

**PAULO HENRIQUE RIBEIRO GARCIA**

**DEVER DE PROTEÇÃO NAS RELAÇÕES CONTRATUAIS**

**Dissertação de Mestrado**

**Orientador: Professor Doutor Marco Fábio Morsello**

**UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO**

**FACULDADE DE DIREITO**

**São Paulo-SP**

**2019**

**PAULO HENRIQUE RIBEIRO GARCIA**

**DEVER DE PROTEÇÃO NAS RELAÇÕES CONTRATUAIS**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração Direito Civil, sob a orientação do Prof. Doutor Marco Fábio Morsello.

**UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO**  
**FACULDADE DE DIREITO**  
**São Paulo-SP**  
**2019**

### **Catálogo da Publicação**

Garcia, Paulo Henrique Ribeiro  
Dever de proteção nas relações contratuais / Paulo Henrique  
Ribeiro Garcia. - São Paulo: USP / Faculdade de Direito, 2019.  
160f.

Orientador: Professor Dr. Marco Fábio Morsello.

Dissertação (Mestrado), Universidade de São Paulo, USP,  
Programa de Pós-Graduação em Direito, área de concentração,  
Direito Civil, 2019.

1. Contrato. 2. Dever de proteção. 3. Obrigação de segurança. 4.  
Efeitos contratuais. 5. Responsabilidade civil contratual. I. Morsello,  
Marco Fábio. II. Título.

CDU

## **FOLHA DE APROVAÇÃO**

Nome: Paulo Henrique Ribeiro Garcia

Título: Dever de proteção nas relações contratuais

Natureza: Dissertação de Mestrado

Instituição: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Orientador: Professor Dr. Marco Fábio Morsello

Área de Concentração: Direito Civil

Data da Banca: \_\_\_\_\_

### **Banca Examinadora**

Professor Dr. Marco Fábio Morsello (Orientador)

Prof. Dr. \_\_\_\_\_

Prof. Dr. \_\_\_\_\_

Prof. Dr. \_\_\_\_\_

Meus agradecimentos,

A Deus, que me permite experiências tão preciosas nessa vida.

Ao Professor Marco Fábio Morsello, um ser humano exemplar, que dignifica seu cargo e engrandece a instituição.

Aos meus pais, minha irmã e meus amigos próximos, pelo apoio habitual.

Aos ilustres magistrados do Fórum Regional de Pinheiros, por nossos diálogos de frutífero aprendizado, que se perpetua como vivo legado do nosso saudoso

amigo Paulo Jorge Scartezzini Guimarães.

Guilherme e Wellington, pela sincera amizade.

Minha esposa e meus filhos, tanto para dizer, tudo para agradecer, registro meu amor!

GARCIA, Paulo Henrique Ribeiro. *Dever de proteção nas relações contratuais*. 160f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019.

## RESUMO

O trabalho procura oferecer uma análise do interesse de proteção, cuja existência se constata no âmbito das relações contratuais ao lado do interesse à prestação, como parte do fenômeno protetivo de tutela da pessoa e de seu patrimônio, distinto da regra geral que fundamenta a responsabilidade civil extracontratual. Uma abordagem focada no ordenamento nacional, com identificação das figuras jurídicas estrangeiras que nos influenciaram. Trata da concepção normativa do interesse de proteção, justificando-se a denominação dever de proteção (conceito). Destaca a fragmentação do fenômeno, que conduz à autonomização de diversos direitos e que limita a sistematização da matéria à tarefa de indicação das categorias jurídicas, que a divisão, por um determinado critério de referência, comporta (classificação). Busca revelar a estrutura obrigacional do dever de proteção para a adequada compreensão e qualificação normativa. Na parte final, estuda os efeitos jurídicos do dever de proteção em seus dois perfis. Na seara contratual, a fim de evidenciar a funcionalidade da figura jurídica a partir de seu ponto de fixação. Oferece, ainda, a visão do dever de proteção no âmbito da responsabilidade civil, de modo a se percorrer seu modo peculiar de aplicação.

**Palavras-chave:** contrato – interesse de proteção – interesse de prestação - dever de proteção – obrigação de segurança – deveres laterais – efeitos contratuais – responsabilidade civil contratual.

GARCIA, Paulo Henrique Ribeiro. *Dovere di protezione nei rapporti contrattuali*. 160p. Tesi di Master – Facoltà di Giurisprudenza, Università di São Paulo, São Paulo, 2019.

## SOMMARIO

Il lavoro cerca di offrire un'analisi dell'interesse di protezione, la cui esistenza può essere vista nell'ambito dei rapporti contrattuali accanto all'interesse di prestazione, come parte del fenomeno protettivo della tutela della persona e del suo patrimonio, distinta dalla regola generale che fonda la responsabilità civile extracontrattuali. Un approccio centrato sull'ordine legale nazionale, con l'identificazione delle figure giuridiche straniere che ci hanno influenzato. Si tratta della concezione normativa dell'interesse di protezione, con la giustificazione della designazione del dovere di protezione (concetto). Evidenzia la frammentazione del fenomeno, che porta all'autonomia di diversi diritti e che limita la sistematizzazione della materia al compito di indicare le categorie giuridiche, che la divisione, per un certo criterio di riferimento, comporta (classificazione). Cerca di rivelare la struttura obbligatoria del dovere di protezione per un'adeguata comprensione e qualificazione normativa. Nella parte finale, studia gli effetti giuridici del dovere di protezione nei suoi due profili. Nell'area contrattuale, al fine di evidenziare la funzionalità della figura legale dal suo punto di fissazione. Fornisce anche una visione del dovere di protezione nel settore della responsabilità civile, al fine di passare attraverso il suo peculiare modo di applicazione

