

UTILITAS CONTRAHENTIUM: UM PRINCÍPIO DE RESPONSABILIDADE CIVIL ROMANO PARA UMA SOCIEDADE GLOBALIZADA?

Bruno Leonardo Câmara Carrá
Juiz Federal

SUMÁRIO: 1. Introdução. – 2. *Utilitas contrahentium*: conceito, história e fontes. – 2.1. A *utilitas* nas Institutas gaianas. – 2.2. A *utilitas* nos textos de Africano. – 2.3. A *utilitas* nos textos de Ulpiano. – 2.4. A *utilitas* nas *Differentiae* de Modestino. – 2.5. *Utilitas* e *bona fides*. – 3. A *utilitas contrahentium* no direito contemporâneo. – 4. Conclusões.

1. Introdução

As correlações entre o direito romano e a atualidade globalizada servem de inspiração para o presente trabalho que, nessa quadra, destina-se a analisar eventuais consequências práticas do princípio, ou critério de imputação se se preferir, conhecido por *utilitas contrahentium*. A fórmula, como bem se sabe, enuncia a ideia segundo a qual deve ser posta a forma de responsabilidade civil em um relação contratual. Ela, ainda consoante o preceito, decorrerá das vantagens que os contratantes irão extrair do acordo firmado. Em um mundo globalizado, pensamos, o postulado serve uma vez mais de vetor interpretativo para os contratos que se formam no mundo de hoje, sejam eles típicos ou atípicos, sejam negociados ou de adesão¹; para uma melhor – e mais justa – definição dos contratantes de relações assimétricas, como as de consumo; não raro, podem servir, como penso já servem implicitamente, para a demarcação de responsabilidades ambientais, como subjaz da dita responsabilidade comum porém diferenciada existente no direito ambiental.

¹ Nesse sentido, «Tuttavia, sia nei contratti negoziati che in quelli per adesione, l'attenzione agli interessi concreti dei contraenti (la *utilitas contrahentium* dei romani) è il requisito ermeneutico indispensabile per la ricostruzione del profilo causale del contratto. Questo requisito va sotto il nome di intersoggettività» (F. SCAGLIONE, *Il Mercato e le regole delle correttezza*, Padova, 2010, p. 25).

2. *Utilitas contrahentium*: conceito, história e fontes

Por *utilitas contrahentium* devemos compreender o critério elaborado pelo direito romano que, em termos amplos, pretendia enunciar o modo pelo qual se deveria inferir a responsabilidade do devedor de uma obrigação contratual incumprida. Desse modo, predicava-se que a medição da responsabilidade do devedor seria calculada de forma proporcional à vantagem que para ele deriva do negócio. («la misura della responsabilità del debitore viene calcolata in proporzione al vantaggio che quest'ultimo trae dal negozio posto in essere»²).

Assim, explica Benedetta Veronese, o princípio transmite a ideia de que se a obrigação fosse contraída no interesse exclusivo do credor, como no depósito, o devedor responderia apenas por inadimplemento doloso; se, ao contrário, fosse realizada no interesse único do devedor, como será o caso do comodato, o devedor deveria responder, seja por dolo, seja por culpa ou mesmo por *custodia*; porém quando o contrato fosse sinalagmático, ou seja, no interesse de ambas as partes, então ambos responderiam por dolo ou culpa³. De maneira bem simples, pode-se dizer que a *utilitas* estabelecia uma espécie de correspondência lógica entre as vantagens aferidas da obrigação e a consequente responsabilidade.

Seriam exemplos da primeira tipologia os contratos (e respectivas ações) de depósito (ação de depósito contra o depositário), de mandato (a ação de mandato contra o mandatário), bem como situações não contratuais, que mercê da *iudicia bonae fidei*, também eram alcançadas pelo critério de *utilitas*, a saber: a *actio negotiorum gestorum* (contra o gestor) e a ação de tutela (contra o tutor). Em todos esses casos, nota-se que a relação foi estabelecida em benefício do autor da ação. Como será adiante esclarecido, os contratos gratuitos constituíram-se como palco perfeito para a atividade hermenêutica dos *prudentes* justamente diante disso, ou seja, do fato de que o negócio jurídico foi constituído em favor do titular da ação,

² Nesse sentido: G. SANTUCCI, *Utilitas contrahentium. Note minime su una regola che 'cacciata dalla porta rientra dalla finestra'*, in R. FIORI (a cura di), *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato*, III, Napoli, 2008. p. 278; A. BERGER, *Encyclopedic dictionary of roman law*, 7 reimp. Clark: The Lawbook Exchange, 2008. p. 419.

³ «Così se l'*obligatio* fosse sorta nell'esclusivo interesse del creditore, come nel deposito, il debitore avrebbe risposto soltanto per inadempimento doloso; se fosse sorta nell'interesse di entrambe le parti, come nella vendita e nella locazione, il debitore avrebbe risposto sia per colpa che per dolo; infine, se l'obbligazione fosse sorta nell'esclusivo interesse del debitore, come nel comodato, il medesimo avrebbe risposto, oltre che per dolo e colpa, anche per *custodia* e addirittura per caso fortuito, qualora ben potendo salvare la cosa ricevuta in uso avesse preferito salvare la propria». Cfr. B. VERONESE, *L'utilitas contrahentium nei contratti reali gratuiti in diritto romano classico: un modello di responsabilità*, 138 f. Tese (Doutorado em Direito) - Università degli Studi di Padova, Padova, [s. d.]. p. 7 (disponível em http://paduaresearch.cab.unipd.it/4367/1/Tesi_PDF_unita.pdf. Consulta realizada em 19.03.2016).

motivo pelo qual o estabelecimento da responsabilidade deveria ser visto de modo mais estrito⁴.

Como extremo contrário, o caso do comodato é considerado uma das poucas situações onde a relação era concebida no interesse do réu, razão pela qual sua responsabilidade era, como dito acima, considerada como de maior gravidade. Na zona intermediária, própria dos contratos bilaterais e comutativos, encontramos as *actiones empti et uenditi, locati et conducti* etc. Entretanto, como ressalta Pascal Naumowicz, várias situações podiam ser consideradas como ambivalentes ou, em outros casos, diante da situação concreta, ser considerado que fora firmado no interesse de ambos os contratantes e não de um apenas, equalizando as responsabilidades que, antes, poderiam ser assimétricas, como na hipótese da *fiducia cum amico* e *fiducia cum creditore*, além do *mandatum mea et tua gratia*⁵.

Dolo e custódia, nesse contexto, representam de fato antípodas facilmente divisíveis. Ao se predicar que o devedor é responsável apenas por dolo, explica Gianni Santucci, o critério lhe é considerado menos grave porque o inadimplemento ocorrerá apenas quando ele próprio o desejar. Já ao predicar que o descumprimento contratual ocorrerá mediante custódia técnica, que o torna responsável mesmo quando ausente dolo ou culpa⁶.

Ainda sob tal perspectiva, é forçoso esclarecer que embora o direito romano fosse baseado, ao menos em seus estágios iniciais, em uma tipologia supostamente rígida de tipos contratuais, a sucessiva flexibilidade que se passou a admitir com fundamento em uma embrionária ideia do que hoje chamaríamos de liberdade contratual, veio a admitir que, dependendo das estipulações constantes no acerto, a própria noção de utilidade abstratamente considerada fosse alterada para se amoldar à causalidade própria da avença⁷. Os progressos em matéria contratual aqui mencionados são importantes porquanto, a nosso sentir, impactarão de modo

⁴ Nesse sentido: P. NAUMOWICZ, *Fidei bonae nomen et societas vitae. Contribution à l'étude des actions de bonne foi*, 889 f. Tese (Doutorado em Direito Romano) - Université Panthéon-Assas (Paris II), Paris, 19 de. p. 143. (disponível em <https://docassas.u-paris2.fr/nuxeo/site/esupversions/44547fe8-1e7b-43d0-9b60-624be02b7f4a>). Consulta realizada em 19.03.2016.

⁵ «Certaines actions sont ambivalentes: ainsi, la *fiducia cum amico* n'est pas faite dans l'intérêt du fiduciaire, tandis que la *fiducia cum creditore* est considérée faite dans l'intérêt du fiduciant comme du fiduciaire; c'est toute fois, à époque tardo-classique, le modèle de la *fiducia cum creditore* qui est présenté comme le droit commun. Cette typologie n'est faite qu'à titre de principe, et de nombreuses institutions peuvent dans un cas concret se retrouver dans un autre sous-groupe. Ainsi, un mandat conclu *mea et tua gratia* sera dans l'intérêt des deux parties. Un commodat peut être éventuellement conclu dans l'intérêt du commodant comme du commodataire» (Id., *ibidem*).

