

O CARÁTER COMPLEXO DA OBRIGAÇÃO ENTRE PRESTAÇÃO E PROTEÇÃO

Rocco Favale (Autor)

Professor na *Università degli studi di Camerino* (UNICAM).

Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-4657-9447>. E-mail: rocco.favale@unicam.it

Sergio Ávila Negri (Tradutor)*

Professor Associado de Direito Civil na Universidade Federal de Juiz de Fora – UFJF. Especialista em Direito Civil pela *Università degli studi di Camerino* (UNICAM). Mestre e Doutor em Direito Civil pela UERJ. Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-2156-3518>.

E-mail: sergio.negri@ufjf.edu.br

Resumo: O presente artigo investiga a natureza complexa da obrigação como uma estrutura unitária e dinâmica, na qual prestação e proteção convivem como corolários funcionais do vínculo obrigacional. Partindo da crise do modelo romanístico crédito/débito e da elaboração alemã da “relação obrigacional em sentido amplo”, o trabalho evidencia a difusão de sua dimensão enquanto *Organismus*. O núcleo da pesquisa reside no reconhecimento dos deveres de proteção como obrigações legais, estrutural e funcionalmente autônomas em relação ao dever primário de prestação, com a consequente atração de sua tutela para a esfera da responsabilidade contratual. A dialética entre responsabilidade aquiliana e responsabilidade por inadimplemento é, portanto, reinterpretada à luz da ampliação da área protetiva interna à relação obrigacional, até legitimar a figura da obrigação sem prestação e a projeção dos efeitos protetivos em favor de terceiros. O ensaio reconstrói criticamente a formação desses institutos no âmbito da *Rechtsfortbildung* alemã, sua transposição para o ordenamento jurídico italiano e o papel sistemático que assumiram, em particular, nas relações médico-paciente e nas relações

* Nota do tradutor: O tradutor procurou manter-se fiel à nomenclatura empregada pelo autor do artigo. Sempre que possível, as escolhas terminológicas adotadas na presente tradução foram previamente discutidas com o autor, em encontros realizados em Camerino, na Itália. Cumpre destacar que a tradução aqui apresentada não se confunde com a comparação desenvolvida pelo autor. Por essa razão, buscou-se evitar a realização de uma terceira comparação envolvendo o ordenamento jurídico brasileiro. A atividade comparativa exige a observância da metodologia utilizada pelo autor, que, em seu texto original, não se propôs a realizar uma análise envolvendo o Direito brasileiro. Conforme acordado com o autor, o termo italiano *obblighi di protezione* foi traduzido como *deveres de proteção*, em razão de se tratar de expressão já consolidada na doutrina e na jurisprudência brasileiras.

pré-contratuais. Deste quadro emerge um modelo de obrigação de estrutura complexa, apta a integrar a tutela do interesse à prestação e a tutela da integridade, bem como a refundar a morfologia global do direito contemporâneo das obrigações.

Sumário: 1 Preciões de caráter geral – 2 As origens da elaboração do vínculo obrigacional como “*Organismus*” – 3 O caráter complexo da obrigação – 4 O regime jurídico dos deveres de proteção entre responsabilidade extracontratual (aquiliana) e responsabilidade contratual – 5 Obrigação sem prestação – 6 Relação obrigacional com efeitos de proteção para terceiros

1. A figura da obrigação pertence àqueles conceitos universais presentes na multiplicidade dos ordenamentos do mundo, ao menos entre os que integram a *Western Legal Tradition*,¹ entendido como grande modelo jurídico que reúne os sistemas vinculados ao *common law* e ao *civil law*. Isso não significa adotar a tese da obrigação como um conceito imutável,² ao contrário, é necessário reconhecer que a ciência jurídica contribuiu, com notáveis esforços, de maneira decisiva para a transformação da estrutura da relação obrigacional por meio de um progressivo trabalho de revisão.³ Com tais esforços, o conhecimento jurídico assume um caráter de “provisoriedade”, aproximando-se das demais ciências.⁴

Seguindo essa perspectiva, a estrutura da relação obrigacional não se apresenta como um laboratório ideal para uma investigação comparativa frutífera,⁵ ou melhor, para a clássica investigação de identificação das relações entre os termos ao final de um laborioso processo comparativo.⁶ As múltiplas linhas de desenvolvimento da matéria apresentam uma abrangência que ultrapassa facilmente as fronteiras dos ordenamentos nacionais. Nesses contextos, os modelos jurídicos de referência – entendidos como aqueles cujas contribuições dos formantes doutrinários e jurisprudenciais se mostraram decisivas para o avanço do direito posi-

¹ A. GAMBARO e R. SACCO, *Sistemi giuridici comparati*, Torino, 1999, p. 41 e seguintes.

² Para observações críticas, P. Perlingieri, *Le obbligazioni tra vecchi e nuovi dogmi*, Napoli, 1990, p. 14 e seguintes.

³ F. WIEACKER, *Storia del diritto privato moderno con particolare riferimento alla Germania*, II, trad. it. de U. Santarelli e S.A. Fusco, Milano, 1980, p. 249, destaca que “o direito das obrigações do BGB sofreu, por efeito da jurisprudência, mudanças radicais. A relação obrigacional passou a constituir um ordenamento geral de expectativas e deveres, cujo conteúdo concreto se orienta, em linha de princípio, pela função social típica do contrato obrigacional”.

⁴ K. LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, I, *Allgemeiner Teil*, München, 1987, p. 5 e seguintes.

⁵ Sobre os verdadeiros e falsos problemas da comparação, R. Sacco, *Introduzione al diritto comparato*, reimpressão, Torino, 2002, p. 3 e seguintes.

⁶ L.-J. Constantinesco, *Il metodo comparativo*, ed. it. de A. Procida Mirabelli di Lauro, Torino, 2000, p. 103 e seguintes, observa que o estudioso que lida com um termo estrangeiro segue o mesmo método do estudioso de direito interno, adotando, entretanto, um caminho distinto que lhe permite “superar opiniões conformistas e tradicionais”, bem como descobrir, em seu próprio direito, aspectos inéditos que, de outra forma, teriam permanecido ocultos” (p. 212).

tivo (a chamada *Rechtsfortbildung*) – funcionam como pilares para a reformulação dos elementos do direito patrimonial. A área das obrigações, em suma, escapa à verificação comparativa clássica, que consiste em identificar as relações entre os termos a serem comparados, determinar seu valor relativo e, por fim, descobrir as causas dessas relações.⁷

As precisões mencionadas anteriormente não se destinam a justificar investigações desprovidas de qualquer linha metodológica de natureza comparativa. Pelo contrário, os problemas decorrentes das insuficiências do formante legislativo – como demonstrou a história de uma das codificações mais representativas do cenário mundial, o BGB – serviram de base para repensar a noção de obrigação, alcançando não apenas o objetivo imediato de superar as graves dificuldades sistemáticas da lei, mas também, de forma indireta, oferecendo aos ordenamentos afins um novo modo de estruturar a relação obrigacional. Nesse sentido, mais do que as relações entre os termos, em nível comparativo revelou-se útil a metodologia que pode ser denominada de circulação dos formantes de um modelo jurídico de referência, inclusive – e sobretudo – daqueles não legislativos, em ordenamentos que assimilaram os elementos determinantes e as tradições jurídicas. A esses ordenamentos, por assim dizer, receptores, pertencem certamente os ordenamentos italiano e brasileiro, sem com isso se pretender excluir suas peculiaridades e sua relevância.

2. A obrigação e o direito real, no âmbito do direito romano, constituíam as divisões fundamentais do direito patrimonial, embora sua elaboração remonte ao pensamento jurídico moderno.⁸

A disposição do §241 do BGB, à primeira leitura, refere-se a um conceito restrito de relação obrigacional, concebida como crédito do ponto de vista do credor e dever do ponto de vista do devedor, ou melhor, relação entre a pretensão individual do credor e o dever individual do devedor.⁹

⁷ Aínda, L.-J. Constantinesco, *Il metodo comparativo*, cit., p. 213 e seguintes, segundo o qual as relações entre os termos se desenvolvem de acordo com as concordâncias e diferenças entre eles.

⁸ Segundo G. Pugliese, *Diritti reali*, in Enc. dir., XII, Milano, 1964, p. 756 e seguintes, a categoria do direito real remonta à elaboração jurídica medieval, enquanto a definição clássica de obrigação (*“Obligatio est iuris vinculum, quo necessitate adstringimur alicuius solvendae rei, secundum nostrae civitatis iura”*) remonta às Instituições de Justiniano, nas quais ainda não se destacam as diferenças entre *obligatio* e vínculos jurídicos de outra natureza (por exemplo, os deveres familiares). Para uma ilustração do desenvolvimento da obrigação romana, veja recentemente A. Wegmann Stockebrand, *Zur Stellung der Obligation im Vermögensrecht*, in *Handbuch des Römischen Privatrechts*, II, organizado por U. Babusiaux, C. Baldus, E. Ernst, F.-S. Meissel, J. Platschek e T. Rüfner, Tübingen, 2023, p. 1883 e seguintes.

⁹ W. Fikentscher, *Schuldrecht*, Berlin, 1976, p. 15 e seguintes.

Nas regiões dos modelos jurídicos codificados, o intérprete fala em obrigações¹⁰ ou em noções funcionalmente correspondentes, como obrigação, débito ou crédito. Somente na Alemanha, a partir do século XX, com a entrada em vigor do BGB, discute-se a “relação obrigacional”, a qual não simplesmente substituiu o termo “obrigação”, mas assumiu um significado mais amplo, absorvendo também as relações contratuais constituídas, normalmente, por uma pluralidade de obrigações. A *Schuldrechtsreform* de 2001 acrescentou também uma variante adicional à figura da relação obrigacional (§241,II, do BGB).¹¹

A doutrina mais atenta destaca imediatamente que a relação obrigacional não pode se reduzir a um único direito de crédito ou débito, pois poderia surgir uma relação jurídica que compreenda pretensões individuais de uma ou de ambas as partes e outros direitos, como direitos potestativos, ônus e similares, bem como uma série de deveres de prestação e ainda outros deveres de comportamento, constituindo uma fonte unitária, ou melhor, um “*Organismus*” destinado à produção de uma série de posições jurídicas.¹²

A distinção alemã entre relação obrigacional em sentido estrito (*Schuldverhältnis im engeren Sinn*),¹³ coincidente com o conceito originário “dual” de obrigação, e relação obrigacional em sentido amplo (*Schuldverhältnis im weiteren Sinn*) possui uma longa tradição, cujo ponto de emergência dogmática encontra-se na contribuição de Siber, a qual supera a fase anterior de confusão conceitual ocorrida durante o período de preparação do BGB.¹⁴ Nos trabalhos preparatórios do código

¹⁰ Para a experiência italiana, V. Polacco, *Le obbligazioni nel diritto civile italiano*, Roma, 1915, p. 14 e seguintes, onde se precisa, sob o ponto de vista terminológico, que: “A palavra *obbligazione* [...] serve para indicar a relação inteira em seu conjunto, ou seja, sob ambos os aspectos correlativos, da dívida e do crédito. Também é usada para indicar apenas um deles, mais comumente o passivo, ou seja, a dívida” (p. 19 e seguintes)

¹¹ E. Bucher, *Schuldverhältnis des BGB: ein Terminus – Drei Begriffe. 140 Jahre Wanderung eines Wortes durch die Institutionen, und wie weiter?*, in *Norm und Wirkung. Festschrift für Wolfgang Wiegand zum 65. Geburtstag*, organizado por E. Bucher, C.-W. Canaris, H. Honsell, T. Koller, Bern-München, 2005, p. 95.