**Parole chiave:** contratto - interesse di protezione - interesse di prestazione – dovere di protezione - obbligo di sicurezza – doveri laterali - effetti contrattuali - responsabilità civile contrattuale

## SUMÁRIO

<b>1 O FENÔMENO PROTETIVO</b> .....	7
1.1 Introdução .....	7
1.2 As novas fronteiras da responsabilidade civil e do direito contratual.....	9
1.3 Nascimento e desenvolvimento do interesse de proteção contratual no âmbito das novas fronteiras da responsabilidade civil e do direito contratual .....	21
1.3.1 A evolução doutrinária no direito alemão .....	21
1.3.2 O reconhecimento jurisprudencial e legal no direito francês .....	27
1.3.3 O <i>duty of care</i> e outras figuras protetivas do <i>common law</i> .....	31
1.4 O dever de proteção contratual e seu campo de incidência no ordenamento jurídico brasileiro .....	34
<b>2 O REGIME JURÍDICO DO DEVER DE PROTEÇÃO CONTRATUAL</b> .....	39
2.1 Perfil estrutural do dever de proteção .....	39
2.2. Dever de proteção: concepção e distinções.....	49
2.3. Conteúdo obrigacional do dever de proteção.....	57
2.3.1 Conteúdo obrigacional da prestação de proteção.....	59
2.3.2 Conteúdo obrigacional da obrigação de segurança.....	67
2.3.3 Conteúdo obrigacional dos deveres de proteção .....	76
<b>3 PERFIL FUNCIONAL DO DEVER DE PROTEÇÃO CONTRATUAL</b> .....	101
3.1 Dever de proteção e seus efeitos contratuais.....	101
3.1.1 Execução forçada específica do dever de proteção.....	102
3.1.2 Resolução do contrato decorrente da violação do dever de proteção .....	107
3.1.3 Exceção de contrato não cumprido e outras figuras .....	115
3.2. A responsabilidade civil fundada na violação do dever de proteção contratual.....	118
3.2.1 Obrigação de meios .....	125
3.2.2 Obrigação de resultado .....	129
3.2.3 Obrigação de garantia .....	132
<b>4 CONCLUSÕES</b> .....	143
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	149



# 1 O FENÔMENO PROTETIVO

## 1.1 Introdução

Todo indivíduo anseia estar protegido de riscos e perdas ao longo de suas atividades cotidianas, incluindo aquelas decorrentes do contato negocial. A segurança constitui um valor para qualquer sociedade, *quanto mais segurança, melhor a sociedade, quanto menos, pior*.<sup>1</sup>

Viver, porém, é perigoso.<sup>2</sup> Existe, invariavelmente, a possibilidade objetiva de determinado fato ou alguém causar um dano a outrem.

Uma relação contratual pode constituir, por si só, a causa e a ocasião para a lesão de um interesse,<sup>3</sup> muitas vezes não deduzido expressamente no objeto do contrato<sup>4</sup> e em relação ao qual ausente ou deficiente a tutela decorrente da regra geral da responsabilidade civil extracontratual, até porque, caso contrário, sequer haveria a figura da gestão de negócios.<sup>5</sup>

Explicita Antonio Cabanillas Sánchez que o início de uma especial relação entre os sujeitos, como a contratual, leva sempre consigo um risco específico: a esfera jurídica de uma parte fica ao alcance da esfera de perigo de outra, de onde deriva a necessidade, em razão de tal especificidade de perigo e de confiança recíproca, de que cada parte esteja obrigada juridicamente a se comportar de maneira cauta e diligente, a fim de conservar íntegra a esfera jurídica da outra, independente do cumprimento da prestação principal.<sup>6</sup>

---

<sup>1</sup>JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Por uma nova categoria de dano na responsabilidade civil: o dano social. In: JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antônio. *Novos estudos e pareceres de direito privado*. 1. ed. 2. tir. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 381.

<sup>2</sup>Como constantemente afirmava a personagem Riobaldo, do escritor Guimarães Rosa, na obra *Grande sertão: Veredas*, “Viver é muito perigoso”. (ROSA, João Guimarães. *Grande sertão: Veredas*. 22. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2015).

<sup>3</sup>DI MAJO, Adolfo. *Delle obbligazioni in generale*. Bologna: Zanichelli, 1985. p. 122.

<sup>4</sup>Ensina Jorge Cesa Ferreira da Silva: (...) quando duas pessoas se relacionam obrigacionalmente, legitimamente não esperam que o fato da relação gere danos às suas próprias pessoas ou aos seus bens. O que contrata o conserto de sua máquina de lavar, por exemplo, não pode esperar que o referido conserto cause, por falhas da prestação, danos à rede elétrica. (SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *A boa-fé e a violação positiva do contrato*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 69, nota 117).

<sup>5</sup>Sebastiano Ciccarello explicita, por meio da figura da gestão de negócio, a ausência de disciplina a respeito de um dever de proteção relativo às coisas de um terceiro, salvo quando imposto por lei específica ou em decorrência de um contrato. (CICCARELLO, Sebastiano. *Dovere di protezione e valore della persona*. Milano: Giuffrè, 1988. p. 11).