⁶ G. SANTUCCI, *Diritto romano e diritti europei. Continuità e discontinuità nelle figure giuridiche*, Bologna, 2010, pp. 51-52.

⁷ Referimo-nos, obviamente, ao processo testemunhado pelo direito romano, de seus períodos mais antigos até a época pós-clássica, onde o formalismo inicial deu lugar a um embrionário consensualismo, inclusive com a admissão de avenças atípicas ou uninominadas. Sobre o assunto, confira, dentre outros: D. DEROUSSIN, *Histoire du droit des obligations*, Paris, 2012², pp. 112-136.

direto na própria evolução da noção de *utilitas contrahentium* como será melhor esclarecido adiante.

A formulação da ideia de *utilitas* (ou *commodum*) pelo direito romano predica, portanto, a existência de um *standard* básico em matéria de responsabilidade civil. Ela não apenas coloca em evidência a citada regra de proporção fundada na vantagem aferida pela relação, como também – e talvez seja esse um aspecto não tão lembrado como deveria – que as apurações nessa matéria não se façam de maneira abstrata, laboratorial, dissociadas enfim da realidade causal que engendrou a relação jurídica.

De fato, como esclarece ainda Javier Belda Mercado, a *utilitas contrahentium* constituía-se como critério válido para todo o direito contratual, ou, um verdadeiro «principio de aplicación general en el ámbito de la responsabilidad contractual»⁸. Nada obstante, ela terminou encontrando incidência preferentemente nos contratos gratuitos, sobretudo nos antípodas contratos de depósito e comodato. É possível supor que nos contratos sinalagmáticos ela, de certo modo, enunciase algo natural, embora de grande valor teórico. Havendo equilíbrio entre as obrigações, seria iterativo supor-se que as responsabilidades também seriam equivalentes⁹. Já nos contratos gratuitos, entretanto, mercê da natural assimetria entre as partes envolvidas, a atividade jurisprudencial mostrou-se naturalmente mais frutífera, precisamente para esclarecer níveis ou graus de responsabilidade da parte incumpridora da prestação.

Há autores, contudo, que recusam a *utilitas* como princípio, vendo nela tão-somente um critério de responsabilidade ou ainda um *teste* jurisprudencial. Parece que o fato de se constituir como critério ou *teste* não invalida a evidência de que também ela se constitua como verdadeiro princípio normativo na medida em que fornecia um *standard* fundamental que orientava toda a sistematização que se levou a efeito em matéria de responsabilidade civil no direito romano. Nesse sentido, a afirmação de Luigi Garofalo, segundo a qual o cânone da *utilitas* deveria ser examinado para todas as relações contratuais, mas não há consenso em relação a isso, como se verá adiante¹⁰.

⁸ J. BELDA MERCADO, *La responsabilidad del comodatario en el derecho romano*, em *Revista Electrónica de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, 8 de febrero de 2007, p. 12. Disponível em <http://www.refdugr.com/documentos/articulos/7.pdf>. Consulta em 19 de março de 2015. Como será visto adiante, há forte discussão sobre a natureza jurídica do postulado.

⁹ Ao tema, retornaremos oportunamente.

¹⁰ «Da sottolineare, ancora in relazione al canone dell'*utilitas contrahentium*, è che esso, per poter operare e sfociare quindi nell'individuazione del criterio di imputazione della responsabilità da applicare alla vicenda contrattuale presa in esame, imponeva di considerare questa nella sua globalità. Si tratta, cioè, di un canone che, tenendo a esempio il deposito o il comodato, non consentiva di limitare l'indagine a quello che, in presunta consonanza con il linguaggio dei *prudentes*, viene tuttora chiamato l'elemento obbligante, ossia alla consegna della cosa, ma costringeva ad allargare l'orizzonte dell'analisi, così da comprendervi l'accordo che vivificava la consegna stessa, dandole un senso» (L. GAROFALO, *Gratuità e responsabilità contrattuale*. Disponível em <http://www.teoriaestoriadeldirittoprivato.com/index.php?com=statics&option=index&cID=224>. Consulta feita em 21 de Março de 2015).

De fato, sob uma perspectiva eminentemente romanista, esclarece, dentre outros, Gianni Santucci, que o sintagma *utilitas contrahentium*, ainda que possa ser entendido atualmente como princípio, entabulava uma *regula*, entendida dentro da maneira própria e peculiar pelas quais os *prudentes* utilizavam a expressão¹¹. É que a *regula* nada mais é que um princípio cardinal, com força vinculativa inclusive, enunciado nas *fontes* por meio de uma fórmula curta. No célebre fragmento que Paulo atribui a Sabino (D. 50.17.1 [Paul. 16 *ad Plaut.*]), é dada a mais conhecida definição de *regula*: *Regula est, quae rem quae est breviter enarrat. Non ex regula ius sumatur, sed ex iure quod est regula fiat.*

Nesses termos, a *utilitas* passou a predicar uma «função sistemática das soluções casuísticas relativamente à responsabilidade de questões obrigacionais em geral», como afirma Marialuisa Navarra. A professora da Universidade da Perugia, com efeito, talvez seja a autora que mais aprofundou os estudos sobre a evolução do critério de *utilitas*. Sua pesquisa, fundamentalmente, busca reconstruir toda a longa – e sinuosa – história desse instituto para que se possa obter uma precisa imagem de sua função no direito romano.

Sua hipótese de trabalho, basicamente, visa demonstrar a passagem da *utilitas* de *regula iuris* a verdadeiro princípio geral de responsabilidade civil ocorreu em momento muito posterior, possivelmente escolástico pós-clássico¹². Realmente, a doutrina de modo unânime concorda que, em sua origem, a *utilitas* tinha emprego como “*regula* binária de responsabilidade”, sendo utilizada tão somente nos casos onde havia um confronto entre os contratos de depósito e os de comodato. Só posteriormente é que ela teria assumido a função de princípio, entabulando um *standard* geral aplicável à responsabilidade civil em seu todo. A questão toda é saber quando isso efetivamente ocorreu.

Dentro dessa lógica, Benedetta Veronese identifica três grandes tendências dos romanistas: a) aqueles para quem ele já era conhecido e aplicado na época republicana, pré-clássico, portanto (Voci, Santucci); b) aqueles que consideram sua aplicação no período clássico (Segrè, Kübler, Arangio-Ruiz, Betti, Pastori, Talamanca, Cannata); c) aqueles que, finalmente, o vislumbram concebido de forma apropriada apenas no período pós-clássico, tendência, por sinal, prevalente na doutrina alemã (Kunkel, Wiacker, Nörr, Kaser). É certo, contudo, que somente no direito pós-clássico, particularmente no período justinianeu, é que a noção de *utilitas* passará a ser considerada como paradigma geral de responsabilidade civil¹³.

¹¹ G. SANTUCCI, *Diritto romano e diritti europei. Continuità e discontinuità nelle figure giuridiche*, cit., p. 54.

¹² Confirma M. NAVARRA, “*Utilitas contrahentium*” e *sinallagma*, in L. GAROFALO, *La compravendita e l’interdipendenza delle obbligazioni nel diritto romano*, II, Padova, 2007, pp. 226-255.

¹³ B. VERONESE, *L’utilitas contrahentium nei contratti reali gratuiti in diritto romano classico: un modello di responsabilità*, cit., p. 9.

Não há consenso, portanto, sobre a época na qual o postulado teria começado a ser formalmente enunciado. Por tal razão, é que se torna indispensável a análise dos fragmentos e das fontes que tratam do critério de *utilitas*, como se fará adiante.

2.1. *A utilitas nas Institutas gaianas*

Nos tempos de Gaio, já se conhecia o critério de *utilitas*. Nada obstante, ela possuía tão-somente uma feição binária, como é ultimamente utilizado pela doutrina. Com isso, deseja-se dizer que ela tinha um «papel decisivo para delimitar la responsabilidad de los deudores de contratos que benefician a una sóla de las partes, como es el caso del comodato o del depósito»¹⁴. Muito embora aluda-se a uma espécie de formulação embrionária da regra já a Quinto Múcio Cévola, é a partir dos trechos gaianos (3.205-206-207) que se permite com alguma precisão teórica divisar juridicamente a ideia de *utilitas* no campo da responsabilidade contratual.