¹² A doutrina alemã, em geral, faz referência à contribuição de H. Siber, em *Planck’s Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, II. Band, 1. Hälfte, *Recht der Schuldverhältnisse (Allgemeiner Teil)* §§241-432, Berlin, 1914, p. 3 e seguintes; Id., *Schuldrecht*, Leipzig, 1931, p. 1, onde esclarece de forma precisa que a relação obrigacional, enquanto organismo, constitui uma relação jurídica.

¹³ E. Bucher, «*Schuldverhältnis des BGB: ein Terminus – Drei Begriffe*», cit., p. 118 e seguintes, a esse propósito, remete respectivamente à noção de ‘obrigação’ e de ‘relação obrigacional em sentido ampliado’ (*Rechtsverhältnis im erweiterten Sinn*).

¹⁴ O uso promíscuo da noção de “relação obrigacional” para indicar tanto o direito de crédito individual quanto a relação jurídica como soma de direitos de crédito remonta à pandectística (B. Windscheid, *Diritto delle pandette*, I, trad. it. de C. Fadda e P.E. Bensa, Torino, 1930, p. 107 e seguintes, que discute o problema do sistema do direito privado como sistema de direitos ou sistema de relações jurídicas), onde H. Dernburg, *Pandekten*, I, 1, Berlin, 1900, p. 48, trata de direitos de crédito ou obrigações, como direitos do credor sobre uma prestação patrimonial executada pelo devedor; enquanto ID., *Pandekten*, II, *Obligationenrecht*, Berlin, 1900, p. 1, define as obrigações como relações jurídicas que subsistem na obrigação do devedor de realizar uma prestação patrimonial ao credor. Durante a preparação do BGB, P. Laband, *Zum zweiten Buch des Entwurfes eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. I.*

unitário, ressalta-se, de fato, a intenção de superar a disputa doutrinária, a fim de evitar dificuldades interpretativas.¹⁵ Também nas primeiras decisões do BGH encontra-se com clareza essa justaposição.¹⁶

A relação obrigacional em sentido estrito, que o BGB teve em consideração, remete ao *vinculum iuris* de matriz romana, entendido como a relação singular de crédito que vincula o credor de uma pretensão individual ao respectivo devedor obrigado à prestação (§241). Pense-se, por exemplo, na relação entre o vendedor, titular do crédito referente ao preço, e o comprador, obrigado a tal prestação.¹⁷ O legislador alemão utiliza essa dimensão da relação obrigacional nas hipóteses disciplinadas pelo §362, dedicado à extinção da relação obrigacional mediante o cumprimento, ou seja, a execução exata da prestação realizada ao credor,¹⁸ pelo §367, que regula a figura da *datio in solutum*, bem como pelo §397, relativo ao caso da remissão da dívida.

A relação obrigacional, na perspectiva da doutrina, deve ser entendida em seu conjunto – não como simples fatos ou procedimentos, mas como consequências jurídicas concretas – em que os elementos não estão isolados, mas conectados: por um lado, o interesse específico do credor que a relação obrigacional pretende satisfazer; por outro, a natureza particular das prestações e, nos contratos correspectivos, a finalidade da troca. Consequentemente, a relação obrigacional não é uma soma de uma pluralidade de efeitos jurídicos, mas sim uma “estrutura complexa dotada de sentido”,¹⁹ que continua a existir como relação concreta, mesmo que alguns dos deveres iniciais tenham sido cumpridos. Seu conteúdo pode, ainda, ser posteriormente alterado por acordo específico entre as partes ou

Abschnitt. Titel 1-3, in AcP, 73, 1888, p. 167, destaca que falar em um “Recht der Schulden” não seria eficaz, pois o conceito de obrigação remete ao elemento do ilícito; portanto, seria mais apropriada e aceita a denominação “Recht der Forderungen”. Além disso, a denominação romana “obligatio” focaliza exclusivamente o lado passivo da relação jurídica.

¹⁵ *Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, II, Recht der Schuldverhältnisse, Berlin-Leipzig, 1888, p. 1. Segundo E.I. Bekker, Sprachliches und Sachliches zum BGB, in Jher. Jb., 49, 1905, p. 57, o conceito de “pretensão” (Anspruch) contido no BGB representa, em essência, a tentativa frustrada de adequar as estruturas jurídicas modernas por meio de uma interpretação incorreta da doutrina romana, e da mesma forma, as noções de “relação obrigacional” (do BGB) e “prestação”.*

¹⁶ Assim, o BGH, 11 de novembro de 1953, em BGHZ, 10, 1954, p. 395, estabelece que, segundo o §362 BGB, a relação obrigacional se extingue quando a prestação devida é executada perante o credor. Nesta previsão, o conceito de “relação obrigacional” assume o mesmo significado restrito que tem no §241 do BGB. Portanto, não se remete aqui à relação obrigacional em sentido amplo, ou seja, ao conjunto das relações obrigacionais entre credor e devedor, mas sim à pretensão individual do credor ou, respectivamente, ao dever do devedor decorrente dessas relações. Determinante para a extinção da obrigação é que a prestação tenha sido realizada conforme o direito vigente no momento da execução.

¹⁷ E.A. Kramer, *Einleitung zu §241, in Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2, Schuldrecht. Allgemeiner Teil (§§241-432)*, München, 1994, p. 9.

¹⁸ Assim, K. Larenz, *Lehrbuch des Schuldrechts*, I, cit., p. 26; já H. Siber, *Schuldrecht*, cit., p. 2.

¹⁹ K. Larenz, *Lehrbuch des Schuldrechts*, I, cit., p. 27.

por disposição legal (por exemplo, a obrigação de indenizar danos em substituição ou ao lado do dever principal de prestar), assim como podem ser modificados os sujeitos da relação por sucessão *inter vivos*, *mortis causa* ou por lei. Pode-se pensar no direito de retenção disciplinado pelo §273 do BGB, ou na responsabilidade do devedor em decorrência da obrigação de entregar a coisa (§292 do BGB), ou ainda nos efeitos sobre o devedor solidário (§425 do BGB).

O que permanece imutável é a estrutura (*Gefüge*), o vínculo entre os diferentes elementos do conjunto, mesmo que alguns deles mudem. Além disso, durante a vigência da relação obrigacional podem surgir deveres de comportamento, bem como deveres acessórios de prestação, todos voltados ao objetivo de satisfazer plenamente o interesse do credor na prestação, cujo cumprimento resulta na extinção da relação obrigacional. E ainda, o cumprimento da prestação principal extingue a relação obrigacional, mas não a elimina completamente do mundo jurídico. Em particular, a realização da prestação principal extingue a relação obrigacional, mas esta continua a existir como “fundamento jurídico” (§812 BGB) das prestações cumpridas, cuja ausência impõe às partes a obrigação de restituição. Para dizer melhor, a aquisição da propriedade (§§873, 925, 929 BGB) constitui apenas uma legitimação formal, à qual, para ser válida, é necessário acrescentar uma legitimação obrigacional, elemento capaz de proteger contra uma possível exigência de restituição nos termos do §812.²⁰

Parte da doutrina mais moderna entende atualmente que os debates sobre a relação obrigacional em sentido estrito se mantêm mais por necessidade do que por convicção, necessidade essa decorrente apenas da vigência das normas do BGB. Hoje, a relação obrigacional só pode ser compreendida em sentido amplo, na medida em que une em uma unidade uma pluralidade de elementos desenvolvidos ao longo do século XX, de modo a ser entendida como uma unidade complexa.²¹ A relação obrigacional em sentido amplo representa o futuro, enquanto a relação obrigacional em sentido estrito retrata o passado.

A doutrina denominou de muitas maneiras a relação obrigacional em sentido amplo. Além das já indicadas anteriormente, os estudiosos propuseram as denominações de “relação obrigacional global” (*Gesamtschuldverhältnis*),²² “relação quadro constante” (*konstante Rahmenbeziehung*),²³ “relação de união”

²⁰ K. Larenz, *Lehrbuch des Schuldrechts*, I, cit., p. 29.

²¹ Neste sentido, J. Gernhuber, *Das Schuldverhältnis. Begründung und Änderung. Pflichten und Strukturen. Drittwirkungen*, Tübingen, 1989, p. 7 e seguintes.

²² K. Hellwig, *Anspruch und Klagerecht. Beiträge zum bürgerlichen und zum Prozessrecht*, Jena, 1900, p. 41.

²³ F. Herholz, *Das Schuldverhältnis als konstante Rahmenbeziehung. (Ein Rechtsgrund für negative Interessenansprüche trotz Rücktritt und Wandlung)*, in *AcP*, 130, 1929, p. 257 e seguintes.

(*Verbandsverhältnis*),²⁴ “relação originária” (*Ursprungsverhältnis*),²⁵ “plano” (*Plan*) ou “programa obrigacional” (*Obligationsprogramm*),²⁶ apenas para citar algumas expressões. Contudo, o valor prático das perspectivas organicistas não deve ser superestimado, pois, em essência, a concepção da relação obrigacional em sentido amplo tem caráter puramente descritivo e não acrescenta nada que já não esteja contido em seus elementos individuais. As vantagens desse enfoque se encontram sobretudo em uma melhor representação do direito das obrigações e, acima de tudo, em uma configuração adequada das relações obrigacionais de duração.²⁷

3. O Código Civil italiano renunciou a precisar o conceito de obrigação. “O tema é estritamente dogmático”; e, se a lei o tivesse abordado, embora não tivesse resolvido o grave dissídio existente na doutrina, “teria extrapolado do campo normativo dentro do qual deve estritamente se manter”. A esse respeito, a Exposição de Motivos do código continua esclarecendo que o novo texto normativo se destina a oferecer “elementos para a configuração prática da relação obrigacional”.²⁸

A verdadeira novidade da codificação italiana está nas disposições gerais que abrem o Livro IV, dedicado às obrigações, as quais são aptas a delinear a estrutura e o conteúdo da obrigação. Tudo isso preparou as regras básicas para superar uma configuração “linear”²⁹ da relação obrigacional, encerrada entre os limites do débito e do crédito, respectivamente atribuídos ao devedor e ao credor.³⁰ A relação obrigacional assume, assim, uma estrutura complexa, cujo centro de gravidade é constituído pelo dever de prestar, rodeado por uma série de deveres acessórios destinados a facilitar a realização da obrigação por meio da satisfação do interesse do credor, conforme previsto no art. 1174 do Código Civil.³¹

²⁴ He. Stoll, *Gemeinschaftsgedanke und Schuldvertrag*, in *DJZ*, 1936, p. 414 e seguintes.

²⁵ E. Wolf, *Rücktritt, Vertretenmüssen und Verschulden*, in *AcP*, 153, 1954, p. 97 e seguintes.

²⁶ J. Schmidt, §242, in J. von Staudingers, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, Livro II, *Recht der Schuldverhältnisse*, Berlin, 1995, Rn. 902 e seguintes, 942 e seguintes.

²⁷ Nesse sentido, J. Gernhuber, *Das Schuldverhältnis*, cit., p. 9; também J. Esser e E. Schmidt, *Schuldrecht*, I, *Allgemeiner Teil*, Heidelberg, 1984, p. 69 s.; K. Larenz, *Entwicklungstendenzen des heutigen Zivilrechtsdogmatik*, in *JZ*, 1962, p. 107 e seguintes.