<sup>6</sup>CABANILLAS SANCHEZ, Antonio. *Los deberes de protección del deudor en el derecho civil, en el mercantil y en el laboral*. Madrid: Civitas, 2000. p. 233-234.

Inútil a satisfação do interesse à prestação patrimonial estipulada em um contrato sem a contemporânea salvaguarda dos interesses primários de proteção da vida e dos bens dos contratantes.<sup>7</sup> Algumas circunstâncias podem ser mencionadas em que a discussão se faz relevante: queda em supermercado durante o período de compras em decorrência de chão escorregadio;<sup>8</sup> assédio sexual no interior do vagão de transporte ferroviário;<sup>9</sup> criança afogada em piscina de associação recreativa quando em passeio escolar;<sup>10</sup> danos causados ao locatário em virtude do desabamento de imóvel locado sem condições de habitabilidade.<sup>11</sup>

O preceito *alterum non laedere* não implica um incondicionado e geral dever de atuar na proteção do direito de terceiro exposto a um perigo de lesão,<sup>12</sup> conclusão que se pode chegar a partir da análise das restritas hipóteses de responsabilidade civil extracontratual decorrentes de conduta omissiva.

Logo, ao lado do interesse à prestação contratual, há de se sustentar um interesse à proteção, visando à efetividade da tutela da pessoa e do patrimônio dos contratantes, que são constantes alvos de eventos lesivos quando do contato negocial. Devem ser, pois, protegidos os sujeitos nessa esfera de atuação individual, até porque a vida representa valor

---

<sup>7</sup>DI MAJO, Adolfo. *Delle obbligazioni in generale*, cit., p. 122.

<sup>8</sup>RESP 496528/SP, Recurso Especial 2002/01700/0-7. Rel. Ministro Salvio de Figueiredo Teixeira. Órgão Julgador: Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça. Data do Julgamento: 06/05/2003. Data da Publicação/Fonte: DJ 23/06/2003.

<sup>9</sup>RESP 1662551/SP, Recurso Especial 2017/0063990-2. Rel(a). Ministra Nancy Andrighi. Órgão Julgador: Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça. Data do Julgamento: 15/05/2018. Data da Publicação/Fonte: DJe 25/06/2018.

<sup>10</sup>AREsp 70.417/ES, Agravo em Recurso Especial 2011/0252897-2. Rel. Ministro Luis Felipe Salomão. Órgão Julgador: Superior Tribunal de Justiça. Data do Julgamento: 28/06/2012. Data da Publicação/Fonte: DJ 02/08/2012.

<sup>11</sup>LOCAÇÃO DE IMÓVEL - DESPEJO POR FALTA DE PAGAMENTO C.C. COBRANÇA DE ALUGUÉIS E ENCARGOS – Desabamento do telhado do imóvel comercial locado, que caracteriza falta de condições de habitabilidade do bem – Violação do art. 22 da Lei nº 8.245/91 pelo locador, que não manteve o imóvel em condições de uso – Dever de indenizar por danos morais, ante os transtornos causados à locatária - Reconhecimento do nexo causal entre a culpa e o dano, ensejando fixação de danos morais, dadas as condições retratadas nos autos – Indenização por danos morais aqui arbitrada em R\$ 10.000,00 – Danos materiais consistentes em perdas e danos, englobando os produtos que se encontravam no interior da loja no momento do desabamento e lucros cessantes, relativos ao montante que a locatária deixou de lucrar com o encerramento das atividades comerciais – Ausência de comprovação acerca dos produtos que estariam no interior do estabelecimento comercial, bem como de seus preços – Danos materiais descabidos – Reconvenção parcialmente procedente – Locativos posteriores ao desabamento do telhado do imóvel não devidos, em virtude do desaparecimento do objeto da locação - Recurso principal parcialmente provido e recurso adesivo não provido. Apelação n. 1015416-48.2015.8.26.0007, Rel. Carlos Nunes, Órgão Julgador: 31ª. Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Data do julgamento: 05/07/2018. Data da Publicação: 05/07/2018.

<sup>12</sup>LAMBO, Luigi. *Obblighi di protezione*. Padova: Cedam, 2007. p. 13.

da preservação do próprio ser humano. Não se mostra possível sustentar que a proteção da integridade da pessoa também não ingressa no conteúdo da relação jurídica contratual.<sup>13</sup>

Instituir meios de se manter tais valores indenés, evitando-se o resultado lesivo, é um dos modos de proteção possível (prevenção). Produzida a lesão, é outra a maneira de se trabalhar a questão, na medida em que se analisa o fato precedente ao dano, fruto do acaso, do descaso ou da vontade humana, a fim de se estabelecer a incidência de efeitos jurídicos (indenização).

Para atuar nesses dois mundos – prevenção e indenização – o interesse à proteção, de natureza abstrata, necessita receber veste jurídica própria que lhe imprima concretização. Dever de proteção contratual representa a denominação acolhida no presente trabalho para tal representação; um estudo que tem por propósito a constatação das variadas formas da manifestação jurídica do interesse protetivo contratual no ordenamento pátrio, com a identificação dos contornos do regime normativo aplicável a cada uma delas.