Eis a passagem identificada pelos autores como *o ponto de partida* para a identificação da responsabilidade do comodatário por *custodiam* e, com isso, seu respectivo agravamento, já que constituído o contrato no interesse do comodatário:

Gai. 3.206: *Quae de fullone aut sarcinatore diximus, eadem transferemus et ad eum cui rem commodavimus. Nam ut illi mercedem capiendo custodiam praestant, ita hic quoque utendi commodum percipiendo similiter necesse habet custodiam praestare.*

A referência à responsabilidade mais agravada aos lavadores e aos alfaiates, que recebem as respectivas roupas ou tecidos para realizar seus respectivos ofícios e lucrando obviamente com isso, demonstra claramente o sentido da regra. Em tais situações, o proveito que o comodatário inferirá a partir da entrega da coisa o obriga a permanecer sensivelmente diligente, legitimando-o passivamente inclusive para a *actio furti*, ou seja, quando as coisas sob sua guarda forem furtadas, ainda assim responderá por *custodia* aos seus proprietários.

Por outro lado, em Gai. 3.207, Gaio alude ao contrato de depósito:

Gai. 3.207: *Sed is apud quem res deposita est custodiam non praestat tantumque in eo obnoxius est, si quid ipse dolo malo fecerit. Qua de causa si res ei subrepta fuerit, quia restituendae eius nomine depositi non tenetur nec ob id eius interest rem salvam esse, furti [itaque] agere non potest, sed ea actio domino competit.*

Já aqui, nos contratos de depósito, vê-se o estabelecimento de uma disposição exatamente no sentido contrário: o depositário não responde por custódia, e sim unicamente por dolo, sendo por isso que não pode ser demandado diante da subtração da coisa.

¹⁴ J. BELDA MERCADO, *La responsabilidad del comodatario en el derecho romano*, cit., p. 11.

2.2. *A utilitas nos textos de Africano*

O critério de *utilitas* é encontrado também nos textos de Africano, embora, aqui, os doutos afirmem tratar-se claramente de uma interpolação. Com efeito, em 5 e 8 *Quaestiones*, a opinião de Juliano, relatada por seu pupilo, já possui uma extensão bem mais ampla. Ela já não envolve tão-somente os contratos de depósito e comodato, logo enunciando uma espécie de vetor cardinal que funcionaria para toda e qualquer disputa casuística em torno de responsabilidade civil contratual.

No primeiro deles, alude-se estritamente ao contrato de mandato. A questão que se coloca é se o mandatário poderia acionar o mandante por algum dano não atribuído à culpa de qualquer das partes contratantes, mas surgido em função da execução do mandato. A resposta de Juliano foi de que sim, com base no exemplo de um escravo comprado pelo mandatário e que antes de ser entregue ao mandante destrói os bens destes. Como destaca Reinhard Zimmermann, é óbvia a aplicação no caso do princípio de utilidade, pois se alguém sofre o prejuízo realizando um trabalho no interesse de outrem, a perda deve ser transferida para aquele que obtém os consequentes benefícios¹⁵. Segue, abaixo, o respectivo trecho do Digesto:

D. 47.2.62.5 (Afr. 8 *quaest.*): *Quod vero ad mandati actionem attinet, dubitare se ait, num aequè dicendum sit omni modo damnum praestari debere, et quidem hoc amplius quam in superioribus causis servandum, ut, etiamsi ignoraverit is, qui certum hominem emi mandaverit, furem esse, nihilo minus tamen damnum decidere cogatur. iustissime enim procuratorem allegare non fuisse se id damnum passurum, si id mandatum non suscepisset: idque evidentius in causa depositi apparere. nam licet alioquin aequum videatur non oportere cuiquam plus damni per servum evenire, quam quanti ipse servus sit, multo tamen aequius esse nemini officium suum, quod eius, cum quo contraxerit, non etiam sui commodi causa suscepit, damnosum esse, et sicut in superioribus contractibus, venditione locatione pignore, dolum eius, qui sciens reticuerit, puniendum esse dictum sit, ita in his culpam eorum, quorum causa contrahatur, ipsis potius damnosam esse debere. nam certe mandantis culpam esse, qui talem servum emi sibi mandaverit, et similiter eius qui deponat, quod non fuerit diligentior circa monendum, qualem servum deponeret.*

Contudo, é considerada bem mais enfática a passagem constante em D. 30.108.12 (Afr. 5 *quaest.*), pois, aqui, o critério passa a ter uma dimensão universal, sendo aplicável a todo e qualquer contrato de boa-fé:

¹⁵ R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford, 1996, p. 430.

Bruno Leonardo Câmara Carrá

D. 30.108.12 (Afr. 5 quaest.): *Cum quid tibi legatum fidei tuae commissum sit, ut mihi restituas, si quidem nihil praeterea ex testamento capias, dolum malum dumtaxat in exigendo eo legato, alioquin etiam culpam te mihi praestare debere existimavit: sicut in contractibus fidei bonae servatur, ut, si quidem utriusque contrahentis commodum verse-tur, etiam culpa, sin unius solius, dolus malus tantummodo praestetur.*

A parte final do trecho não deixa dúvidas: como se observa nos contratos de boa-fé, onde ambas as partes obtêm vantagens da relação, são elas responsáveis também por culpa; se, ao contrário, só uma delas goza de vantagens, o outro contratante é responsável apenas por dolo. Nada obstante, a passagem vai além, estabelecendo a mesma lógica de imputação para situações não propriamente consensuais, como no fideicomisso.

2.3. A utilitas nos textos de Ulpiano

Como Gaio, considera Ulpiano que existem contratos em relação aos quais o contra-tante a quem o contrato não aproveita é responsável somente por dolo. E em outros, pode ser responsável por dolo e culpa. Isto representa a conexão entre vantagem, de um lado, e, do outro, a responsabilidade. Se a obrigação foi feita para beneficiar apenas o credor, e, em seguida, o devedor foi acusado somente por dolo (ou de culpa grave em determinadas ocasiões). Se, pelo contrário, tinha benefícios comuns para todas as partes, é o caso da compra e venda, ambos poderiam responder, seja por dolo ou culpa.

Ou seja, a responsabilidade, ou sua forma, variaria em função do grau de benefí-cios, vale dizer, vantagens, obtidos em razão do contrato. Duas passagens fundamen-tais constam no Digesto sobre o critério de *utilitas*. D. 13.6.5.2-3 (Ulp. 28 *ad ed.*) e D. 50.17.23 (Ulp. 29 *ad Sab.*). Diz Ulpiano:

D. 13.6.5.2-3 (Ulp. 28 *ad ed.*): *Nunc videndum est, quid veniat in commodati actione, utrum dolus an et culpa an vero et omne periculum. et quidem in contractibus interdum dolum solum, interdum et culpam praestamus: dolum in deposito: nam quia nulla utili-tas eius versatur apud quem deponitur, merito dolus praestatur solus: nisi forte et merces accessit (tunc enim, ut est et constitutum, etiam culpa exhibetur) aut si hoc ab initio convenit, ut et culpam et periculum praestet is penes quem deponitur. sed ubi utriusque utilitas vertitur, ut in empto, ut in locato, ut in dote, ut in pignore, ut in societate, et dolus et culpa praestatur. 3. Commodatum autem plerumque solam utilitatem continet eius cui commodatur, et ideo verior est Quinti Mucii sententia existimantis et culpam praestan-dam et diligentiam et, si forte res aestimata data sit, omne periculum praestandum ab eo, qui aestimationem se praestaturum recepit.*

D. 50.17.23 (Ulp. 29 *ad Sab.*): *Contractus quidam dolum malum dumtaxat recipiunt, quidam et dolum et culpam. dolum tantum depositum et precarium. dolum et culpam mandatum, commodatum, venditum, pignori acceptum, locatum, item dotis datio, tu-telae, negotia gesta: in his quidem et diligentiam. societas et rerum communio et dolum*

Utilitas contrahentium: um princípio de responsabilidade civil romano

et culpam recipit. sed haec ita, nisi si quid nominatim convenit (vel plus vel minus) in singulis contractibus: nam hoc servabitur, quod initio convenit (legem enim contractus dedit), excepto eo, quod Celsus putat non valere, si convenerit, ne dolus praestetur: hoc enim bonae fidei iudicio contrarium est: et ita utimur. animalium vero casus mortisque, quae sine culpa accidunt, fugae servorum qui custodiri non solent, rapinae, tumultus, incendia, aquarum magnitudines, impetus praedonum a nullo praestantur.