²⁸ Relatório do Ministro Guardasigilli sobre o Código Civil, n. 557.

²⁹ C. Castronovo, *Obblighi di protezione*, in *Enc giur.* Treccani, XXI, Roma, 1990, p. 1 (*ad vocem*).

³⁰ Sobre a reconstrução histórica do perfil estrutural da obrigação, cf. C.A. Cannata, *Le obbligazioni in generale*, in *Tratt. dir. priv.* sob a direção de P. Rescigno, 9, I, *Obbligazioni e contratti*, Torino, 1999, p. 18 e seguintes.

³¹ Para a aplicação do método de reconstrução tipológica da realidade à figura da obrigação, cf. A. Di Majo, *Obbligazioni in generale*, Bologna, 1985, p. 88 e seguintes, segundo o qual tal metodologia serve para delimitar o âmbito de aplicação da disciplina.

Tais deveres acessórios incumbem a ambos os sujeitos da obrigação, com base no claro comando normativo contido no art. 1175 do Código Civil,³² segundo o qual “o devedor e o credor devem comportar-se de acordo com as regras da correção” (*correttezza*).³³ A obrigação, em essência, compreende tanto o interesse do credor na prestação (art. 1174 c.c.), quanto o interesse de ambas as partes na proteção (art. 1175 c.c.) das esferas pessoais e patrimoniais, submetidas a um aumento de risco em razão da relação entre elas.

Para os sujeitos da relação obrigacional surge, como concretização da regra da boa-fé (art. 1175 c.c.),³⁴ o dever recíproco *ex lege* de comportar-se com correção, de forma complementar ao dever primário de prestação, para facilitar a realização do interesse do credor, bem como de constituir deveres autônomos adicionais destinados a proteger a esfera jurídica das partes da relação.

Os deveres acessórios, que, por assim dizer, circundam o dever principal de prestar, têm, em regra, função integrativa e instrumental na realização do interesse do credor, e não assumem caráter autônomo, ao contrário dos deveres de proteção, que não estão imediatamente ligados ao dever de prestar, mas têm como objetivo proteger a esfera pessoal e patrimonial do sujeito da relação obrigacional.

Evidentemente, a estrutura complexa da obrigação só pode ser sustentada após o reconhecimento da natureza autônoma dos deveres de proteção, ao lado do dever primário de prestação. A origem dos deveres de proteção (*Schutzpflichten*) está notoriamente ligada ao modelo jurídico alemão, caracterizado por algumas fragilidades no âmbito do sistema de responsabilidade civil delineado no BGB,

³² Segundo G. Stolfi, *Il principio di buona fede*, in *Riv. dir. comm.*, 1964, I, p. 166, “o legislador – antes de reproduzir a antiga norma sobre a diligência do bom pai de família imposta ao obrigado – cuidou de redigir uma disposição sem precedentes [...], estabelecendo no art. 1175 c.c. que o devedor e o credor devem comportar-se segundo as regras da correção (*correttezza*)”, sancionando assim “pela primeira vez [...] que o comportamento não apenas do obrigado, mas também do titular do direito está sujeito a um mesmo critério de avaliação”.

³³ L. Mengoni, *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi» (Studio critico)*, in *Riv. dir. comm.*, 1954, I, p. 368. A norma contida no art. 1175 c.c. não possui precedentes no código anterior de 1865. A Comissão de estudo sobre o livro das obrigações estendeu o dever de boa-fé também ao credor. Posteriormente, o conceito de boa-fé, por seu caráter demasiadamente subjetivo, foi substituído pela noção de correção (*correttezza*), mais afim aos princípios de solidariedade e sociabilidade. Muito provavelmente, a redação definitiva sofreu certa influência da doutrina nacional-socialista, vinculada a ideologias comunitárias e solidaristas. No entanto, a norma, durante a operação de desfascistização do código após a queda do regime ditatorial, não foi suprimida, pois prevaleceu a perspectiva segundo a qual a disposição constituía uma âncora para os “perfis programáticos do sistema positivo” (S. Pugliatti, *L'ordinamento corporativo e il codice civile*, in *Riv. dir. comm.*, 1942, I, p. 373). Dessa forma, o art. 1175 garante o vínculo com os novos perfis programáticos do sistema, tal como emergem da Constituição, ou seja, “uma adaptação contínua das normas aos princípios” (S. Rodotà, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1969, p. 130).

³⁴ A esse respeito, E. Betti, *Teoria generale delle obbligazioni*, I, *Prolegomeni: funzione economico-sociale dei rapporti d'obbligazione*, Milano, 1953, p. 93, reafirma com eficácia que “a boa-fé é essencialmente um critério de reciprocidade, que deve ser observado mutuamente nas relações entre sujeitos de igual grau, possuidores de igual dignidade moral”.

sendo a mais relevante delas a disciplina peculiar contida no §831, que permite, sob determinadas condições, a exoneração de responsabilidade do empregador perante o terceiro prejudicado pelo ato ilícito do empregado. Tal fragilidade não está presente na disciplina equivalente italiana, uma vez que o art. 2049 do Código Civil não prevê qualquer prova exonerativa do patrão ou comitente perante o terceiro prejudicado, em decorrência do ato ilícito praticado pelo auxiliar durante o exercício de suas funções.³⁵

Do mesmo modo, a melhor configuração do fundamento da responsabilidade contratual do art. 1218 do Código Civil, baseada em uma hipótese aberta de inadimplemento,³⁶ em comparação com a opção muito mais restritiva do legislador alemão originário, que fundava a mesma responsabilidade contratual na distinta hipótese da impossibilidade de cumprir (configuração superada pela reformulação das perturbações da prestação com a reforma das obrigações de 2001, sobre a qual se tratará mais adiante),³⁷ não elimina a questão essencial do reconhecimento da estrutura complexa da relação obrigacional.

A resposta afirmativa ao questionamento apoia-se de forma clara no disposto do art. 1175 do Código Civil, relativo às obrigações em geral, e, mais especificamente, nas normas previstas nos arts. 1337, 1366 e 1375 do mesmo código, aplicáveis às relações obrigacionais de origem contratual. O dever de correção, de caráter bilateral, manifesta-se: nas tratativas pré-contratuais (art. 1337 c.c.); na interpretação do contrato (art. 1366 c.c.), mediante o enriquecimento, conforme a boa-fé do conteúdo pretendido pelas partes, por meio de deveres complementares; e, por fim, na execução do contrato (art. 1375 c.c.).

Dessa forma, as normas acima mencionadas são determinantes para fundamentar a tese de que, qualquer que seja a sua fonte, “a relação obrigacional não se reduz apenas à prestação e o contrato não se limita ao negócio que as partes pretenderam celebrar”.³⁸ Correção e boa-fé expandem o programa regulatório da obrigação para além dos limites do dever principal de prestação, sendo que os

³⁵ Deve-se sublinhar que o proprietário ou contratante não responde de forma solidária com o auxiliar, autor do ato ilícito, em favor do sujeito lesado. Mesmo que as obrigações indenizatórias tenham o mesmo objeto, cada um responde de forma autônoma perante o sujeito legítimo; além disso, o proprietário ou contratante não possui ação de regresso contra o auxiliar, uma vez que os primeiros respondem diretamente em razão do risco e do custo que devem suportar (cf., sobre o ponto, C. Castronovo, *Responsabilità civile*, Milano, 2018, p. 380). Ademais, cf. R. Scognamiglio, *Illecito (diritto vigente)*, in *Noviss. dig. it.*, VIII, Torino, 1962, p. 172.

³⁶ A. Di Majo, *Responsabilità contrattuale*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, XVIII, Torino, 1998, p. 35, segundo o qual o modelo italiano de responsabilidade contratual “privilegia o método da cláusula geral, que remete a um conceito de inadimplemento, definido como ‘execução inexata da prestação devida’ (art. 1218)”.

³⁷ W. Fikentscher, *Schuldrecht*, cit., p. 182 e seguintes, destaca como a disciplina codificada das perturbações da prestação é incompleta; cf. também H. Brox, *Allgemeines Schuldrecht*, München, 1982, p. 121 e seguintes; D. Medicus, *Schuldrecht*, I, *Allgemeiner Teil*, München, 1990, p. 138 e seguintes.

³⁸ Nesse sentido, C. Castronovo, *Obblighi di protezione*, cit., p. 3 (*ad vocem*).

deveres de proteção deslocam a tutela da esfera jurídica das partes da responsabilidade extracontratual para a contratual, justamente em razão da preexistência do vínculo jurídico especial (*rechtliche Sonderverbindung*).³⁹

Sob o perfil funcional, o dever primário de prestação e os deveres adicionais de conduta seguem modelos distintos de tutela no âmbito do direito privado patrimonial. Em particular, a primeira dirige-se à tutela do patrimônio em potência (*status ad quem*), enquanto os demais dizem respeito ao patrimônio em ato (*status quo*); em outras palavras, de um lado está envolvido o mundo da expectativa, de outro, o mundo do pertencimento.⁴⁰ Na perspectiva de Jhering, a área das relações obrigacionais é regida pela regra da *culpa in non faciendo*, ou seja, pela lógica de um agir definido em seus conteúdos; ao contrário, o âmbito fora da relação obrigacional é regido pela regra da *culpa in faciendo*, isto é, pelo princípio de não ofender as situações jurídicas alheias merecedoras de tutela mediante um comportamento absolutamente livre.

A referência à tutela dualista do direito patrimonial evidencia que a conduta a que está obrigado o devedor, para satisfazer o interesse do credor, deve ser conforme à diligência (art. 1176 do Código Civil), enquanto o dever de correção (art. 1175 do Código Civil), ao qual tanto o devedor quanto o credor estão vinculados, é alheio à lógica do *facere* e, portanto, à da prestação própria da relação obrigacional. Todavia, por situarem-se no interior da relação obrigacional, esses deveres adicionais de conduta já não são regidos pelo princípio do *neminem laedere*, mas sim pela lógica do *facere*, cuja violação é disciplinada pelo regime da responsabilidade contratual.⁴¹

A autonomia funcional dos deveres adicionais de conduta justapõe-se à sua autonomia estrutural, uma vez que estes têm natureza legal, e não convencional, configurando-se como efeitos integrativos.⁴² Os deveres adicionais determinados pela interpretação do contrato (art. 1366 do Código Civil) e pela execução segundo

³⁹ C. Castronovo, *Obblighi di protezione*, cit., p. 3 (*ad vocem*), onde observa que “a violação dos deveres de proteção constitui um ilícito subtraído ao regime da responsabilidade extracontratual e atribuído ao âmbito da responsabilidade contratual, justamente porque mediado pela violação de uma obrigação”.

⁴⁰ J. Esser e E. Schmidt, *Schuldrecht*, I, cit., p. 87 e seguintes.

⁴¹ Essa reflexão é desenvolvida por L. Mengoni, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, in *Rivista di diritto commerciale*, 1956, II, p. 364, segundo o qual “quando uma norma jurídica submete o desenvolvimento de uma relação social ao imperativo da boa-fé, isso é um indício seguro de que essa relação social se transformou, no plano jurídico, em uma relação obrigacional, cujo conteúdo deve justamente ser especificado à luz de uma avaliação segundo a boa-fé”. Consequentemente, uma conduta contrária à boa-fé adotada por um sujeito da relação obrigacional deve ser submetida ao regime da responsabilidade por inadimplemento.