## 1.2 As novas fronteiras da responsabilidade civil e do direito contratual

As instituições jurídicas, que representam formas de objetivação da conduta social no plano normativo,<sup>14</sup> são moldadas sempre a partir da observação dos fenômenos sócio-econômico-culturais do ambiente que as circunda. Não são construções refletidas em campo isolado da Ciência do Direito. Têm por origem um fato que de algum modo implique a pessoa do outro, consubstanciado tanto naquilo que acontece independente da iniciativa humana, como naquilo que intencionalmente é feito.<sup>15</sup>

A situação fática, que adquire referido significado *inter homines*, desencadeia a tomada de alguma posição pelo ordenamento jurídico, segundo os valores acolhidos em determinado contexto social, com a adoção de certa medida, composição ou harmonia.<sup>16</sup>

Ofensas ao indivíduo e ao seu patrimônio são exemplos de situações fáticas que, porquanto causadoras de efeitos negativos a pessoa do outro, despertaram, ao longo da

---

<sup>13</sup>BENATTI, Francesco. Osservazioni in tema di doveri di protezioni. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, p. 1360, 1960.

<sup>14</sup>REALE, Miguel. *Teoria tridimensional do direito*. 5. ed. 9. tir. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 102.

<sup>15</sup>Id. Ibid., p. 95.

<sup>16</sup>Id. Ibid., p. 98.

história, não só a observação, como também relevante valoração pelo ordenamento jurídico.

No que diz respeito ao âmbito da responsabilidade civil, valorados esses interesses lesados como dignos de proteção, posicionou-se o ordenamento jurídico em estabelecer reação às ofensas por meio de medida de repercussão obrigacional, representada pelo dever de indenizar.<sup>17</sup> Em outras palavras, segundo a pragmática da responsabilidade civil, estabelecer aquele que em definitivo deve suportar o dano.<sup>18</sup>

Nesse particular, o fenômeno protetivo pessoal e patrimonial está longe de ostentar ares de novidade, bastando lembrar a tradicional regra romana de dever geral de cuidado, consagrada por Ulpiano no princípio *alterum non laedere (neminem laedere)*,<sup>19</sup> cujo amplo significado compreende o preceito de se abster de violar direito ou interesse de outrem,<sup>20</sup> sem implicar, contudo, em um geral e incondicionado dever de adotar as condutas de proteção dos direitos de terceiros expostos ao perigo, em virtude de fatores causais de origem e desenvolvimento alheios à própria esfera daquela pessoa a quem se imputa a omissão.<sup>21</sup>

E diversos ordenamentos jurídicos, ao longo do último milênio, consagraram a regra geral de proteção no âmbito da responsabilidade civil extracontratual, o que não significa reconhecimento da uniformidade quanto aos pressupostos do dever de indenizar, ou seja, daqueles elementos que o ordenamento jurídico exige para imputar-se a alguém a responsabilidade pelo ressarcimento do dano de outrem.

Como observa Giovanna Visintini, quando faz menção às diferenças entre os sistemas jurídicos de responsabilidade civil, o direito alemão se estrutura em um sistema de tipicidade de atos ilícitos, enquanto o direito francês<sup>22</sup> e o direito italiano<sup>23</sup> são baseados

---

<sup>17</sup>LALOU, Henri. *La responsabilité civile: principes élémentaires et applications pratiques*. Paris: Dalloz, 1928. p. 2.

<sup>18</sup>Conceito de Louis Josserand, adotado por Aguiar Dias, que não faz separação, para efeito de responsabilidade civil, entre a obrigação de indenizar fundada na culpa (imputabilidade e capacidade) e a obrigação de reparar o dano, por dever de assistência, solidariedade, garantia, etc. (DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 12. ed. rev. atual. de acordo com o Código Civil de 2002, e aumentada por Rui Berford Dias. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. p. 15-16).

<sup>19</sup>TALAMANCA, Mario. *Istituzioni di diritto romano*. Milano: Giuffrè, 1990. p. 17.

<sup>20</sup>ALPA, Guido. *I principi generali*. 2. ed. Milano: Giuffrè, 2006. p. 476.

<sup>21</sup>Id. *Ibid.*, p. 481.

<sup>22</sup>Art. 1240: *Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer.*

<sup>23</sup>Art. 2043 *Risarcimento per fatto illecito - Qualunque fatto doloso o colposo, che cagiona ad altri un danno ingiusto, obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno.*

em uma cláusula geral de responsabilidade civil,<sup>24e25</sup> porém, com redações distintas. Essas diferenças evidenciam que as peculiaridades de cada normatização podem alterar os pressupostos do dever de indenizar em cada país, conforme a solução legislativa adotada.<sup>26</sup>

Não obstante, certo é que cada ordenamento jurídico sempre agiu em seu momento histórico para o alcance da estabilidade social,<sup>27</sup> estruturando os institutos jurídicos de modo a permitir a realizabilidade dos valores eleitos para proteção, dentre os quais se destacam a pessoa e o patrimônio, a fim de garantir um horizonte marcado pela ordem e certeza.

E, durante muito tempo o fenômeno protetivo relacionado à vida, ao patrimônio e à integridade física e psíquica do ser humano observou quase que exclusivamente a reparação por meio de uma responsabilidade civil extracontratual institucionalizada sob a égide da culpa,<sup>28</sup> a qual, em regra, sempre exigiu da vítima grandes esforços quanto à prova da presença de todos os elementos do dever de indenizar.