Uma vez mais, coloca-se em evidência os contratos de depósito e comodato, de onde partem todas as demais reflexões sobre o assunto, casos em que os benefícios se convertem todos em favor ou do credor ou do devedor. Sendo o contrato de depósito, a responsabilidade é sempre e tão-somente por dolo, uma vez que o depositário não obtém “nenhuma utilidade”. Já no trecho constante de D. 13.6.5.3 (Ulp. 28 *ad ed.*), analisa-se especialmente a situação do comodatário que, ao contrário, experimenta os benefícios do contrato e, portanto, é considerado responsável pelo dolo, culpa e até mesmo por custódia, segundo a opinião já conhecida de Quinto Múcio.

O problema do fragmento, consoante a atual historiografia, deve-se à parte na qual se faz uma extensão do critério para outras situações: *Sed ubi utriusque utilitas vertitur, ut in empto, ut in locato, ut in dote, ut in pignore, ut in societate, et dolus et culpa praestatur*. Na opinião de Marialuisa Navarra, os trechos relativos aos contratos de depósito e comodato parecem ser legítimos e indicam o que ela acredita ser um critério justificativo unicamente em relação aos dois referidos contratos. O mesmo já não se poderia dizer no relativo às referências exemplificativas aos contratos de natureza sinalagmática (*utriusque*), tais como a compra e venda, locação, dote, penhor e sociedade¹⁶.

Observações em idêntico sentido são feitas ao segundo texto (D. 50.17.23 [Ulp. 29 *ad Sab.*]). Assim, por exemplo, Arangio-Ruiz já afirmava que se tratava de uma clara imposição justinianéia com o objetivo de ampliar a utilização da culpa¹⁷. Uma

¹⁶ «Genuino, dunque, il primo richiamo, alterato, invece, il secondo. Ad una tale valutazione sono indotta dalla diversa funzione logico-argomentativa che l'*utilitas* appare svolgere nelle due locuzioni. Nella prima essa è richiamata a giustificazione del parametro di responsabilità (*dolus*) del depositario inadempiente, ma, in ogni caso, non per determinarlo bensì per dimostrarne e spiegarne *a posteriori* la *ratio*: si tratta cioè di un criterio di giustificazione successivo alla *regula* della responsabilità, adoperato in funzione classificatoria dei *contractus* sotto il profilo dei criteri di responsabilità. Nella seconda, l'impiego di *ubi* in luogo di *quia*, che Ulpiano aveva poco prima utilizzato, è invece il segno di un'operazione concettuale, difficilmente attribuibile ad un giurista classico – seppure tardo –, diretta ad elevare l'*utilitas* a principio generale regolatore della responsabilità: dalla constatazione del concorrente interesse dei contraenti è fatto discendere il criterio di responsabilità (*dolus et culpa*) da applicare in una serie di fattispecie tipiche, anche al di fuori dell'ambito propriamente contrattuale, che parrebbero citate a titolo meramente esemplificativo. In altre parole, viene individuato un principio, una regola generale (*ubi utriusque utilitas vertitur [...] et dolus et culpa praestatur*), potenzialmente applicabile a tutti i casi, a tutte le situazioni particolari che presentino, o presenteranno, una concorrenza di interessi» (M. NAVARRA, “*Utilitas contrahentium*” e *sinallagma*, cit., pp. 235-236).

¹⁷ V. ARANGIO-RUIZ, *Responsabilità contrattuale in diritto romano*, Napoli, 1958², p. 190.

Bruno Leonardo Câmara Carrá

vez mais Marialuisa Navarra explica que o texto não se revela harmônico, pois embora realize uma verdadeira classificação tripartite dos contratos tendo em vista o interesse das partes, não se menciona de modo algum o critério de *utilitas*¹⁸. Desse modo, são vistas hoje como suspeitas as referências ao mandato, à venda, ao penhor, à locação, e, com maior razão ainda, aos casos de tutela, da gestão de negócios, vale dizer, na expansão das hipóteses da aplicação da *utilitas*.

É verdade que, sendo os contratos em geral vantajosos para ambas as partes, a responsabilidade por eles será mensurada por meio de dolo ou culpa. No entanto, o critério da utilidade do contrato é sentido de maneira mais emblemática através dos contratos gratuitos, onde apenas uma das partes se beneficia com a obrigação e à outra incumbem apenas os encargos.

2.4. A *utilitas nas Differentiae de Modestino*

Finalmente, as fontes registram a derradeira aparição do critério de *utilitas* na *Collatio legum Mosaicarum et Romanarum*¹⁹ referida por Modestino em suas *Differentiae*. Eis o fragmento:

Coll. 10.2.1 (Mod. 2 diff.): *Commodati iudicio conventus et culpam praestare cogitur: qui vero depositi convenitur, de dolo, non etiam de culpa condemnandus est. Commodati enim contractu, quia utriusque contrahentis utilitas intervenit, utrumque praestatur: in depositi vero causa sola deponentis utilitas vertitur et ibi dolus tantum praestatur.*

Diz o fragmento que aquele que é réu em uma ação de comodato deve responder também por culpa, enquanto que aquele que é demandado numa ação de depósito só responde a título de dolo. Contudo, porque no comodato o interesse é de ambas as partes, a responsabilidade também seria inferível a título culposo por ambos os contratantes. O trecho parece – e é – incompreensível, pois como até agora foi registrado, no caso do comodato apenas o comodatário aufere vantagens do negócio e, por isso, não poderia a responsabilidade ser dividida.

¹⁸ M. NAVARRA, “*Utilitas contrahentium*” e *sinallagma*, cit., p. 236.

¹⁹ A *Collatio Legum Mosaicarum et Romanarum*, também denominada de *Lex Dei*, constituiu um estudo comparativo (*collatio*) entre o direito romano e a Lei mosaica. A obra é dividida em dezesseis títulos, a saber: 1. *De sicariis [Et homicidis casu vel voluntate]* e *De casualibus homicidis*; 2. *De atroci iniuria*; 3. *De iure et saevitia dominorum*; 4. *De adulteriis*; 5. *De stupratoribus*; 6. *De incestis nuptiis*; 7. *De furibus et de poena eorum*; 8. *De falso testimonio*; 9. *De familiaris testimonio non admittendo*; 10. *De deposito*; 11. *De abactoribus*; 12. *De incendiariis*; 13. *De termino amoto*; 14. *De plagiariis*; 15. *De mathematicis, maleficis et manichaeis*; 16. *De legitima successione*. Em cada um desses capítulos, é realizado o confronto entre o preceito jurídico romano e a correspondente passagem bíblica. A comparação é feita, do lado bíblico, a partir do Pentateuco e, do lado romano, com base nos fragmentos de obras de Gaio, Papiniano, Ulpiano, Paulo, Modestino e ainda dos códigos Gregorianos e de Hermógenes.

O mais provável, segundo os doutos, é que Modestino, discípulo de Ulpiano, tivesse plena noção do fragmento D. 13.6.5.2-3 (Ulp. 28 *ad ed.*) já acima estudado, o que torna efetivamente inexplicável a referência, salvo se se assume que o trecho em comentário tenha sido interpolado na parte em que se refere à *utriusque contrahentis utilitas intervenit*²⁰. Dentre as várias explicações para isso, Benedetta Veronese anota que é possível que a incompreensão da ideia de *utilitas* na *Collatio* venha a revelar, na verdade, uma incompreensão tardia do próprio critério, o que revelaria seu progressivo desuso («la cui enunciazione compiuta, come vedremo, è destinata progressivamente a dissolversi nelle epoche successive»)²¹.

O desuso da *utilitas* é enfatizado ainda por Michel, Pasquale Voci, Gianni Santucci e Marialuisa Navarra, dentre outros, por meio da quase completa ausência de referimento a elas nas *Institutas* de Justiniano²².

2.5. *Utilitas e bona fides*

Como mencionado antes, os autores informam a existência de possíveis interpolações em vários dos textos acima examinados, de maneira que não seria possível afirmar ser a *utilitas*, realmente, um critério universal definidor da responsabilidade civil conhecido pelos romanos. O problema por detrás desse questionamento é o de saber qual foi verdadeiramente o âmbito de aplicação da *utilitas* e no que ela efetivamente influenciou em termos de construção de um princípio que permitisse asseverar a existência de um *quantum* de responsabilidade variado em função da assimetria na relação e benefício derivado do acordo.