⁴² Quanto ao vínculo com a autonomia das partes, vejam-se L. Mengoni, *Obbligazioni “di risultato” e obbligazioni “di mezzi”* (*Studio critico*), cit., p. 369; C. Castronovo, *Obblighi di protezione e tutela del terzo*, em *Jus*, 1976, p. 136; A. Di Majo, *Delle obbligazioni in generale* (art. 1173-1176), in *Comentário ao Código Civil Scialoja-Branca*, organizado por F. Galgano, Bolonha-Roma, 1988, p. 125, nota 15.

a boa-fé (art. 1375 do Código Civil), enquanto desdobramentos do princípio geral de correção previsto no art. 1175 do Código Civil, encontram seu fundamento não no contrato em si, mas na lei, sob cuja proteção podem surgir deveres complementares, juntamente com outros vinculados ao tipo contratual específico, aptos a ampliar o conteúdo obrigacional.⁴³ Em suma, tais efeitos integrativos podem até ser denominados contratuais, mas apenas no sentido de sua conexão com o ato negocial, já que a fonte direta ou indireta permanece sempre a lei.⁴⁴

4. O regime jurídico dos deveres de proteção evidencia-se especialmente quando comparado à disciplina da responsabilidade civil extracontratual (arts. 2043 e seguintes do Código Civil italiano). Antes de tudo, cumpre destacar que a culpa constitui elemento essencial apenas da responsabilidade extracontratual, diferentemente da responsabilidade contratual, na qual os inadimplementos absoluto e relativo configuram o fato gerador da obrigação de indenizar. A culpa, nesse contexto, assume relevância apenas para afastar a responsabilidade do devedor, quando demonstrada a ocorrência de impossibilidade superveniente da prestação por causa não imputável, nos termos do art. 1218 do Código Civil, sendo esta, por sua vez, uma forma de extinção da obrigação prevista no art. 1256 do mesmo diploma legal. Essa disciplina, aplicável ao dever primário de prestação, deve igualmente ser estendida à violação dos deveres de proteção,⁴⁵ cujos interesses são tutelados no âmbito da própria relação obrigacional – tutela que, de outro modo, se daria apenas pela via extracontratual. Assim, os danos indenizáveis decorrentes da violação desses deveres ultrapassam o dano injusto, abrangendo também o dano meramente patrimonial, que, em sede extracontratual, não seria suscetível de reparação.

Persistem ainda outras diferenças entre a responsabilidade contratual e a responsabilidade extracontratual (aquiliana), relativas a diversos aspectos relevantes da disciplina jurídica. Em primeiro lugar, destaca-se o prazo prescricional: dez anos para a responsabilidade contratual (art. 2946 do Código Civil) e cinco anos para a responsabilidade extracontratual (art. 2947 do Código Civil). Outra distinção fundamental refere-se ao caráter previsível do dano. Na responsabilidade contratual, a reparação limita-se, em regra, aos danos previsíveis no momento em que a obrigação foi constituída, salvo se houver dolo do devedor, hipótese em

⁴³ Nesse sentido, posteriormente, C. Castronovo, *Obblighi di protezione*, cit., p. 4.

⁴⁴ É a conclusão de C. Castronovo, *Obblighi di protezione*, cit., p. 4, onde se confirma a ideia de que “os deveres de proteção, qualquer que seja a fonte da relação obrigacional a que se vinculam, têm sempre natureza legal”.

⁴⁵ L. Lambo, *Obblighi di protezione*, Padova, 2007, p. 208 e seguintes.; A. Nicolussi, *Obblighi di protezione*, in *Enc. dir., Annali*, VIII, Milano, 2015, p. 662.

que também os danos imprevisíveis são indenizáveis (art. 1225 do Código Civil). Já na responsabilidade extracontratual, o ressarcimento abrange tanto os danos previsíveis quanto os imprevisíveis, desde que constituam consequência imediata e direta do ato ilícito, conforme estabelece o art. 2056, §1º, do Código Civil, o qual não remete à regra do art. 1225. No que tange aos lucros cessantes, o art. 2056, §2º, dispõe que, no âmbito da responsabilidade aquiliana, sua avaliação cabe ao juiz, que deve procedê-la segundo apreciação equitativa das circunstâncias do caso concreto.

A doutrina, contudo, reconhece a existência de um princípio geral comum a ambas as espécies de responsabilidade, uma vez que, no campo contratual, há uma correspondência com o disposto no art. 1226 do Código Civil,⁴⁶ que também autoriza a liquidação equitativa do dano quando este não puder ser provado em sua extensão exata. A mesma conclusão aplica-se ao art. 2058 do Código Civil, segundo o qual o lesado pode requerer a reparação em forma específica. Essa disposição, de acordo com os trabalhos preparatórios⁴⁷ e com a interpretação analógica⁴⁸ adotada pela doutrina, é igualmente aplicável à responsabilidade contratual.

De particular interesse é também a questão relativa ao critério de relevância da conduta do terceiro, uma vez que, no âmbito da responsabilidade extracontratual, o campo de aplicação é mais restrito (art. 2049 do Código Civil) se comparado ao previsto na responsabilidade contratual (art. 1228 do Código Civil).⁴⁹

O confronto deve igualmente ser realizado em relação ao dever primário de prestação, pois os deveres de proteção não conferem ao credor o direito de exigir seu cumprimento específico, mas apenas o de pleitear indenização⁵⁰ em caso de violação.⁵¹ Em outros termos, sob o aspecto ativo, o credor do dever de proteção

⁴⁶ G. Visintini, *Trattato breve della responsabilità civile*, Padova, 2005, p. 245.

⁴⁷ Relatório do Ministro Guardasigilli sobre o Código Civil, n. 802: “à semelhança do credor nas obrigações contratuais, o lesado, naquelas decorrentes de ato ilícito, tem direito antes de tudo à reintegração específica da situação patrimonial anterior”.

⁴⁸ Na doutrina: E. Betti, *Sul c.d. risarcimento del danno in forma specifica in materia contrattuale*, in *Giur. it.*, 1948, I, 2, col. 260 e seguintes; R. Scognamiglio, *Il risarcimento del danno in forma specifica*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1957, p. 201 e seguintes.

⁴⁹ Sobre o ponto, já L. Mengoni, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, cit., p. 372; C. Castronovo, *Obblighi di protezione e tutela del terzo*, cit., p. 158 e seguintes., esp. nota 123, onde se encontra uma comparação muito útil com as normas paralelas dos §§278 e 831 do BGB. Mais recentemente, para um quadro do problema da diferença entre as duas normas no âmbito do direito interno, ver G. Anzani, *Responsabilità per fatto degli ausiliari e responsabilità per fatto dei preposti: fattispecie a confronto*, in *Nuova giurisprudenza civile commerciale*, 2017, II, p. 429 e seguintes.

⁵⁰ A esse respeito, L. Mengoni, *Responsabilità contrattuale (dir. vig.)*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1988, p. 1096, nota 159, esclarece que, para os deveres de proteção, assim como para as obrigações negativas, “não é configurável uma ação de cumprimento, mas apenas uma ação que faça valer as consequências de um ato praticado em violação do dever”.

⁵¹ C.-W. CANARIS, *La riforma del diritto tedesco delle obbligazioni*, trad. it. organizada por G. De Cristofaro, Padova, 2003, p. 20 e seguintes. Clássico: K. LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, I, cit., p. 106 e seguintes.

não detém uma pretensão creditícia verdadeira, dado que sua posição jurídica se aproxima dos deveres gerais de conduta próprios da responsabilidade extracontratual. Assim, o dano decorrente da violação de um dever de proteção mede-se pelo interesse negativo, isto é, pelo interesse de restabelecer a situação jurídica originária que merecia proteção.

Esses deveres acessórios, embora autônomos, podem constituir fundamento adequado, em caso de sua violação, para a aplicação dos remédios sinalagmáticos, em especial, a resolução contratual e a exceção de contrato não cumprido.⁵² A melhor doutrina tem reiterado que o sinalagma contratual não pode ser entendido de forma restritiva, limitada apenas às prestações recíprocas principais, uma vez que o cumprimento dos deveres de proteção também representa uma conduta essencial, cuja inobservância desequilibra a relação contratual. Por conseguinte, deve ser reconhecido ao credor o direito de reagir à violação desses deveres por meio dos mesmos remédios sinalagmáticos.⁵³ Em apoio a essa interpretação está a redação literal do dispositivo que inaugura o remédio resolutório do contrato, o qual se refere expressamente ao caso em que “uma das partes não cumpre as suas obrigações” (art. 1453 do Código Civil). Nessa perspectiva, não há dúvida de que os deveres de proteção constituem obrigações integrantes do programa contratual, ou, ao menos, exercem influência determinante sobre ele. Essa constatação explica por que o exercício legítimo dos remédios sinalagmáticos está sujeito aos critérios previstos no art. 1455 do Código Civil, segundo o qual “o contrato não pode ser resolvido se o inadimplemento de uma das partes for de pouca importância, tendo-se em conta o interesse da outra”. Do mesmo modo, deve-se observar o disposto no art. 1460, §2º, que estabelece que “não se pode recusar o cumprimento se, consideradas as circunstâncias, a recusa for contrária à boa-fé”.⁵⁴

Uma questão relevante diz respeito à distribuição do ônus da prova, isto é, se, em caso de violação dos deveres de proteção, deve ser aplicado o regime probatório da responsabilidade extracontratual ou, ao contrário, o regime próprio da responsabilidade contratual. O estudioso que identificou e sistematizou os deveres de proteção, Heinrich Stoll, entende que a resposta adequada a essa questão deve fundamentar-se no tipo de interesse atingido pela violação. No caso de violação do interesse de prestação, “o credor espera o cumprimento da prestação; o devedor, por sua vez, pode demonstrar que, excepcionalmente, a execução tornou-se

⁵² Nesse sentido, F. Benatti, *Osservazioni in tema di «doveri di protezione»*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1960, p. 1363.

⁵³ Nesse sentido, C. Castronovo, *Obblighi di protezione*, cit., p. 6.

⁵⁴ Sobre o tema, C. Castronovo, *Obblighi di protezione*, cit., p. 6, acrescenta a favor da tese exposta que a boa-fé “caracteriza-se eminentemente como critério de reciprocidade”, abrangendo os comportamentos dos sujeitos da relação obrigacional.

impossível”. Já na hipótese de violação do interesse de proteção, “o credor não pode esperar daí qualquer incremento de seu patrimônio, tratando-se apenas de conservar bens jurídicos já existentes. Por essa razão, aplica-se aqui a regra geral, segundo a qual o credor deve provar os pressupostos de seu direito”.⁵⁵

Parte da doutrina da época opôs-se à adoção de regimes probatórios distintos, ao revalorizar o aspecto formal do dever de proteção, entendido como complementar ao dever principal de prestação.⁵⁶ No ordenamento jurídico italiano, a responsabilidade contratual distingue-se da responsabilidade extracontratual porque não se fundamenta na culpa: cabe ao devedor demonstrar que a impossibilidade superveniente da prestação não lhe é imputável.⁵⁷

Outro problema significativo diz respeito à possibilidade de as partes convencionarem a exclusão ou limitação da responsabilidade decorrente da violação dos deveres de proteção. O legislador italiano regulou esse fenômeno apenas no Código Civil vigente, no art. 1229,⁵⁸ considerando nulos os pactos que limitem ou excluam a responsabilidade por dolo ou culpa grave.⁵⁹ A disposição codificatória refere-se ao dever de prestação, contudo, a estreita conexão dos deveres de proteção poderia justificar a extensão do art. 1229 aos mesmos, excluídas, entretanto, as hipóteses de violação de direitos indisponíveis. Nos casos permitidos (direitos disponíveis), a licitude das cláusulas limitativas estará condicionada a um controle quanto ao equilíbrio dos custos suportados por ambas as partes.⁶⁰

⁵⁵ He. Stoll, *Commiato dalla teoria della violazione positiva del contratto. Osservazioni sul trentennale della teoria*, in He. Stoll, R. Favale, M. Feola, A. Procida Mirabelli di Lauro, *L'obbligazione come rapporto complesso*, Torino, 2016, p. 45; He. STOLL, *Beweislastverteilung bei positiven Vertragsverletzungen*, in *Festschrift für Fritz von Hippel zum 70. Geburtstag*, organizado por J. Esser e H. Thieme, Tübingen, 1967, p. 529 e seguintes.

