre o próprio fato e o dano, entre todos esses elementos e a culpa.

Vê-se que uma relação de causa e efeito é condição precípua da responsabilidade. Os elementos constitutivos do ato ilícito ou qualquer outro ato são a ação e o conteúdo ou evento. Entre esses dois elementos é indispensável o *nexo causal*. A causalidade deve, pois, subsistir como causalidade material, isto é, o conteúdo deve ligar-se geneticamente ou como a sua causa eficiente ao externar-se a energia física de um sujeito, de tal modo que sem essa exteriorização tal ato não teria realidade concreta.