Aqui, são oportunos os debates entre o critério de *utilitas* e a *bona fides*. E também aqui se observa alguma contradição na doutrina. De uma parte há quem perceba uma associação entre ambos, de modo que seria justamente pela *bona fides* que em grande parte o critério de *utilitas* fazia-se ingressar. Mais que isso: justamente por

²⁰ Por todos: G. SANTUCCI, *Diritto romano e diritti europei. Continuità e discontinuità nelle figure giuridiche*, cit., p. 61.

²¹ «A mio avviso, l'incongruenza dell'affermazione contenuta nel passo in esame sottende l'incomprensione del criterio dell'*utilitas* da parte dell'autore della *Collatio*. E ciò potrebbe leggersi a favore della tesi per cui l'*utilitas* sarebbe una regola largamente applicata dalla giurisprudenza classica – ma già conosciuta dai giuristi della tarda repubblica, come Quinto Mucio Scevola, il cui pensiero è riportato da Ulpiano in D. 13.6.5.3 (Ulp. 28 *ad ed.*) – la cui enunciazione compiuta, come vedremo, è destinata progressivamente a dissolversi nelle epoche successive» (B. VERONESE, *L'utilitas contrahentium nei contratti reali gratuiti in diritto romano classico: un modello di responsabilità*, cit., p. 56).

²² M. NAVARRA, «*Utilitas contrahentium*» e *sinallagma*, cit., pp. 240-241. O único trecho, de fato, das *Institutas* no qual se faz referência à ideia de interesse alude ao penhor (I. 3.14.4). Ei-lo: *Creditor quoque qui pignus accepit re obligatur, qui et ipse de ea ipsa re quam accepit restituenda tenetur actione pigneraticia. sed quia pignus utriusque gratia datur, et debitoris, quo magis ei pecunia crederetur, et creditoris, quo magis ei in tuto sit creditum, placuit sufficere, quod ad eam rem custodiendam exactam diligentiam adhiberet: quam si praestiterit et aliquo fortuito casu rem amiserit, securum esse nec impediri creditum petere.*

força da *bona fides* e da consequente flexibilidade que induzia no âmbito contratual, é que seria possível extrair da *utilitas* sua real expressão enquanto princípio, pelo menos para os que admitem sua natureza principiológica.

Na interpolação fica particularmente clara a mencionada associação, embora sempre seja dito – e isso não enseja maiores discussões – que ambos tinham formulação autônoma. A evidência das fontes, com efeito, permite inferir que em dado momento, ainda que por força da interpolação, obteve-se a compreensão de que a *utilitas* serviria como critério que se amoldava à própria flexibilização que se obtinha por força da ideia de boa fé. Por tal razão, é que, como demonstra Santucci: «esso consentiva ai giuristi di opinare diversamente, pur in relazione al medesimo tipo contrattuale, circa la misura della responsabilità dei contraenti, qualora, ovviamente il criterio dell’*utilitas* giustificasse la diversa soluzione»²³.

Ademais, prossegue Santucci, por força da boa fé, o juiz gozava de ampla discricionariedade (*liberum officium iudicis*), sendo isso, precisamente, o que permitia o cálculo da medida de responsabilidade de modo livre e ajustado ao caso concreto. Nesse mesmo sentido, outra evidência de que a *utilitas* encontraria uma correlação com a *bona fides* decorreria do fragmento já apresentado de Africano (D. 30.108.12 [Afr. 5 *quaest.*]), que permite sua extensão até mesmo ao fideicomisso²⁴.

Em sentido contrário, entretanto, posicionam-se vozes igualmente autorizadas. O destacado trabalho de Gino Segrè há mais de um século e mais recentemente os textos de Marialuisa Navarra procuram demonstrar, por exemplo, que tal correlação, entretanto, não seria tão próxima como se pensava. Navarra começa sua análise pelo citado fragmento de Africano, o qual de pronto reputa extremamente suspeito. Nada obstante, existiriam de fato vários textos aludindo ao *interesse* para a solução de questões de responsabilidade em relação a casos envolvendo a aplicação da *ex fide bona*. Em linhas gerais, sua conclusão é de que os jurisconsultos procediam «caso per caso, in relazione ai singoli rapporti obbligatori, a risolvere le questioni di imputabilità dell’inadempimento, facendo leva sul criterio dell’interesse laddove la struttura della formula lasciava spazio ad una valutazione del rapporto sostanziale»²⁵.

Independentemente de tudo isso, é certo que o critério de *utilitas* não apenas era conhecido como aplicado pelos juristas romanos desde a época clássica, embora possivelmente limitado, de fato, aos contratos de depósito e comodato, como *regula* justificadora *a posteriori* da responsabilidade, como ensina Marialuisa Navarra. Contudo, ainda que em momento pós-clássico, a então *regula* passa por um processo de expansão que reclamará sua aplicação como verdadeiro princípio da responsabilidade

²³ G. SANTUCCI, *Diritto romano e diritti europei. Continuità e discontinuità nelle figure giuridiche*, cit., p. 58.

²⁴ B. VERONESE, *L’utilitas contrahentium nei contratti reali gratuiti in diritto romano classico: un modello di responsabilità*, cit., p. 62.

²⁵ M. NAVARRA, “*Utilitas contrahentium*” e *sinallagma*, cit., p. 242.

contratual, como demonstram tantos outros autores²⁶. Mais que isso, a *utilitas* servirá para orientação de toda uma posterior elaboração que se sedimentará na idade média: a doutrina da tripartição da culpa.

3. A *utilitas contrahentium* no direito contemporâneo

Até agora listamos os vários momentos históricos que se relacionam com o critério da *utilitas contrahentium*. E, por meio deles, podemos inferir, penso, duas conclusões fundamentais:

A *utilitas* firmou-se como critério sistematizador da responsabilidade civil em dado momento no direito romano, possivelmente em época pós-clássica, entabulando uma regra tão elementar como fundamental: a forma de imputação decorreria substancialmente da vantagem auferida pelo contratante com a avença num esquema de grandezas proporcionais; assim, quanto mais vantagens alguém usufrua de uma avença, mais forte ou de maior intensidade seria a modalidade imputação. Por meio do critério de *utilitas* ocorreu, ademais, a sistematização da teoria da tripartição da culpa que, após a crítica dos juristas racionalistas, perdeu influência, como, igualmente, analisado.

O que procuraremos demonstrar, a partir de agora, é que essas noções fundamentais não apenas continuam presentes em nossa atualidade de modo não marginal como muitas vezes a doutrina pretende afirmar. Ou seja, elas não apenas ainda persistem no direito positivo dos ordenamentos jurídicos, mas, sobretudo, podem auxiliar no enfrentamento de situações que, não estando regulamentadas do ponto de vista legislativo, possam ter no princípio da utilidade a resposta jurídica adequada para as questões que possam delas surgir.

A propósito, convém inicialmente frisar que embora sejam consideradas como extensão uma da outra, a doutrina da tripartição da culpa e o critério de *utilitas* são, em si, autônomos, embora consequenciais. Desse modo, a impugnação do segundo não necessariamente conduziria ao do primeiro, ou seja, a *utilitas* poderia permanecer como critério principiológico válido independentemente da manutenção da doutri-

²⁶ Por todos, segue a explicação de Luigi Garofalo *et alii* em trabalho que tratou do contrato de compra e venda no direito romano: «Detta disciplina apparirebbe per diritto classico in origine ispirata al concreto interesse delle parti del rapporto obbligatorio, salvo sfociare nella valutazione dell'*utilitas* in quanto criterio giustificativo di sistemazione a posteriore di soluzioni pratiche, mentre solo alle scuole postclassiche risalirebbe il richiamo all'*utilitas* come principio normativo. In ordine a contratti sinalagmatici in quanto onerosi, implicanti reciproci interessi delle parti e la cui disciplina si ispira all'autonomo criterio della *bona fides*, i giuristi classici non avrebbero sentito la necessità di far ricorso a quello della *utilitas*, mentre a questa come principio normativo si riferirebbero solo aggiunte postclassiche a testi giurisprudenziali» (L. GAROFALO, *et alii*, *La compravendita e l'interdipendenza delle obbligazioni nel diritto romano*, em A. BURDESE, *Recensioni e commenti: sessant'anni di letture romanistiche*, Milano, 2009, p. 741).

na da tripartição da culpa. Segundo anota o sempre citado artigo de Gianni Santucci, a obra de Hasse que tratou de fazer uma densa reconstrução histórica da teoria da culpa chega a tais conclusões, pois, «se da una parte aveva confutato definitivamente la dottrina tradizionale dei gradi della colpa, togliendo ogni legittimità alla *culpa levissima*, dall'altra aveva riconosciuto pieno valore alla semplice idea de collegare un aumento o una diminuzione della responsabilità al vantaggio che il contraente poteva o meno ricevere dal contratto»²⁷.