⁵⁶ L. Raape, *Die Beweislast bei positiver Vertragsverletzung. Zugleich ein Beitrag zur Überlassung von Sachen von gefahrdrohender Beschaffenheit*, in *AcP*, 147, 1941, p. 241 e seguintes.

⁵⁷ C. Castronovo, *Obblighi di protezione*, cit., p. 5; A. Nicolussi, *Obblighi di protezione*, cit., p. 663.

⁵⁸ Quanto ao regime jurídico sob o antigo Código Civil de 1865, cf. V. Polacco, *Le obbligazioni nel diritto civile italiano*, Roma, 1915, p. 456 e seguintes (atualmente em *Ristampe della Scuola di specializzazione in diritto civile dell'Università di Camerino*, organizado por P. e G. Perlingieri, Napoli, 2022).

⁵⁹ Para uma visão geral da norma vigente no panorama dos modelos jurídicos europeus de referência (common law, francês e alemão), cf. F. Benatti, *Contributo allo studio delle clausole di esonerazione da responsabilità*, Milano, 1971, p. 4 e seguintes.

⁶⁰ Neste sentido, C. Castronovo, *Obblighi di protezione*, cit., p. 6. A questão foi, naturalmente, levantada também no modelo originário da teoria dos deveres de proteção, onde a doutrina não hesita em admitir uma extensão das limitações de responsabilidade contratual e legal também aos deveres de proteção (cf. M. Frost, *“Vorvertragliche” und “vertragliche” Schutzpflichten*, Berlin, 1981, p. 20), trazendo o caso de A, que se lesiona durante uma viagem com um automóvel emprestado por B, o qual, por mera negligência, não advertiu que o veículo tende a desviar à direita durante uma frenagem brusca. A questão é se A possui direito a indenização por danos por parte de B, apesar da limitação de responsabilidade prevista no §599 BGB, e, portanto, se tal norma se estende também à violação do dever de proteção. A doutrina predominante responde afirmativamente; contudo, outra parcela da doutrina entende que a extensão da limitação de responsabilidade não se aplica em todos os casos em que a lei (por exemplo, §§524, 599, 690, 708 BGB) se refere diretamente aos deveres contratuais. Sob outra perspectiva

5. No ordenamento italiano, os estudiosos da segunda metade do século passado receberam e adaptaram as figuras de origem doutrinária alemã da “relação obrigacional sem dever principal de prestação” e do “contrato com efeitos protetivos para terceiros”.

A posição dogmática da relação obrigacional não exclui a existência de obrigações que imponham aos sujeitos titulares não um dever de prestação, mas sim deveres de comportamento destinados a proteger suas esferas jurídicas. A existência da obrigação, conseqüentemente, não depende da presença de uma prestação, mas sim do interesse do credor, que pode recair sobre a prestação e/ou sobre a proteção, devendo ainda persistir por toda a duração da relação. A falta superveniente do interesse faz desaparecer a relação obrigacional com base na figura extintiva da impossibilidade superveniente (art. 1256 do Código Civil), e isso pode ocorrer mesmo quando se verifica um evento que torna apenas temporariamente impossível a prestação (por exemplo, a situação de emergência sanitária decorrente da epidemia de COVID-19), uma vez que, após o término do evento que tornou impossível a execução do dever de proteção, o credor pode extinguir a relação obrigacional se não tiver mais interesse, mesmo havendo a possibilidade de execução do dever.

O ordenamento jurídico italiano possui as coordenadas normativas para configurar uma relação obrigacional geral sem prestação, no âmbito da norma geral prevista no art. 1337 do Código Civil. Em particular, “quando uma norma jurídica (como é o nosso caso, o art. 1337) submete o desenvolvimento de uma relação social ao imperativo da boa-fé, isso é um indicativo seguro de que essa relação se transformou, no plano jurídico, em uma relação obrigacional, cujo conteúdo deve ser especificado precisamente à luz de uma avaliação de boa-fé”.⁶¹ A relação

situam-se os estudiosos (W. Thiele, *Leistungsstörung und Schutzpflichtverletzung. Zur Einordnung der Schutzpflichtverletzungen in das Haftungssystem des Zivilrechts*, in JZ, 1967, p. 654; W. Gerhardt, *Die Haftungsfreizeichnung innerhalb des gesetzlichen Schutzverhältnisses*, in JZ, 1970, p. 600 e seguintes), que abrem mão da distinção entre deveres de proteção e deveres de prestação nos casos em que a violação dos primeiros decorre da execução da prestação, ou seja, quando se trata de um chamado dano consequente de defeito (*Mangelfolgeschaden*). O problema é, entretanto, abordado de forma mais articulada por D. Olzen, §241, in J. von Staudingers, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, Buch 2, *Recht der Schuldverhältnisse*, §§241-243, Berlin, 2015, p. 303 e seguintes, que distingue entre limitações contratuais e legais da responsabilidade, bem como se os deveres surgem de um contrato válido, de um contrato nulo, na ausência de obrigação de prestação, de uma relação de cortesia e, finalmente, se tais limitações podem ser estendidas à responsabilidade aquiliana.

⁶¹ L. Mengoni, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, cit., p. 364. O autor remete, em seguida, ao direito justiniano, entendido como o marco histórico destinado a submeter a responsabilidade pré-contratual à responsabilidade contratual, precisando que a natureza contratual representava “um *nudum nomen*: na realidade, a ação se vinculava a uma relação obrigacional que surgia independentemente da vontade das partes, uma relação que os bizantinos teriam preferido definir como de natureza quase-contratual” (p. 367). Convém lembrar que, mais de meio século antes, o *Reichsgericht* qualificou a relação

obrigacional decorrente das negociações contratuais não se fundamenta no contrato posteriormente celebrado, permanecendo indiferente à ocorrência do evento final da estipulação do contrato, mas sim na lei, ou seja, no fato ou ato ao qual a lei vincula o surgimento da obrigação (art. 1173 do Código Civil). Esse fato se identifica na confiança que uma das partes deposita no comportamento da outra, legitimada pela boa-fé objetiva, enquanto princípio voltado “à tutela da confiança de um sujeito na lealdade, probidade e correção de outro sujeito, com quem o primeiro estabeleceu uma relação negocial”.⁶² E a boa-fé pré-contratual (*in contrahendo*) “não se concretiza apenas em uma série de deveres de comunicação e informação, mas também determina deveres de guarda e conservação”.⁶³

Dessa argumentação reconstrutiva emergem os seguintes resultados, segundo os quais: a) a responsabilidade por *culpa in contrahendo* é de natureza contratual; b) assim o é, ainda que um contrato não tenha sido celebrado; c) surge como violação de uma relação obrigacional desprovida de obrigação de prestação; d) essa relação obrigacional, gerada pela boa-fé com base no pressuposto (fato) da confiança, é funcional à proteção da esfera jurídica alheia, tanto sob o aspecto da correção do negócio (*culpa in contrahendo* própria) quanto em relação a outros interesses das partes que, no contexto da negociação, possam ser lesados (deveres de proteção).⁶⁴

A jurisprudência recente⁶⁵ revisitou o antigo entendimento, de natureza extracontratual, da responsabilidade pré-contratual, com base na concepção da

pré-contratual, surgida já no momento da apresentação da mercadoria ao cliente, como uma relação quase-contratual fundada na confiança (*Vertrauen*) (cf. K. Ballerstedt, *Zur Haftung für culpa in contrahendo, bei Geschäftsabschluss durch Stellvertreter*, in AcP, 151, 1951, p. 507), sustentando que, durante as negociações, nasce um negócio obrigacional que não se funda em uma declaração de vontade vinculante. Dessa forma, há a extensão do conceito de negócio jurídico a esta segunda tipologia, ou seja, uma relação obrigacional que surge de uma confiança legítima, e isso não apenas na constituição da relação jurídica pré-contratual, mas também em diversos outros casos; veja-se também R. Favale, *Il caso del rotolo di linoleum* (RG, 7 de dezembro 1911). *All'origine della responsabilità precontrattuale "allargata"*, in *Eur. dir. priv.*, 2024, p. 199 e seguintes. Com referência a uma decisão da Suprema Corte de Israel, A.M. Rabello, *Buona fede e responsabilità precontrattuale nel diritto israeliano alla luce del diritto comparato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2000, p. 485, sustenta que “o significado do dever de conduzir negociações de boa-fé [...] é que as partes [...] não são mais estranhas entre si: o direito cria intimidade e expectativas que exigem consideração”.

⁶² L. Mengoni, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, cit., p. 370.

⁶³ L. Mengoni, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, cit., p. 369.

⁶⁴ C. Castronovo, *Responsabilità civile*, cit., p. 537.

⁶⁵ Assim, Cass., 20 de dezembro de 2011, n. 27648, in *Eur. dir. priv.*, 2012, p. 1227 ss., com nota de C. Castronovo, *La Cassazione supera se stessa e rivede la responsabilità precontrattuale*; e, sobretudo, a decisão bem construída sob o perfil dogmático da Cass., 12 de julho de 2016, n. 14188, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, I, p. 1451 e seguintes., com nota de A. Iuliani, *La Cassazione riafferma la natura contrattuale della responsabilità precontrattuale*. Deve-se, todavia, observar que a Suprema Corte posteriormente reafirmou a concepção extracontratual, como na Cass., 3 de outubro de 2019, n. 24738, in *One legale*, e na Cass., 4 de junho de 2024, n. 15643, in *One legale*, que afirma: “cumpre, antes de tudo, desmentir a suposição segundo a qual na jurisprudência desta Corte teria prevalecido a tese que

obrigação sem prestação, como figura de responsabilidade contratual decorrente de uma confiança, originada de um contato social qualificado por um fim, gerando deveres de boa-fé independentemente da existência de um contrato.⁶⁶

Com base no arcabouço normativo delineado pela disposição do art. 1337 do Código Civil, a doutrina mais atenta considera a norma citada adequada para justificar um tratamento análogo àquele aplicado a situações regidas pelo princípio da boa-fé. Dessa forma, estaria consolidada a configuração da “relação obrigacional sem dever principal de prestar”, destinada a abarcar outras hipóteses com os mesmos contornos das pré-contratuais, implicando, assim, uma responsabilidade de natureza contratual.⁶⁷

É útil, a esse respeito, destacar como a figura da “relação obrigacional sem dever principal de prestar” surgiu graças ao esforço da doutrina alemã, voltado a corrigir alguns déficits internos na estrutura do BGB, aos quais se atribuem certas lacunas de proteção jurídica para os sujeitos afetados por prejuízos de natureza patrimonial. A necessidade acima indicada remete às relações obrigacionais decorrentes de negociações contratuais ou contatos negociais, bem como às relações obrigacionais com efeitos protetivos para terceiros, capazes de estender a proteção contratual ao credor e a terceiros qualificados, mercedores de receber a mesma proteção.