---

<sup>24</sup>Geneviève Viney enfatiza que a *'clausula generalis'* representa claramente o oposto da qualidade casuística da legislação inglesa de responsabilidade civil extracontratual e foi rejeitada um século depois pelos redatores do Código Civil alemão (BGB) porque lhe parecia representar uma extensão excessiva da responsabilidade civil. Isso tornou a legislação francesa francamente favorável às reivindicações das vítimas. Ao rejeitar, por sua simplicidade, todas as distinções e restrições de outras tradições jurídicas desenvolveram por meio de sua análise sofisticada de situações factuais (como no Reino Unido) ou por meio do reconhecimento de uma hierarquia de interesses a serem protegidos (como na Alemanha), ela fez com que os juízes atribuíssem à responsabilidade civil um amplo escopo. (VINEY, Geneviève. *Responsabilidade civil por ato ilícito: introdução ao direito francês*. Coordenação: George A. Bermann e Etienne Picard. Tradução: Teresa Dias Carneiro. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 279).

<sup>25</sup>O conceito de cláusula geral designa uma técnica de conformação da *fattispecie* legal oposta ao método casuístico. A norma geral é completa, constituída de uma *fattispecie* e de um comando, mas a *fattispecie* não descreve um caso singular ou um grupo de casos, mas uma generalidade de casos genericamente definidos mediante uma categoria. A concretização da norma decorre do reenvio do fato ao modelo de comportamento e à regra de valoração objetivamente vigente no ambiente social em que se opera. (MENGONI, Luigi. Spunti per una teoria delle clausole generali. In: BUSNELLI, F. D. (a cura di). *Il principio di buona fede*. Milano: Giuffrè, 1987. p. 9. (Collana: quaderni della scuola superiore di studi universitari e di perfezionamento scienze giuridiche, economiche e politiche; 3).

<sup>26</sup>VISINTINI, Giovanna. *Tratado de la responsabilidade civil*. Traducción de Aída Kemelmajer de Carlucci. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1999.v. 2, p. 4-5.

<sup>27</sup>REALE, Miguel. *Teoria tridimensional do direito*, cit., p. 99.

<sup>28</sup>No que diz respeito ao ordenamento brasileiro, sustenta Claudio Luiz Bueno de Godoy a adoção do sistema de cláusulas gerais, com destaque para aquela do artigo 927, caput, do Código Civil, no que diz respeito à cláusula geral da responsabilidade civil subjetiva, quando remete ao conceito de ato ilícito definido no artigo 186 do Código Civil (antigo artigo 159 CC/1916) (GODOY, Cláudio Luiz Bueno. *Código Civil comentado*. Coordenador Cezar Peluso. 8. ed. rev. e atual. Barueri-SP: Manole, 2014. p. 969), e aquela do parágrafo único, do mesmo artigo 927 do Código Civil, que consagra *uma cláusula geral de responsabilidade civil sem culpa, pelo risco da atividade, afora as demais hipóteses normativas referentes a situações particulares de responsabilidade objetiva* (GODOY, Cláudio Luiz Bueno. *Responsabilidade civil pelo risco da atividade*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 40). Sérgio Cavalieri Filho menciona, além daquela prevista no parágrafo único do artigo 927 do Código Civil, a existência de outras duas cláusulas gerais de responsabilidade civil objetiva no Código Civil, que podem ser citadas: 1) aquela do ato ilícito do artigo 187 do Código Civil (adotada a tese objetiva do conceito de abuso do direito), regra que se conjuga com o *caput* do artigo 927 do Código Civil, e; 2) a do artigo 931 do Código Civil. (CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 11. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2014. p. 7-8).

Em um panorama de responsabilidade subjetiva, o primeiro desafio da vítima consiste na prova do elemento culpa, a qual *engloba o dolo (intencionalidade) e a culpa em sentido estrito (negligência, imprudência ou imperícia)*.<sup>29</sup>

Na lição de René Savatier, a culpa consiste na violação de um dever que o agente podia conhecer e observar, cujos pressupostos são um dever violado (elemento objetivo) e a culpabilidade ou imputabilidade do agente (elemento subjetivo).<sup>30e31</sup> Considera-se, assim, uma pessoa culpada quando poderia e deveria ter agido em conformidade com a prescrição legal.<sup>32</sup> No sentido técnico, a culpa, como elemento do ato ilícito, não se confunde com a violação do direito, nem com o dano<sup>33</sup>. O fato violador do direito, por exemplo, pode vir ou não acompanhado de culpa, como se constata na responsabilidade objetiva, ocorrendo semelhante situação com o dano. A culpa representa o elemento subjetivo do ato ilícito. Alvinio Lima, contudo, entende que essa definição de René Savatier, baseada na reunião de dois elementos, ultrapassa os limites da técnica, razão pela qual propõe a compreensão da culpa como *um erro de conduta, moralmente imputável ao agente e que não seria cometido por uma pessoa avisada, em iguais circunstâncias de fato*.<sup>34</sup>

Em um cenário de responsabilidade civil fundada na culpa, também se exige da vítima a demonstração da antijuridicidade do comportamento do agente, que implica em um julgamento de valor da conduta<sup>35</sup> e aponta para a contrariedade à norma, tendo noção mais ampla que a de ilicitude<sup>36</sup>. É o elemento objetivo que representa a violação de um dever jurídico geral de cuidado, violação que caracteriza o ato ilícito, gerando como efeito interno do negócio ou ato jurídico, a sua nulidade e, como efeito externo, o dever de indenizar.<sup>37</sup> O ilícito<sup>38</sup> pode ser contratual e extracontratual, conforme a regra infringida esteja no contrato ou na lei. Ensina Francisco Amaral que, no primeiro caso (ilícito contratual), existe descumprimento ou cumprimento defeituoso de obrigação, violando

---

<sup>29</sup>DUARTE, Nestor. *Código Civil comentado*. Coordenador Cezar Peluso. 8. ed. rev. e atual. Barueri-SP: Manole, 2014. p. 116.