A antiga *regula* não foi de todo esquecida. É nesse contexto que (re)lançamos o problema. No que o critério da *utilitas contrahentium* pode ajudar na interpretação da responsabilidade civil em uma sociedade que se autoproclama globalizada? Sua presença nos códigos atuais e em vários institutos ainda vigentes – embora de modo implícito, responde a pergunta: em muito!

Uma rápida pesquisa – sem qualquer pretensão de esgotamento do tema nas legislações que serão examinadas – pode revelar que o critério de *utilitas* não foi, de fato, alijado do mundo contemporâneo. Sua presença em muitos dos códigos permite inferir que ainda conserva elevado grau de influência, influência essa que, consoante propomos, deve ser mais ampliada no direito civil vigente de vários ordenamentos. O caso mais emblemático e representativo é o do direito suíço. Com efeito, a regra constante do art. 99 de seu famoso Código das obrigações de 1911 preceitua:

1. *En général, le débiteur répond de toute faute.* 2. *Cette responsabilité est plus ou moins étendue selon la nature particulière de l'affaire; elle s'apprécie notamment avec moins de rigueur lorsque l'affaire n'est pas destinée à procurer un avantage au débiteur.* 3. *Les règles relatives à la responsabilité dérivant d'actes illicites s'appliquent par analogie aux effets de la faute contractuelle.*

O destaque inicial à legislação suíça tem uma razão especial: é de se notar que a referência ao critério de utilidade é feito de modo genérico, na forma de verdadeiro princípio implícito. Isso é possível inferir por meio da descrição sintética – não analítica – da norma citada: essa responsabilidade é estendida a maior ou a menor de acordo com a natureza particular do negócio; ela se aprecia notadamente com menos rigor sempre que o negócio não seja destinado à promover uma vantagem para o devedor²⁸. Desse modo, a doutrina suíça entende que ela possa, obviamente, ser aplicada em casos que já não estejam contemplados no próprio Código como acontece com o doador (art. 248) e do comodatário (art. 306).

²⁷ G. SANTUCCI, *Diritto romano e diritti europei. Continuità e discontinuità nelle figure giuridiche*, cit., p. 81.

²⁸ Sobre a aplicação dessa regra no direito suíço, cfr.: P. ENGEL, *Traité des obligations en droit suisse. Dispositions générales du CO*, Berne, 1997², pp. 712-715.

O preceito tem, outrossim, uma relevância particular ao permitir explicitamente uma analogia de tais regras, de índole contratual, com a responsabilidade civil aquiliana. O preceito torna-se duplamente representativo na medida em que expande o critério de utilidade também para eventos de natureza extracontratual. Há, por sinal, um paradigmático julgado do Tribunal Federal Suíço onde a questão foi colocada em discussão:

No caso, uma criança de cerca de quatro anos foi confiada a uma vizinha por sua mãe por alguns momentos, uma vez que ela tinha outros compromissos. A menina caiu em um riacho e sofreu lesões reportadas graves em função dos quais veio anos depois a falecer. O Tribunal Federal considerou que no caso não havia sequer uma obrigação de natureza contratual senão que aquilo que é conhecido na Suíça e na Alemanha como *actes de complaisance*. Contudo, e nada obstante tais atos de complacência não imunizem aquele que se encontra sob seu pálio de haver praticado ato ilícito e, assim, responder civilmente por eles, impunha-se considerar que sobre eles incidiria o critério de utilidade.

Desse modo, o Tribunal entendeu que a culpa da vizinha deveria ser considerada dentro de um rigor menor, pois foi em favor da vítima (ou a sua mãe) que a relação foi estabelecida. Segundo o comentário de Jacques de Werra: «Essa disposição (o art. 99. al. 2 CO) aplica-se também *a fortiori* aos atos de complacência de sorte que uma obrigação de diligência reduzida é aplicável para esse tipo de ato». O julgado, deve ser enfatizado, é paradigmático, pois demonstra de modo efetivo como o critério de *utilitas* pode ter aplicação seja na atualidade, seja, notadamente, com relação mesmo a atos de natureza extracontratual, revelando tratar-se de verdadeiro princípio jurídico de extrema grandeza²⁹.

Do mesmo modo que no direito suíço, o direito alemão é rico em exemplos sobre as mencionadas relações de cortesia ou complacência (*gefälligkeitsverhältnisse*). Além dos casos típicos de *diligentia quam suis*, que serão adiante examinados, o BGB também possui uma tradicional regra sobre a responsabilidade do doador que somente pode ser compreendida sob o pálio da *utilitas contrahentium*. Trata-se do parágrafo 521, que diz: *Der Schenker hat nur Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit zu vertreten*. Ou seja, o doador somente é responsável por culpa grave, ou mais precisamente, *culpa*

²⁹ De modo mais amplo: «La responsabilité pour acte de complaisance suppose que les conditions de la responsabilité civile soient remplies, particulièrement celle de la violation objective d'un devoir de diligence. A cet égard, l'art. 99 al. 2 CO dispose que l'étendue de la responsabilité dépend de la nature particulière de l'affaire et s'apprécie avec moins de rigueur lorsque l'affaire n'est pas destinée à procurer un avantage au débiteur. Cette disposition s'applique aussi *a fortiori* aux actes de complaisance de sorte qu'une obligation de diligence réduite s'applique pour ce type d'acte. Il suffit ainsi que l'auteur de l'acte de complaisance fasse preuve de la même diligence que celle qu'il aurait dans ses propres affaires (*diligentia quam in suis*)» (J. DE WERRA, *Droit des contrats. Partie générale et contrats spéciaux*, en *Journal des Tribunaux*, II, *Droit civil, poursuite pour dettes et faillites et procédure civile*, 2012, v. 160, n. 5, p. 257 [disponível em <http://archive-ouverte.unige.ch/unige:21797>. Consulta feita em 11.04.2016]).

Bruno Leonardo Câmara Carrá

lata; o BGB permite a conclusão de que o critério de *utilitas* permanece vivo no ordenamento alemão.

A referência à *utilitas* faz-se sentir, ainda, no *Codice civile* de 1942. Nele segue-se toda uma série de regramentos, quase todos adaptando as antigas passagens das *fontes* romanas, ora ampliando, ora reduzindo a responsabilidade das partes que entabulam determinadas relações contratuais. No art. 1710, por exemplo, coloca-se em destaque a situação do mandatário, estatuiu-se que: *Il mandatario è tenuto a eseguire il mandato con la diligenza del buon padre di famiglia; ma se il mandato è gratuito, la responsabilità per colpa è valutata con minor rigore*³⁰. Trata-se de regra que, lembrando o fragmento de Africano, diferencia-se pelo critério de utilidade.

Além do mandato, o *Codice* reproduz as tradicionais disposições sobre o comodato (art. 1807) e o depósito (1768), prescrevendo a responsabilidade mais agravada daquele e, ao contrário, com menor rigor, deste³¹. De modo idêntico à responsabilidade do comodatário, a legislação civil italiana declara, agora, em seu art. 1785-*bis* que: *L'albergatore è responsabile, senza che egli possa invocare il limite previsto dall'ultimo comma dell'art. 1783, quando il deterioramento, la distruzione o la sottrazione delle cose portate dal cliente in albergo sono dovuti a colpa sua, dei membri della sua famiglia e dei suoi ausiliari*. A regra, entretanto, deve ser melhor contextualizada para que seja plenamente entendida.

De acordo com o art. 1783 do Código italiano, a responsabilidade do hoteleiro é limitada ao valor da coisa deteriorada, destruída ou subtraída até o equivalente de cem vezes seu valor. Contudo, havendo pelo menos culpa para o evento danoso, o hoteleiro torna-se responsável independentemente de qualquer limite³². A regra não apenas agrava a responsabilidade ao retirar o limite da indenização, senão que visa a punir mais gravemente aquele que não procede com cuidado especial em relação às coisas de outrem que se encontram sob sua custódia³³.

Já no direito brasileiro, a correlação pode ser divisada de modo ainda mais claro. Com efeito, pode-se dizer que nosso ordenamento a tem por positivada em dispositivo que, a despeito de passar muitas vezes despercebido, vem frequentando tanto nossos códigos, seja o revogado de 1916, seja o atual de 2002, nessa ordem:

³⁰ Sobre o tema, cfr.: P. CENDON, *Commentario al Codice civile*, Milano, 2009, pp. 322-323; G. AULETTA, N. SALANITRO, *Diritto commerciale*, Milano, 2010¹², p. 472.