Os esforços dogmáticos empreendidos pela doutrina e pela jurisprudência alemãs tiveram longa elaboração, contribuindo para o assentamento do sistema de responsabilidade civil. As limitações estruturais inerentes à arquitetura definida pela disposição do §823 do BGB e à configuração do modelo codificado das perturbações de prestação foram solucionadas mediante um longo e valioso trabalho de desenvolvimento do direito (*Rechtsfortbildung*) por parte dos intérpretes, até a revisão do BGB de 2001,⁶⁸ com a qual o ganho dogmático do sistema, obtido pelos formantes doutrinários e jurisprudenciais, foi “vertido” no formante legal da reforma.

reconhece à responsabilidade pré-contratual a natureza de responsabilidade contratual, fundada no contato social qualificado; com efeito, a decisão n. 14888/2016 [...] permaneceu isolada diante da orientação contrária, anteriormente consolidada e posteriormente reafirmada, segundo a qual a responsabilidade pré-contratual decorrente da violação da regra de conduta prevista no art. 1337 do Código Civil, destinada a tutelar o correto desenrolar do *iter* formativo do negócio, constitui uma forma de responsabilidade extracontratual, à qual devem ser aplicadas as respectivas regras em matéria de distribuição do ônus da prova”.

⁶⁶ C. Castronovo, *Responsabilità civile*, cit., p. 539.

⁶⁷ Nesse sentido, C. Castronovo, *Responsabilità civile*, cit., p. 544 e seguintes.

⁶⁸ Ainda hoje, é fundamental a reconstrução dogmática realizada por E. Schmidt, *Nachwort*, em *Rudolf von Jhering, Culpa in contrahendo. Hermann Staub, Die positiven Vertragsverletzungen*, Bad Homburg v. d. H.-Berlin-Zürich, 1969, p. 131 e seguintes, ao longo do percurso das duas descobertas jurídicas mais importantes, como a *culpa in contrahendo* e as violações contratuais positivas.

De fato, com a *Schuldrechtsreform* de 2001, foi reconhecido, pela primeira vez em nível normativo, que uma relação obrigacional pode gerar também deveres distintos daqueles de prestação, concernentes não ao interesse na equivalência, mas ao interesse na integridade. A disposição do §241 do BGB foi enriquecida com um segundo parágrafo, nos termos do qual “a relação obrigacional pode obrigar, de acordo com seu conteúdo, cada parte ao respeito pelos direitos, bens jurídicos e interesses da outra parte”.⁶⁹ A doutrina denominou esses deveres de diferentes maneiras: deveres de proteção,⁷⁰ deveres de diligência,⁷¹ deveres suplementares de comportamento,⁷² deveres de boa conduta,⁷³ deveres acessórios⁷⁴ – e estas são apenas algumas das denominações. Também nos trabalhos preparatórios da reforma, as denominações mais utilizadas foram aquelas de deveres de proteção, deveres suplementares de comportamento ou deveres acessórios. A terminologia plural não foi resolvida nem com a reforma; contudo, a redação da disposição utiliza, para os deveres previstos no §241, II, a denominação “deveres de consideração” (*Rücksichtspflichten*).⁷⁵ Estes últimos têm como referência a esfera jurídica pessoal e patrimonial das pessoas envolvidas na relação obrigacional,⁷⁶ buscando prevenir danos aos bens jurídicos da contraparte durante a constituição e execução da relação obrigacional, bem como facilitar a correta execução da prestação.⁷⁷

O critério distintivo entre deveres de prestação e deveres de proteção (de respeito) reside justamente no fim que cada dever persegue. Os deveres de prestação

⁶⁹ G. Bachmann, §241, in *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 2, *Schuldrecht - Allgemeiner Teil I*, München, 2019, Rn. 47 e seguintes.

⁷⁰ W. Thiele, *Leistungsstörung und Schutzpflichtverletzung*, cit., p. 649 e seguintes; W. Gerhardt, *Die Haftungsfreizeichnung innerhalb des gesetzlichen Schutzverhältnisses*, cit., p. 535 e seguintes; M. Frost, “Vorvertragliche” und “vertragliche” Schutzpflichten, cit., p. 13; He. Stoll, *Abschied von der Lehre von der positiven Vertragsverletzung. Betrachtungen zum dreißigjährigen Bestand der Lehre*, in *AcP*, 136, 1932, p. 257 e seguintes.

⁷¹ W. Lorenz, *Die Einbeziehung Dritter in vertragliche Schuldverhältnisse – Grenzen zwischen vertraglicher und deliktischer Haftung*, in *JZ*, 1960, p. 111; R. Stürmer, *Der Anspruch auf Erfüllung von Treue- und Sorgfaltspflichten*, in *JZ*, 1976, p. 384 e seguintes.

⁷² K. Larenz, *Lehrbuch des Schuldrechts*, I, cit., p. 10; J. Gernhuber, *Das Schuldverhältnis*, cit., p. 22 e seguintes.

⁷³ W. Fikentscher, *Schuldrecht*, cit., p. 28 e seguintes.

⁷⁴ J. Esser e E. Schmidt, *Schuldrecht*, I, cit., p. 90 e seguinte; C.-W. Canaris, *Ansprüche wegen “positiver Vertragsverletzung” und “Schutzwirkung für Dritte” bei nichtigen Verträgen. Zugleich ein Beitrag zur Vereinheitlichung der Regeln über die Schutzpflichtverletzungen*, in *JZ*, 1965, p. 475.

⁷⁵ D. Olzen, §241, cit., p. 186.

⁷⁶ W. Thiele, *Leistungsstörung und Schutzpflichtverletzung*, cit., p. 650 e seguintes; R. Stürmer, *Der Anspruch auf Erfüllung von Treue- und Sorgfaltspflichten*, cit., p. 385; H.C. Grigoleit, *Leistungspflichten und Schutzpflichten*, in *Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 70. Geburtstag*, München, 2007, p. 277 e seguintes, 281 e seguintes. Já antes, H. Kress, *Lehrbuch des Allgemeinen Schuldrechts*, (1929), ristampa, Aalen, 1974, p. 578 e seguintes.

⁷⁷ J. Esser e E. Schmidt, *Schuldrecht*, I, cit., p. 448 e seguintes.

são voltados a modificar a situação patrimonial do credor, ou seja, visam à realização do *status ad quem*, enquanto os deveres de proteção (de respeito) visam preservar a integridade da situação patrimonial atual de cada sujeito da relação (*status quo*).⁷⁸

Cabe, no entanto, ressaltar que, com frequência, os limites entre as duas categorias não estão claramente definidos, sobretudo no âmbito dos deveres decorrentes de contrato, tornando difícil uma distinção segura. O intérprete, a esse respeito, deve realizar um trabalho delicado voltado a identificar os interesses perseguidos pelas partes, de modo que a solução decorre de uma avaliação concreta do interesse na prestação ou na proteção.⁷⁹ Na ausência de acordo específico das partes no contrato, a determinação da natureza do dever constitui o resultado de uma interpretação contratual integrativa.⁸⁰

O tema revela especial dificuldade quando os deveres têm por objetivo perseguir tanto o interesse na prestação quanto o interesse na proteção, como no caso do dever de fornecer instruções completas para o uso seguro de uma máquina perigosa. Esse dever de informação serve tanto para garantir o correto funcionamento da máquina quanto para proteger o usuário de eventuais danos à sua integridade física.⁸¹ Assim, tal dever é simultaneamente dever de prestação e dever de proteção, e sua eventual violação pode se enquadrar em uma ou outra dimensão por meio da interpretação voltada a identificar qual interesse foi concretamente prejudicado pela ação ou omissão.⁸²

Independentemente da denominação dos deveres acessórios, no âmbito da relação obrigacional distinguem-se os deveres de prestação – dentro dos quais se situam os deveres principais de prestação e os deveres acessórios de prestação – e os deveres suplementares de respeito.⁸³

A distinção possui relevância dogmática, na medida em que os deveres de prestação são essenciais para identificar o tipo de relação obrigacional, podendo englobar tanto a atividade devida pelo devedor quanto o resultado dessa atividade e, por fim, constituir o fundamento de uma ação de adimplemento (tutela específica). Por outro lado, os deveres de respeito aplicam-se a qualquer tipo de relação

⁷⁸ H.C. Grigoleit, *Leistungspflichten und Schutzpflichten*, cit., p. 276 e seguintes; W. Thiele, *Leistungsstörung und Schutzpflichtverletzung*, cit., p. 650 e seguintes.

⁷⁹ G. Bachmann, §241, cit., Rn. 60 e seguintes; S. Madaus, *Die Abgrenzung der leistungsbezogenen von den nichtleistungsbezogenen Nebenpflichten im neuen Schuldrecht*, in *JURA*, 2004, p. 291 e seguintes.

⁸⁰ D. Looschelders, *Schuldrecht, Allgemeiner Teil*, München, 2018, p. 4.

⁸¹ Um exemplo semelhante é oferecido nos trabalhos preparatórios da *Schuldrechtsreform* de 2001 (*BGDrucks* 14/6040, p. 125).

⁸² H.C. Grigoleit, *Leistungspflichten und Schutzpflichten*, cit., p. 295 e seguintes.

⁸³ H.C. Grigoleit, *Leistungspflichten und Schutzpflichten*, cit., p. 295 e seguintes.

obrigacional, não fundamentam ação de adimplemento ou de inibição e manifestam-se como conduta do sujeito obrigado.⁸⁴

À luz da reforma de 2001, o foco das perturbações do cumprimento no âmbito do BGB desloca-se da figura da impossibilidade da prestação para a nova figura da violação do dever (*Pflichtverletzung*) prevista no §280. Os deveres acessórios de prestação não têm por objetivo proteger o interesse na integridade da pessoa envolvida, mas sim realizar o resultado da prestação, preparando, facilitando e garantindo a correta execução da prestação principal.⁸⁵

Consequentemente, a violação dos deveres de prestação (§241, I), inclusive os acessórios, encontra respaldo normativo nos §§280 e 281 do BGB,⁸⁶ enquanto a violação dos deveres de proteção (§241,II) enseja a reparação do dano apenas se se verificarem as condições estabelecidas no §280, em conjunto com o §282 do BGB.⁸⁷ O mesmo problema surge na distinção entre os §§323 e 324 do BGB, referente ao direito de resolução pelo credor.⁸⁸

⁸⁴ Segundo uma doutrina mais recente, para distinguir as obrigações principais dos deveres de lealdade (*Loyalitätspflichten*) no cumprimento, é útil considerar o momento da determinação concreta da obrigação. Se a obrigação é fixada de forma concreta, de modo autônomo ou por lei, no momento da celebração do contrato, trata-se de uma obrigação principal (§241, I, BGB). Se, pelo contrário, a obrigação se concretiza apenas posteriormente, durante a execução do contrato, de forma heterônoma – por exemplo, com base no §242 BGB –, trata-se de um dever de lealdade relacionado aos deveres de respeito (§241, II, BGB). A obrigação pode ser determinada por acordo contratual, após interpretação, nos termos dos §§133 e 157 BGB. Por exemplo, as partes de um contrato de empreitada podem concordar que o contratante obtenha uma licença de construção; nesse caso, ele está sujeito a uma obrigação principal. A fixação inicial da obrigação também pode derivar de maneira heterônoma por disposição legal (por exemplo, o dever de aceitação pelo comprador nos termos do §433, II, BGB). Assim, se a obrigação é determinada desde o início, normalmente trata-se de deveres principais ou acessórios segundo o §241, I, BGB. Quando uma obrigação não é determinada desde o início, ou seja, não integra o conteúdo do contrato definido inicialmente (por vontade das partes ou por lei), mas surge uma lacuna que deve ser preenchida durante a execução do contrato, de forma heterônoma, segundo o princípio da boa-fé (§242 BGB) e à luz do objetivo do contrato, trata-se normalmente de deveres de lealdade (§241, II, BGB). Esses últimos pressupõem que não estejam concretamente determinados no momento da celebração do contrato, mas manifestem-se apenas em situações específicas durante a execução contratual – por exemplo, para remover obstáculos imprevistos ao cumprimento –, exigindo um comportamento adequado (cf. M.-P. Weller, *Die Vertragstreue. Vertragsbindung – Naturalerfüllungsgrundsatz – Leistungstreue*, Tübingen, 2009, p. 256 e seguintes).