<sup>30</sup>SAVATIER, René. *Traité de la responsabilité civile en droit français: civil, administratif, professionnel, procedural: les sources de la responsabilité civile*. 10. éd. Paris: LGDJ, 2016. t. 1, p. 5.

<sup>31</sup>Para aprofundamento do tema, remete-se à obra de Alvinio Lima, que já advertia quanto à existência de inúmeras definições de culpa. (LIMA, Alvinio. *Culpa e risco*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1960. p. 48 e 76).

<sup>32</sup>NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 388.

<sup>33</sup>LIMA, Alvinio. *Culpa e risco*, cit., p. 60.

<sup>34</sup>Id. *Ibid.*, p. 76.

<sup>35</sup>CARBONNIER, Jean. *Droit civil*. 1<sup>er</sup> éd. “Quadrige”. Paris: Quadrige; PUF, 2004. v. 2, p. 2310.

<sup>36</sup>NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*, cit., p. 388.

<sup>37</sup>AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Código Civil comentado*. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 2, p. 351.

<sup>38</sup>A respeito da ação ou omissão ilícita do agente, não se pode esquecer das hipóteses de excludentes de antijuridicidade previstas no artigo 188 do Código Civil, como a legítima defesa e o estado de necessidade, que justificam o ato e o tornam lícito. (AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 8. ed. rev. modif. e aumen. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p. 582).

direito subjetivo relativo, enquanto, no segundo (ilícito extracontratual), observa-se descumprimento de um dever geral de abstenção, violando direitos subjetivos absolutos, como os direitos da personalidade e os reais.<sup>39e40</sup>

Sem o elemento dano também não há se falar em indenização decorrente da responsabilidade civil subjetiva. Como ensina Mário Julio de Almeida Costa: “Está subjacente à responsabilidade civil a ideia de reparação patrimonial de um dano privado, pois o dever jurídico infringido foi estabelecido diretamente no interesse da pessoa lesada. O que verdadeiramente importa nas sanções civis é a restituição dos interesses lesados.”<sup>41</sup> Paulo de Tarso Vieira Sanseverino lembra o conceito clássico formulado por Hans Fischer, que concebia o dano como todo o prejuízo que o sujeito de direito sofra pela violação dos seus bens jurídicos,<sup>42</sup> compreendendo prejuízo enquanto sinônimo de diminuição patrimonial. Esse critério, contudo, tornou-se insuficiente para explicar a complexidade do fenômeno jurídico, mormente em virtude da questão do dano moral. Reconhecendo não haver distinção entre o objeto do dano e aquele geral da tutela jurídica, representado pelo “interesse humano”, Adriano De Cupis, a fim de se adequar às exigências das transformações do instituto, propôs diverso conceito, compreendendo o dano como qualquer lesão de uma situação favorável a uma pessoa, que afete interesse juridicamente tutelado.<sup>43</sup>

Por fim, não se dispensa a vítima de comprovar o nexo de causalidade, consistente no liame existente entre o evento lesivo e o dano, observando-se as leis naturais no sentido do desdobramento causal e regras jurídicas quanto ao seu alcance maior ou menor conforme a finalidade objetivada pelo legislador, pressuposto que, em relação ao direito nacional, tem positivado a teoria do dano direto e imediato (artigo 403 do Código Civil), da qual as escolas da *causalidade adequada*,<sup>44</sup> na visão de José Aguiar Dias,<sup>45</sup> e da

---

<sup>39</sup>AMARAL, Francisco. *Direito civil*: introdução, cit., p. 580.

<sup>40</sup>Massimo Bianca, cuidando da disciplina da matéria no ordenamento jurídico italiano, ensina que o dano configura elemento constitutivo do ilícito civil, porque o fato é proibido enquanto lesivo do interesse alheio. O dano pode já ter se verificado ou não, sendo suficiente que o fato seja idôneo para produzi-lo. Antes da ocorrência, possível utilizar os recursos preventivos para inibir o evento danoso. Com a produção do dano surge a obrigação de ressarcimento. Logo, não se pode pensar em ato ilícito sem, ao menos, a potencialidade de um dano. (in BIANCA, Cesare Massimo. *Diritto civile*: la responsabilità. 2. ed. Milano: Giuffrè, 2012. v. 5, p. 585).

<sup>41</sup>ALMEIDA COSTA, Mario Júlio de. *Direito das obrigações*. Coimbra: Almedina, 1994. p. 434-435.

<sup>42</sup>SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da reparação integral*. 1. ed. 2. tir. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 138.

<sup>43</sup>DE CUPIS, Adriano. *Il danno*: teoria generale della responsabilità civile. 2.ed. Milano: Giuffrè, 1966. v. 1, p. 37.

<sup>44</sup>Configura causa do dano somente a condição mais adequada a produzir concretamente o efeito, não podendo se falar que todas as condições que concorrem são equivalentes.