³¹ Cfr. M. FRANZONI, *Trattato della responsabilità civile: l'illecito*, I, Milano, 2010², p. 1254.

³² «L'art. 1785-bis c.c., introdotto dall'art. 3 della L. 10 giugno 1978, n. 316, ha previsto che l'albergatore è illimitatamente responsabile, anche nei casi di cui all'art. 1783 c.c., quando il deterioramento, la perdita, la distruzione o la sottrazione delle cose portate dal cliente in albergo sono dovuti a sua colpa, dei membri della sua famiglia o dei suoi ausiliari. Sussiste la colpa nel caso di deficienze addebitabili all'organizzazione d'impresa tali da non garantire le minime condizioni di sicurezza oppure nel caso di singolo atto sbadato o imprudente compiuto dall'albergatore o da un suo ausiliario o familiari» (F. PELOSI, *Il Deposito in generale*, em G. VISINTINI et alii, *Trattato della responsabilità civile. I singoli contratti*, Padova, 2009, p. 372).

³³ G. CASSANO, *La responsabilità civile*, Milano, 2012, pp. 559-560.

Utilitas contrahentium: um princípio de responsabilidade civil romano

Art. 1057: Nos contratos unilaterais, responde por simples culpa o contraente, a quem o contrato aproveita, é só por dolo, aquele a quem não favoreça.

Art. 392: Nos contratos benéficos, responde por simples culpa o contratante, a quem o contrato aproveite, e por dolo aquele a quem não favoreça. Nos contratos onerosos, responde cada uma das partes por culpa, salvo as exceções previstas em lei.

Como veio a esclarecer o próprio Clóvis Beviláqua, eles não enunciam qualquer forma de retorno à doutrina da tripartição da culpa³⁴. Por sinal, é conhecida a invectiva de Caio Mario da Silva Pereira contra ela³⁵. A este assunto se retornará, mas por ora é interessante observar que a fórmula deixa aberta a porta para o ingresso da *utilitas* no direito brasileiro. Se isso já podia ser inferido do Código de 1916, a vinculação do texto do Código de 2002 com o critério de utilidade fica ainda mais perceptível mercê da troca da expressão contrato unilateral por contrato benéfico, além da inclusão, em seu texto, da referência aos contratos onerosos, onde se estabelece, do mesmo modo que no fragmento de Ulpiano, a correspondência de imputação diante da equivalência ou simetria entre as partes (*utriusque utilitas*).

É interessante observar, por fim, que a parte final do art. 392 ressalva as exceções legais. Nada obstante a afirmação do legislador, a doutrina não costuma enumerar quais sejam elas. De todo modo, o preceito estabelecido no art. 392 do Código de 2002, como anuncia Carlos Roberto Gonçalves, diz tão-somente que nos contratos onerosos, sendo recíprocas as prestações, as partes se encontram «em pé de igualdade», razão pela qual ambas respondem seja por dolo, seja por culpa³⁶.

Do mesmo modo, em relação ao contrato de comodato, os códigos em geral reproduzem o preceito romano de que a responsabilidade do comodante somente terá

³⁴ C. BEVILÁQUA, *Código dos Estados Unidos do Brasil comentado*, IV, 10. ed. atual. por Achilles Beviláqua e Isaías Beviláqua, Rio de Janeiro, 1955, pp. 172-173.

³⁵ Convém reproduzi-la na íntegra: «Os glosadores, trabalhando sobre os textos, haviam engendrado teorias complexas, em que a apuração do elemento subjetivo se mostrava fundamental na gradação da responsabilidade do agente. Até nossos dias chegou a convicção de que merece mais rigoroso tratamento aquele que infringe a obrigação visando ao resultado do que o inadimplente que a transgredir por mera negligência. O Código civil brasileiro ao assentar o princípio da imputabilidade e o Código de processo civil ao fixar o direito de ação com tal fundamento, têm em vista o descumprimento objetivamente considerado, a transgressão do dever para estabelecer que o agente responde pelas consequências sem indagar se o resultado danoso entrou nas cogitações do infrator ou se a violação foi especialmente querida. Não quer isso dizer que o Direito pátrio desconheça a diferença. Quer significar que a imputabilidade resulta do dever violado. Em certas circunstâncias, distingue-se entre o inimplemento doloso e o culposso, para definir a responsabilidade em casos especiais. Nos contratos bilaterais não é necessária a análise subjetiva da transgressão, visto como o contratante inadimplente responde por perdas e danos à simples demonstração de sua culpa. Nos contratos bilaterais, é que vem a menção do dolo, para se estabelecer que a responsabilidade do contratante inadimplente é uma função do elemento anímico» (C.M. DA SILVA PEREIRA, *Instituições de direito civil. Teoria geral de obrigações*, II, Rio de Janeiro, 1998¹⁶, p. 231).

³⁶ C.R. GONÇALVES, *Direito civil brasileiro: teoria geral das obrigações*, II, São Paulo, 2016¹³, p. 378.

lugar quando derivada de dolo ou, o que como visto dá no mesmo, culpa grave. O parágrafo 599 do BGB o diz expressamente: *Der Verleiher hat nur Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit zu vertreten*. Regra essa que é reforçada pelo subsequente parágrafo 600, que estabelece ser igualmente passível de indenização a ocultação maliciosa de um vício jurídico ou de um defeito da coisa. Enfim, sua responsabilidade, como lembra Otavio Luis Rodrigues Junior, suas obrigações limitam-se a permitir o uso (adequado) da coisa³⁷.

Interessante constatar, entretanto, que o BGB explora sobretudo a responsabilidade do comodante e não a do comodatário, provavelmente, por presumi-la em função dos rigores dos deveres impostos a ele. Nesse aspecto, outros códigos, como o brasileiro (arts. 582 e 583) e o italiano (1804 e 1805) parecem mais fieis aos fragmentos romanos ao focar mais diretamente a responsabilidade do comodatário, que, embora não seja dito expressamente, é feita por culpa e mesmo por custódia.

Como registrado, nossa intenção não foi a de esgotar o tema, mas registrar que o critério de *utilitas* não foi esquecido na legislação contemporânea. Ele existe, ainda que implicitamente, em muitas de suas normas vigentes. Sigamos vendo outros casos, agora, em particular, de situações onde a legislação vigente admite menor rigor na análise do incumprimento de determinadas relações jurídicas ante a evidência de que as vantagens que delas se inferem resultam em favor da parte contrária: cuida-se da já mencionada regra da *diligentia quam suis*.

Culpa lata e *diligentia quam suis* representam movimentos opostos e distintos, pois enquanto a primeira busca a equiparação da negligência ao próprio dolo, a outra se destina a abreviar o peso da *culpa levis* em determinadas situações. Associada, portanto, à culpa *in concreto*, vários são os fragmentos que aludem à *diligentia quam suis*, os quais produzem, entretanto, contradições às vezes insuperáveis. Em todas elas, contudo, surge o critério de diligência com base na própria coisa.

Nesses termos, afirma Reinhard Zimmerman que: «a responsabilidade não é determinada de acordo com o *standard* abstrato do *diligens paterfamilias*, mas sim de acordo com um critério subjetivo e concreto (em termos não-Romanos, *culpa in concreto*) [...] a diligência esperada é uma diligência *quam suis rebus adhibere solet*. Este tipo de responsabilidade (e com ele a distinção entre *diligentia diligentis* e *diligentia quam in suis*) foi amplamente desenvolvida no direito romano pós-clássico, mas não inteiramente sem antecedentes clássicos»³⁸.

³⁷ O.L. RODRIGUES JUNIOR, *Estudo dogmático do contrato de comodato no Código civil alemão*, in F. BARROSO (COORD.), *Temas de direito privado*, Fortaleza, 2010, p. 219.

³⁸ «Here, liability is not determined according to the abstract standard of the *diligens pater-familias*, but according to a concrete, subjective criterion (hence, in non-Roman parlance, *culpa in concreto*): the diligence expected of the debtor is *diligentia quam suis rebus adhibere solet*. This type of liability (and with it the distinction between *diligentia diigentis* and *diigentia quam in suis*) was largely developed in post-classical Roman law was not entirely without classical antecedents)» (R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, cit., p. 210).