⁸⁵ J. Esser e E. Schmidt, *Schuldrecht*, I, cit., p. 87 e seguintes; K. Larenz, *Lehrbuch des Schuldrechts*, I, cit., p. 10 e seguintes; J. Gernhuber, *Das Schuldverhältnis*, cit., p. 18 e seguintes.

⁸⁶ H.C. Grigoleit, *Leistungspflichten und Schutzpflichten*, cit., p. 279 e seguintes. O §281 descreve a prestação defeituosa com as expressões “prestação [...] não conforme ao que é devido” ou “prestação [...] não conforme ao contrato” (§323, I, BGB). Segundo o texto literal da lei, não é relevante em que consiste o inadimplemento incorreto. Este pode derivar da violação de uma obrigação principal ou também da violação de uma obrigação acessória. Em caso de prestação defeituosa, o credor pode, nas condições dos §§280, I e III, 281, 283 ou §311a, II, requerer o ressarcimento dos danos em substituição da prestação (integral) ou, nos contratos sinalagmáticos, resolver o contrato nos termos do §323, I, ou do §326, V. Nesse caso, o ressarcimento dos danos e resolução podem ser combinados conforme o §325 (cf. H. Brox e W.-D. Walker, *Allgemeines Schuldrecht*, München, 2019, p. 329 e seguintes; também D. Medicus e S. Lorenz, *Schuldrecht*, I, *Allgemeiner Teil*, München, 2015, p. 150 e seguintes).

⁸⁷ A violação de um dever de proteção, nos termos do §241, II, pode gerar o direito ao ressarcimento do dano conforme o §280, I, que se soma ao direito ao cumprimento da obrigação. Se, em razão do dano

Ainda mais delicada é a distinção entre os deveres acessórios de prestação e os deveres de respeito, uma vez que os primeiros se enquadram no §241, I. Assim, os deveres de informação, guarda, cuidado, prestação de contas, colaboração, bem como apoio e segurança da prestação, podem ser classificados como deveres acessórios ou deveres de proteção, dependendo de estarem orientados à proteção do interesse na prestação ou do interesse na proteção.⁸⁹ As partes podem, mediante acordo, estipular que o dever esteja vinculado à prestação, no sentido de que serve à preparação, execução ou garantia da prestação devida.

Em princípio, os deveres acessórios legais de prestação podem limitar a autonomia contratual das partes, quando a lei estabelece certas expectativas recíprocas entre devedor e credor quanto à gestão da relação obrigacional, bem como determinados padrões mínimos para a proteção adequada da parte mais vulnerável.⁹⁰

O objetivo de um dever acessório legal de prestação é permitir ao credor receber a prestação principal, reconhecê-la como tal e utilizá-la corretamente segundo as modalidades previstas.⁹¹ O devedor deve comportar-se de modo adequado ao fim e à situação concreta; caso contrário, a prestação principal não poderia ser fornecida de forma correta ou útil, realizando-se plenamente o princípio da boa-fé previsto no §242, ainda que com função limitativa da autonomia contratual. A formulação de deveres acessórios legais de prestação acarreta para as partes um efeito benéfico, consistente em estabelecer padrões adequados para

decorrente da violação do dever de proteção, o credor não tiver mais interesse na tutela específica, ele poderá, nas condições dos §§280, I e III, 282, exigir o ressarcimento do dano em substituição da prestação. Além disso, o credor tem o direito de resolver o contrato nos termos do §324, caso estejam presentes as condições previstas. Antes da *Schuldrechtsreform* de 2001, essas situações eram resolvidas com a violação positiva do crédito. Com a reforma, nos termos dos §§311, II e III, uma relação obrigacional com obrigações nos termos do §241, II, pode surgir desde logo na fase pré-contratual. Em caso de violação dessa obrigação, também surge o direito ao ressarcimento do dano, nos termos do §280, I. Se a violação da obrigação pré-contratual for descoberta apenas após a conclusão do contrato, podem igualmente ser aplicáveis o direito ao ressarcimento do dano em substituição da prestação (§282) e o direito de resolução (§324) (H. Brox e W.-D. Walker, *Allgemeines Schuldrecht*, cit., p. 344 e seguintes).

⁸⁸ Quanto à distinção, cf. D. Medicus, *Zur Anwendbarkeit des Allgemeinen Schuldrechts auf Schutzpflichten*, in *Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 70. Geburtstag*, München, 2007, p. 837 e seguintes, que destaca como as mesmas consequências – ressarcimento do dano em substituição da prestação e resolução do contrato sinalagmático – previstas para a violação das obrigações de prestação não seguem os mesmos pressupostos. De fato, os §§282 e 324 do BGB não exigem, no caso da violação das obrigações de proteção, o decurso infrutífero de um prazo adicional fixado ao devedor, pois, geralmente, a violação só se torna evidente com a ocorrência do dano. O credor, portanto, deixa de considerar aceitável a prestação ou a permanência no contrato. Em essência, ocorre primeiro a violação das obrigações de proteção, mas o ressarcimento do dano em substituição da prestação ou a resolução dizem respeito ao nível da prestação, no momento em que esta se torna inexigível para o credor.

⁸⁹ Quanto à distinção, cf. I. Neumann, *Leistungsbezogene Verhaltenspflichten. Zur Durchsetzung sogenannter vertraglicher Nebenpflichten*, Heidelberg, 1989, p. 4.

⁹⁰ K. Larenz, *Lehrbuch des Schuldrechts*, I, citado, p. 12 e seguintes.

⁹¹ J. Gernhuber, *Das Schuldverhältnis*, citado, p. 18 e seguintes.

a correta execução do contrato. O mesmo objetivo é perseguido pelos deveres acessórios de prestação decorrentes de uma convenção explícita ou implícita, frequentemente com o auxílio da atividade interpretativa judicial de caráter extensivo ou integrativo.⁹²

6. Ao final desta investigação, faremos apenas uma breve referência ao perfil da complexidade relativo à proteção contratual de sujeitos que não integram a relação obrigacional.⁹³ O *Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte* é um instituto que surgiu na Alemanha a partir dos esforços da doutrina e da jurisprudência, voltados a superar certos defeitos estruturais existentes no BGB, decorrentes de determinadas escolhas adotadas pelo legislador.⁹⁴ A elaboração da figura jurídica remonta às primeiras décadas de aplicação da codificação civil unificada, mas só viria a encontrar aceitação dentro do sistema do direito civil alemão a partir do final dos anos cinquenta, com os conhecidos casos da polia motriz (*Dreschmaschinenfall*)⁹⁵ e do *Capuzol (Capuzolfall)*.⁹⁶

A jurisprudência italiana remete ao instituto em questão nos anos noventa, em um caso de erro médico, com o objetivo de reconhecer a reparação direta dos danos sofridos pela criança ao nascer, à qual havia sido negada a ação sob a perspectiva da disciplina aquiliana, mas apenas porque, no caso concreto, já havia ocorrido a prescrição aplicável.⁹⁷ A Suprema Corte, graças à aplicação do contrato com efeitos protetivos para terceiros, pôde acolher os argumentos da criança prejudicada, reconhecendo a natureza contratual de sua ação e, por isso, afastando a prescrição. Não é necessário deter-nos na decisão mencionada, mas não se pode deixar de destacar que, por um lado, a operação de recepção do instituto estrangeiro foi realizada como elemento determinante para a *ratio decidendi* da sentença; por outro lado, a decisão oferece uma fundamentação bastante limitada em relação ao papel que o instituto assumiu em função do *dictum* judicial. Para ser mais preciso, a fundamentação da decisão oferecida pelos juízes

⁹² G. Bachmann, §241, citado, Rn. 32, que remete, a esse respeito, a uma análise cuidadosa voltada a examinar os interesses das partes no vínculo obrigacional.

⁹³ Essa investigação restrita não decorre certamente de uma subvalorização do tema – que, ao contrário, sempre apresentou aspectos de grande interesse dogmático –, mas é simplesmente consequência do fato de que, recentemente, realizamos um estudo dedicado exclusivamente à instituição mencionada (R. Favale, *As relações obrigacionais com efeitos protetivos a terceiros no direito italiano*, em M.C. De Cicco e R. Marinangelo [Coord.], *Direito civil comparado. Itinerários*, Rio de Janeiro, 2023, p. 217 e seguintes).

⁹⁴ Sobre a origem do BGB, recentemente, F. Klinck, *La formazione del BGB e il valore dei materiali per la sua interpretazione odierna*, in AFG-Unicam, 2021, p. 37 e seguintes. Para outros contributos em língua italiana, ex multis, G.B. Portale, *Lezioni di diritto privato comparato*, Torino, 2007, p. 99 e seguintes; P.G. Monateri e A. Somma, *Il modello di civil law*, Torino, 2009, p. 112 e seguintes.

⁹⁵ BGH, 25 de abril de 1956, in *NJW*, 1956, p. 1193 e seguintes, com anotação de K. Larenz.

⁹⁶ BGH, 15 de maio de 1959, in *MDR*, 1959, p. 1024 e seguintes.