<sup>45</sup>DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*, cit.

*necessariedade da causa*,<sup>46</sup> segundo análise de Agostinho Alvim,<sup>47</sup> disputam a preferência dos doutrinadores.<sup>48e49</sup>

Essa estrutura da responsabilidade civil subjetiva, compreendendo culpa, antijuridicidade, dano e nexos causal, no propósito de proteger a vida, o patrimônio e a integridade física e psíquica da pessoa, mostrou-se suficiente como mecanismo de realização de valores adequados a uma concepção normativa individualista, pois fundada no binômio autodeterminação e autorresponsabilização, afigurando-se relevantes para fundamentar a indenização a conduta do lesante e o correlato juízo de censurabilidade.

Um esquema de imputação de danos assente em comportamentos humanos e no princípio da culpa, cujo vínculo se apresentava indiferenciado, alcançando indistinta e igualmente todos os membros da comunidade, cujas obrigações eram condicionadas no seu aparecimento por atos humanos controláveis pela vontade.<sup>50</sup>

Ocorre que a ordem normativa da responsabilidade civil delitual, assim estabelecida, assegurava a proteção jurídica contra intromissões danosas externas somente num círculo mínimo de interesses,<sup>51</sup> em decorrência das naturais restrições causais impostas pelo elemento culpa como critério de imputação, cuja prova nem sempre era conclusiva para revelar o autor do ilícito.

À sombra da responsabilidade subjetiva, *alargou-se a zona das omissões juridicamente relevantes, através da generalização, a partir de certas previsões legais específicas, dos deveres de prevenção do perigo, ou seja, pela consagração jurisprudencial de uma extensa variedade de deveres de organização, segurança,*

---

<sup>46</sup>De acordo com essa teoria, rompe-se o nexos causal não só quando o credor ou terceiro é autor da causa próxima do novo dano mas, ainda, quando a causa próxima é fato natural.

<sup>47</sup>O atual artigo 403 do Código Civil não alterou nesse aspecto o critério de nexos causal do anterior artigo 1.060 do Código Civil de 1916 analisado por Agostinho Alvim. (*Da inexecução das obrigações e suas consequências*. São Paulo: Saraiva, 1949. p. 313).

<sup>48</sup>Nesse sentido, Sérgio Cavalieri Filho (*in Programa de reponsabilidade civil*, cit.) e Marco Fábio Morsello (O nexos causal e suas distintas teorias: apreciações críticas. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*, São Paulo, v. 10, n. 19, p. 211-220, jan./jun. 2007).

<sup>49</sup>Para melhor análise das diversas teorias a respeito do tema remete-se o leitor aos trabalhos de Agostinho Alvim. (*Da inexecução das obrigações e suas consequências*, cit.), Marco Fábio Morsello (O nexos causal e suas distintas teorias: apreciações críticas, cit., p. 211-220) e Marcello Benacchio (Algumas considerações acerca da relação de causalidade na responsabilidade civil. In: GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello; BENACCHIO, Marcelo (Coords.). *Responsabilidade civil*. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, 2015).

<sup>50</sup>FRADA, Manuel António de Castro Portugal Carneiro da. *Contrato e deveres de protecção*. Coimbra: GC – Gráfica Coimbra, 1994. p. 17.

<sup>51</sup>Id. *Ibid.*, p. 14.



*vigilância, instrução e outras condutas destinadas a controlar o potencial de risco de uma fonte de perigo.*<sup>52</sup>

A mutabilidade,<sup>53</sup> que sempre se manifestou inerente à vida, se em certo plano ensejou a estagnação e superação de certas soluções jurídicas, em outro, desencadeou a transformação dos valores sociais e o surgimento de novas situações fáticas,<sup>54</sup> ou seja, um dinamismo para a proposição de novas medidas.

Novas situações fáticas surgiram a partir da sociedade industrial, cujo acelerado avanço tecnológico criou uma série de facilidades para o cotidiano, mas também trouxe uma gama indeterminada de riscos. Uma nova e atual realidade produtora de danos.<sup>55</sup>

Antes as catástrofes naturais eram a causa do pavor dos indivíduos, as quais, de certo modo, eram controladas ou, ao menos, evitadas por meio da distância às áreas de risco. Surgem, contudo, os novos riscos causados pelas ondas eletromagnéticas dos mais variados equipamentos, pelos alimentos contaminados, pela poluição dos ares e mares, pela subtração de dados informatizados, pela impossibilidade de controle do regular funcionamento das máquinas, etc. São perigos de alcance incerto e, ao contrário das catástrofes naturais, estão disseminados por todos os lugares e nas principais atividades contemporâneas do ser humano, cujas ameaças não podem ser atribuídas a Deus ou à natureza, mas à própria modernização e ao progresso.<sup>56</sup>

A única certeza da sociedade do risco, como afirma Teresa Ancona Lopez, é a incerteza, pois os riscos não podem ser mensurados,<sup>57</sup> até em função das flagrantes incertezas científicas, afinal, dúvidas ainda existem se ondas eletromagnéticas, alimentos transgênicos, conservantes alimentícios, dentre outros, causam ou não graves doenças.

---

<sup>52</sup>FRADA, Manuel António de Castro Portugal Carneiro da. *Contrato e deveres de proteção*, cit., p. 19.