Os códigos europeus, de forma geral, aludem à responsabilidade do depositário (sendo ele gratuito) como dispositivo padrão revelador da presença da *diligentia quam suis* na atualidade. Nesse sentido, por exemplo, o art. 1927 do Código civil francês ao prescrever que: *Le dépositaire doit apporter, dans la garde de la chose déposée, les mêmes soins qu'il apporte dans la garde des choses qui lui appartiennent*. A mesma coisa ocorre em relação do direito alemão, com a regra constante de seu parágrafo 690, que igualmente declara que o cuidado deve ser *in quam suis*: *Wird die Aufbewahrung unentgeltlich übernommen, so hat der Verwahrer nur für diejenige Sorgfalt einzustehen, welche er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt*³⁹.

Com efeito, o Código civil alemão é reputado por Giovanni Santucci como aquele que mais manteve a tradição romanista no ponto da *diligentia quam suis*⁴⁰. E, de fato, parece ser. Não apenas em matéria de depósito, como já mencionado, mas também em temas como sociedade, o BGB manteve-se absolutamente fiel à tradição romanista. A respeito do assunto, portanto, o Parágrafo 708 do Código declara em identidade com a previsão sobre o depósito e aquela referida no Digesto (D. 17.2.72 [Gai. 2 cott. rer.]): *Ein Gesellschafter hat bei der Erfüllung der ihm obliegenden Verpflichtungen nur für diejenige Sorgfalt einzustehen, welche er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt*⁴¹. Vale dizer, o sócio somente pode ser havido como responsável se deixa de observar o cuidado que utiliza em seus próprios negócios.

Já na América Latina, merece destaque o novo Código civil argentino, que em seu artigo 1.358 manteve-se fiel à tradição romanística ao prescrever que: *El depositario debe poner en la guarda de la cosa la diligencia que usa para sus cosas o la que corresponda a su profesión*. No direito brasileiro, atualmente, o tema é veiculado no art. 629 do vigente Código civil, com preceito absolutamente igual aos já acima ventilados⁴². Aqui, contudo, cabe um comentário interessante: nada obstante reputarmos que a responsabilidade de menor rigor do depositário, especialmente aquele que o faz a título gratuito, ser uma consequência do critério de *utilitas na modernidade*, é de se ter em mente que a configuração atual da matéria diverge das fontes romanas.

De fato, lembremo-nos dos fragmentos vistos na primeira parte deste trabalho. Lá observamos que o depositário, justamente por não tirar qualquer proveito do contrato, responderia apenas por dolo. É certo que, diante das passagens interpoladas, vale dizer, diante da regra da *utriusque utilitas*, havendo razão para supor que o contrato

³⁹ Em tradução livre: *Se a guarda da coisa (depósito) for gratuito, o depositário é responsável apenas pelo cuidado que costumeiramente deveria exercer em seus próprios negócios*.

⁴⁰ G. SANTUCCI, *Diritto romano e diritti europei. Continuità e discontinuità nelle figure giuridiche*, cit., p. 126.

⁴¹ Do mesmo modo, talvez por influência do direito germânico, o Código suíço de obrigações, em seu parágrafo 538, proclama idêntica regra.

⁴² Art. 629: O depositário é obrigado a ter na guarda e conservação da coisa depositada o cuidado e diligência que costuma com o que lhe pertence, bem como a restituí-la, com todos os frutos e acréscidos, quando o exija o depositante.

havia alterado sua natureza para envolver um sinalagma, ambos seriam responsáveis a título de culpa. Aqui, porém, a regra vale também para os contratos gratuitos e, no caso, não se cuida de *culpa lata* e sim de uma *diligentia* especial (*quam suis*)⁴³.

A lista precedente, como referido tantas vezes, não é exauriente. A relação aviada, de fato, tem por objetivo servir de contraponto para a regra geral que se excogita a partir do racionalismo jurídico, no sentido de estabelecer metodologicamente um critério de imputação genérico e universal capaz de reger a completude das relações jurídicas: uma *culpa in abstracto* e que considera o descumprimento de um dever jurídico sob a noção de um *diligens paterfamilias*, a quem, de modo prático, é imputado uma verdadeira *diligentia diligentes* na medida em que sua mínima desatenção (*culpa levissima*) seria apta a constitui-lo como autor de um fato ilícito. A presença da regra da *diligentia quam suis* nos vários ordenamentos jurídicos da atualidade, inclusive o nosso, alerta para a necessidade de considerarmos, no estudo das responsabilidades, essa tão simples, como evidente, regra de balanceamento. Desse modo, enfrentaremos em seguida os pontos talvez mais relevantes de nossos questionamentos, a saber, como a noção de *utilitas* pode, renovando-se, permitir concessões à fortaleza da *culpa in abstracto*, que, suplantando a doutrina da tripartição da culpa, vem, agora, a) firmar-se de maneira monolítica no direito; b) aproveitar o critério de utilidade na fenomenologia das contratações no mundo atual.

4. Conclusões

O direito contemporâneo estaria a necessitar mais do que nunca de uma noção de *utilitas*, por meio da qual será possível graduar, em um mundo onde as relações contratuais são cada vez mais assimétricas, as obrigações e responsabilidades negociais para não tornar ainda mais injustas as distâncias entre as partes. Na modernidade globalizada, por sinal, pôs-se de maneira ainda mais evidente a assimetria das relações contratuais, presente na contratação em massa e nas relações de consumo em geral.

É aqui, portanto, que a genialidade dos *prudentes* em relação ao critério de *utilitas* fica ainda mais evidente. Algo tão simples e que evidencia uma simples regra de proporção anteviu a imensidão das relações jurídicas em suas peculiaridades séculos depois. A noção de que existiria uma graduação da responsabilidade nas relações civis,

⁴³ Nesse sentido, por exemplo: «A conservação implica conduta ativa do conservador. Daí por que o citado dispositivo determina ao depositário o mesmo cuidado e diligência que teria com o que lhe pertence. Será desidioso tanto o depositário que esmorece em sua obrigação de guarda, permitindo que a coisa saia de seu âmbito de vigilância, como aquele que deixa de praticar atos necessários à conservação do que foi confiado» (S. DE SALVO VENOSA, *Direito civil: dos contratos em espécie*, III, São Paulo, 2005⁵, p. 265). No caso brasileiro, a regra parece ser ainda mais estranha, considerando-se que nosso Código atual preceitua, como visto antes, que nos contratos gratuitos só responde o contratante inadimplente por dolo.

Utilitas contrahentium: um princípio de responsabilidade civil romano

um *quantum* de responsabilidade que variaria em função das vantagens obtidas com o negócio jurídico, de fato, é tão lógica que transpassa suas origens romanas e chega à atualidade. Do mesmo modo que no direito romano a questão foi inicialmente colocada como *regula* e passou a verdadeiro princípio geral, no direito contemporâneo pode-se obter idêntica conclusão. A referência à *utilitas*, salvo uma ou outro ordenamento jurídico que o faz claramente, costuma ocorrer de maneira implícita na legislação civil hodierna. Nem por isso, contudo, pode-se dizer que ela não exista e, muito menos, tenha aplicabilidade.

O princípio da *utilitas contrahentium*, por enunciar imperativo de justiça tão claro, é iterativo. Auxiliará o direito de modo tranquilo, quase impávido, sem alardes. Faz-se presente tão logo um juiz perceba que o aquilatar desmedido da culpa termina provocando situações de injustiça, obviamente não queridos pelo aplicador. Por isso que, na prática, ele nunca deixará de existir por mais que os manuais e a doutrina sempre aludem à existência de uma culpa *in abstracto* ou a todo outro critério de inferência de responsabilidades baseado apenas na comparação de uma conduta concreta com um padrão ideal sem se atentar para a imposição natural dos fatos e, em relação a eles, a própria utilidade que a relação constitui para as pessoas nela envolvidas.

O que se deseja colocar em evidência, desse modo, é que a realidade atual torna ainda mais imperativa essa necessidade de escalonamento para tornar efetivamente justas as infinitas hipóteses de responsabilização civil que a presente a realidade globalizada entabula. O critério da *utilitas contrahentium* insere-se claramente nesse contexto. Se bem não seja mais possível aplicá-lo em sua forma original, claro, pode-se dele aproveitar para que se conceba uma diversidade ontológica capaz de permitir, conforme as vicissitudes de cada situação, uma proporcionalidade entre o descumprimento de um determinado dever de conduta e a adequada reprimenda a ser implementada, numa já arcaica compreensão daquilo que os autores modernos viriam denominar de individualização da pena.