⁹⁷ O caso mencionado foi decidido pela Cass., 22 de novembro de 1993, n. 11503, in *Giur. it.*, 1995, I, 1, col. 318 e seguintes.

revelou-se profundamente insuficiente em relação ao resultado obtido, que foi a condenação ao pagamento de indenização por negligência do profissional de saúde. Ainda mais, se se considerar que a figura jurídica estrangeira encontrou adequada inserção apenas após décadas de reflexões por parte dos formantes doutrinário e jurisprudencial. Naquele período, a única chave científica que permitia abrir a porta do sistema jurídico italiano ao instituto do contrato com efeitos protetivos para terceiros era o famoso ensaio de Carlo Castronovo, publicado nos anos setenta.⁹⁸ A impressão – mas é muito mais do que uma impressão – ao ler a fundamentação da decisão é que, como observa o estudioso da única monografia ainda existente sobre o tema, “o *Rechtsgefühl* impunha uma solução *ex contractu* para o caso, e a referência ao instituto alemão pareceu o remédio inserido *ex machina*”.⁹⁹ Muito provavelmente, a intenção dos juízes era apenas fazer justiça no caso concreto, visto que os instrumentos aquilianos para a tutela da posição do sujeito prejudicado estavam prescritos. Isso, porém, não ocorreu. Quase dez anos depois, a Cassação, em um caso de não comunicação da médica à mãe durante a gestação de que a criança possuía uma rara deformação do desenvolvimento, estende a tutela do contrato médico-gestante também ao pai (terceiro), ainda que não mencione expressamente o instituto do contrato com efeitos protetivos para terceiros. Consequentemente, o inadimplemento do dever primário de prestação profissional “apresenta-se igualmente em relação ao pai e expõe o médico ao ressarcimento dos danos, imediatos e diretos, que também ao pai podem decorrer de seu comportamento”.¹⁰⁰

⁹⁸ C. Castronovo, *Obblighi di protezione e tutela del terzo*, in *Jus*, 1976, p. 123 e seguintes, onde cita uma decisão mais antiga (Corte de Apelação de Roma, 30 de março de 1971, em *Foro padano*, 1972, I, col. 552 e seguintes) que parece admitir uma hipótese de contrato com efeitos protetivos para terceiros, caracterizada sobretudo por “conclusões [...] extraídas em condições de vazio dogmático, ou seja, sem condicionamentos de esquemas reconstrutivos pré-constituídos”: em suma, uma aplicação inconsciente do instituto. Para mais detalhes sobre a decisão romana, remete-se a R. Favale, *As relações obrigacionais com efeitos protetivos a terceiros no direito italiano*, cit., p. 218 e seguintes.

⁹⁹ G. Varanese, *Il contratto con effetti protettivi per i terzi*, Napoli, 2004, p. 169, onde continua: “isso explica a completa ausência de uma *pars construens* sobre a base normativa que, caso tivesse se apoiado na boa-fé – como seria razoável esperar em observância ao modelo de origem do contrato com efeitos protetivos para terceiros – poderia ter constituído um verdadeiro *leading case*, muito além da vontade de resolver um caso específico”.

¹⁰⁰ Cass., 10 de maio de 2002, n. 6735, in *Danno e resp.*, 2002, p. 1148 e seguintes, com nota de A. Batà e A. Spirito, *Responsabilità del medico per nascita indesiderata*; in *Giur. it.*, 2003, p. 884 e seguintes, com nota de C. Poncibò, *La nascita indesiderata tra Italia e Francia*; in *Resp. civ. prev.*, 2003, p. 113 e seguintes, com nota de M. Gorgoni, *Il contratto tra gestante e ginecologo ha effetti protettivi anche nei confronti del padre*. A esse respeito, G. Varanese, *Il contratto con effetti protettivi per i terzi*, cit., p. 173 e seguintes, reafirma que a sentença poderia, de modo útil à solução adotada, ter feito referência aos elementos constitutivos do contrato com efeitos protetivos para terceiros “à italiana”, tais como: a proximidade da posição do terceiro lesado em relação à prestação principal, a relação de cuidado entre o credor (mãe) e o terceiro (filho) e, por fim, a previsibilidade dos elementos mencionados por parte do autor do dano. Dessa forma, a boa-fé ou o contato social qualificado poderiam ter constituído um fundamento

Dez anos após a sentença de 1993, a Suprema Corte se depara com um caso de responsabilidade médica decorrente da procriação, no qual sustenta que “o contrato, celebrado entre a parturiente e o hospital, comporta-se como um contrato com efeitos protetivos em favor de terceiros (figura estudada sobretudo pela doutrina alemã) em relação ao nascituro, à cuja tutela tende aquela obrigação acessória, ainda que as prestações devam ser cumpridas, em parte, antes do nascimento. Consequentemente, o sujeito que, com o nascimento, adquire a personalidade jurídica, pode agir para fazer valer a responsabilidade contratual pelo inadimplemento das obrigações acessórias, às quais o contratante está obrigado em virtude do contrato celebrado com o genitor ou com terceiros, em garantia de seu interesse específico”.¹⁰¹

A extensão dos efeitos do contrato vai ainda além, abrangendo o marido, “aplicando-se, a esse respeito, a força dos princípios [...] segundo os quais a reparação dos danos que constituem consequência imediata e direta do inadimplemento do médico à obrigação de natureza contratual a ele atribuída (e à entidade hospitalar que se utiliza das respectivas prestações) cabe não apenas à mãe, mas também ao pai, dado o conjunto de direitos e deveres que, segundo o ordenamento, se centram no fato da procriação, considerando que aos efeitos negativos do comportamento do médico (e do hospital) o pai não pode ser considerado alheio, devendo, portanto, ser considerado entre os sujeitos ‘protegidos’ pelo contrato com o médico e, assim, entre aqueles em relação aos quais a prestação não realizada ou incorreta pode ser qualificada como inadimplemento, com todas as consequências correspondentes no plano da reparação”.¹⁰² Até hoje, a

adequado para o remédio adotado pela Suprema Corte. Também R. Simone, *Nascita indesiderata: il diritto alla scelta preso sul serio* (nota a Cass., 10.5.2002, n. 6735), in *Foro it.*, 2002, I, col. 3120 e seguintes, observa que a decisão n. 6735/2002, não podendo aplicar o contrato em favor de terceiros, “pretendeu aplicar a teoria dos efeitos protetivos para terceiros do contrato celebrado entre a paciente e o médico, incluindo o marido no *Schutzbereich* do contrato, uma vez que as consequências da prestação médica, embora devam ser executadas na esfera da mulher, acabam inevitavelmente por refletir-se sobre o homem, igualmente envolvido no cenário que se abre em decorrência do nascimento em condições de deficiência.

¹⁰¹ Cass., 14 de julho de 2003, n. 11001, in *One legale*, §4.1 (motivazione). No mesmo alinhamento dogmático, Cass., 29 de julho de 2004, n. 14488, in *Danno e resp.*, 2005, p. 380 e seguintes, com nota de M. Feola, *Essere o non essere: la Corte di Cassazione e il danno prenatale*; Cass., 11 de maio de 2009, n. 10741, in *Resp. civ. prev.*, 2009, p. 706 e seguintes; Cass., 18 de abril de 2019, n. 10812, in *Fam. dir.*, 2019, p. 1095 e seguintes, onde se reafirma que: “a responsabilidade contratual do médico e da estrutura sanitária, além de em relação ao paciente, também é configurável relativamente a terceiros aos quais se estendem os efeitos protetivos do contrato e, em particular, aos parentes próximos – entre eles o pai – mesmo quando o contrato tenha sido celebrado entre uma gestante e uma estrutura sanitária e/ou um médico, tendo por objeto em especial a prestação de cuidados destinados a garantir o correto andamento da gravidez” (p. 1096).

¹⁰² Cass., 26 de junho de 2018, n. 16817, in *One legale*, §12 da motivação; igualmente, Cass., 6 de junho de 2020, n. 13869, in *One legale*, onde se esclarece que “a responsabilidade contratual do médico e da estrutura sanitária, além de em relação ao paciente, também é configurável relativamente a terceiros aos

jurisprudência consolida a teoria do contrato com efeitos protetivos para terceiros no âmbito das prestações de saúde relacionadas à procriação,¹⁰³ excluindo todas as demais hipóteses de negligência médica, as quais, não incidindo diretamente sobre as situações jurídicas dos familiares, não são aptas a fundamentar tutela contratual.¹⁰⁴

Já destacamos anteriormente como a decisão da Cassação de 1993 teve como base o ensaio de Castronovo, publicado vinte anos antes, no qual, seguindo a linha dogmática de seu mestre, Luigi Mengoni, em relação ao problema da natureza complexa da relação obrigacional, é suscitada a questão “se outras esferas subjetivas além da do credor e do devedor possam ser consideradas juridicamente implicadas na execução da relação, de modo que deva ser atribuída natureza contratual à responsabilidade pelos danos eventualmente por elas sofridos”.¹⁰⁵ A contribuição recém-citada representou a “porta de entrada” dogmática da figura do *Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte* no modelo jurídico italiano, na qual se evidencia o delicado trabalho do autor de conciliação entre o princípio da relatividade do contrato (art. 1372, §2º, c.c.) e a ampliação subjetiva da responsabilidade contratual, centrada na regulamentação do ato de autonomia privada e na recuperação da dimensão social (*Sozialwirkung*) da relação obrigacional, base de uma adequada tutela de determinados sujeitos terceiros.¹⁰⁶

Por fim, é sabido o que aconteceu com a reforma de 2001. A *Schuldrechtsreform* parece ter sido parcimoniosa, pois, na obra de codificação de todos os institutos jurídicos consolidados na doutrina e na jurisprudência, não foi incluída a figura jurídica em questão. A disposição do §311, III, do BGB seguiu o caminho diverso da responsabilidade do terceiro fundada no princípio da confiança. Contudo, como

quais se estendem os efeitos protetivos do contrato e, em particular, aos parentes próximos – entre eles, o pai –, mesmo quando o contrato tenha sido celebrado entre uma gestante e uma estrutura sanitária e/ou um médico, tendo por objeto, em especial, a prestação de cuidados destinados a garantir o correto andamento da gravidez”.

¹⁰³ Por fim, Cass., 20 de junho de 2024, n. 17113, in *One legale*, onde se afirma o princípio segundo o qual “a relação contratual entre o médico e a parturiente, em razão da peculiaridade do objeto das prestações sanitárias relativas à procriação, incide de modo direto sobre a posição do nascituro e do pai, configurando-se, em favor dos referidos próximos parentes da gestante, um contrato com efeitos protetivos em relação ao terceiro, de modo que, em caso de inadimplemento, também o pai do concebido está legitimado a agir, *iure proprio*, com fundamento contratual, para a reparação do dano”; Cass., 7 de abril de 2022, n. 11320, in *One legale*.

¹⁰⁴ Nesse sentido, Cass., 8 de fevereiro de 2018, n. 3037, in *One legale*; Cass., 8 de julho de 2020, n. 14258, in *Giur. it.*, 2021, p. 577 e seguintes, com nota de G. Travan, *Responsabilità della struttura sanitaria e risarcimento ai familiari iure proprio*; Cass., 9 de julho de 2020, n. 14615, in *One legale*; Cass., 15 de setembro de 2020, n. 19188, in *One legale*.

¹⁰⁵ C. Castronovo, *Obblighi di protezione e tutela del terzo*, cit., p. 125.

¹⁰⁶ C. Castronovo, *Obblighi di protezione e tutela del terzo*, cit., p. 127 e seguintes.; G. Varanese, *Il contratto con effetti protettivi per i terzi*, cit., p. 138, adverte para o problema de que “a inserção do terceiro na esfera protetiva do contrato não é compreensível sem levar em consideração a jurisprudência”.

bem destacado pela doutrina mais atenta, o contrato com efeitos protetivos para terceiros ainda desempenha um papel próprio nas hipóteses em que “é mais evidente o interesse do credor na tutela do terceiro”.¹⁰⁷

Recebido em: 02.12.2025

Aprovado em: 02.12.2025

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2025 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

FAVALE, Rocco; NEGRI, Sergio Ávila. O caráter complexo da obrigação entre prestação e proteção. Tradução de Sergio Ávila Negri. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, Belo Horizonte, v. 34, n. 4, p. 203-228, out./dez. 2025. DOI: 10.33242/rbdc.2025.04.009.

¹⁰⁷ G. Varanese, *Contratto con effetti protettivi per i terzi ed interessi discordanti*, in *Contr. impr./Eur.*, 2010, p. 538.