<sup>53</sup>Segundo narrativa de Miguel Reale, *a tão falada 'revolta dos fatos contra os Códigos', que teria assinalado o fim da era individualista, nas primeiras décadas de nosso século, não é senão um exemplo de acentuação típica de um fenômeno constante na vida do Direito*. (REALE, Miguel. *Teoria tridimensional do direito*, cit., p. 99).

<sup>54</sup>Conforme afirmado acima, os valores sociais e as situações fáticas são fatores relevantes para a formação das instituições jurídicas, razão pela qual a modificação de um ou de ambos podem ter o efeito de alterar as instituições jurídicas.

<sup>55</sup>LOPEZ, Teresa Ancona. Responsabilidade civil na sociedade de risco. In: LOPEZ, Teresa Ancona; LEMOS, Patrícia Faga Iglesias; RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz. (Coords.). *Sociedade de risco e direito privado*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 3.

<sup>56</sup>Id. *Ibid.*, p. 5.

<sup>57</sup>Risco, na definição de Teresa Ancona Lopez, é o perigo eventual mais ou menos previsível, diferentemente da álea (imprevisível) e do perigo (real). O risco é abstrato e a ele se aplica o princípio da precaução. (*in Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil*. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2010. p. 25).

Os esforços para adaptação à realidade se revelaram mais difíceis diante dos dados tecnológicos, econômicos e sociais que não cessaram de evoluir a um ritmo acelerado, com tipos diversos de acidentes. Após as ferrovias, o automóvel e o avião entraram na vida cotidiana. A utilização industrial de substâncias perigosas, a fabricação e distribuição comercial de aparelhos e produtos suscetíveis de explosão, inflamáveis, intoxicar as pessoas e a atmosfera, as perturbações provocadas à vida cotidiana dos habitantes de certas localidades pela instalação de empresas poluentes ou de aeroportos barulhentos, a invasão da natureza por detritos sem decomposição, derrames de petróleo no mar perto das costas, lançaram um desafio constante para os juristas dispostos a resolver satisfatoriamente o problema da indenização dos danos.<sup>58</sup>

O esquematismo da concepção liberal não resistiu a essas profundas modificações econômicas e sociais ocorridas no espaço de mais de um século e as primeiras solicitações foram observadas no direito da responsabilidade civil, ante a presença de *danos não mais ocasionados por ações controláveis pela vontade ou em relações aos quais, por força da divisão e especialização da ação na vida social, se deixou de poder encontrar sempre um agente a quem se pudesse assacar todo o domínio da situação e a consequente responsabilidade pelo efeito danoso.*<sup>59</sup>

Registra-se, no final do século XIX, julgamento da Corte de Cassação francesa, relativo ao caso *Affaire Teffaine*, datado de 16 de junho de 1896, em que, ao discutir o dever de indenizar do proprietário de um rebocador pela morte de um mecânico decorrente da explosão de uma caldeira, decidiu-se por reconhecer a responsabilidade civil do proprietário independentemente de ser provado o defeito de construção da caldeira ou a culpa do fabricante da máquina,<sup>60</sup> com um novo fundamento do dever de indenizar: o risco.<sup>61</sup>

---

<sup>58</sup>VINEY, Geneviève. *Introduction à la responsabilité*. 3. éd. Paris: LGDJ, 2008. p. 27. (Sous-collection: *Traité de droit civil - sous la direction de J. Ghestin*).

<sup>59</sup>FRADA, Manuel António de Castro Portugal Carneiro da. *Contrato e deveres de proteção*, cit., p. 18.

<sup>60</sup>SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Cláusula geral de risco e a jurisprudência dos tribunais superiores*. Brasília-DF: STF, 2014. p. 347-370.

<sup>61</sup>Na doutrina francesa, em 1897, Raymond Saleilles publica as obras: *Les Accidents de Travail et la Responsabilité Civile* e *Essai d'une Théorie Générale de l'Obligation d'après le Projet du Code Allemand*, em que pugna pela substituição da ideia de culpa pela de causalidade objetiva, através de uma nova interpretação da palavra *faute* contida no art. 1382 do Código Civil francês. Jossierand, por meio da obra *De la responsabilité du fait des choses inanimées*, concentra a sua atenção em torno da responsabilidade civil por fato de coisas inanimadas a partir da interpretação conferida pela jurisprudência francesa à regra do artigo 1384, I, do Código Civil francês, estabelecendo que a presunção legal de culpa seria absoluta e cederia apenas diante da força maior e da culpa da vítima. (SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Cláusula geral de risco e a jurisprudência dos tribunais superiores*, cit., p. 347-370).

Observa-se, assim, a origem da institucionalização da responsabilidade objetiva fundada no risco como instrumento de complementação da ordem de proteção dos bens e direitos contra intromissões externas, a fim de suplantar a insuficiência dos tradicionais mecanismos de reparação dos danos fundados na imputação pela culpa,<sup>62</sup> a fim de tutelar a vítima também em face de certos danos anônimos, em que os riscos não devem ser por ela suportados.

Preceitua-se, a partir da doutrina de Josserand, que *quem cria um risco deve, se esse risco vem a verificar-se à custa de outrem, suportar as consequências, abstração feita de qualquer falta cometida.*<sup>63</sup> Essa, pois, é a síntese do novo preceito de responsabilidade civil, de natureza objetiva e fundada no critério risco.

Com critério diverso, contudo, daquela antiga noção de risco utilizado pelo Direito Civil para resolver situações em que ocorre a destruição ou deterioração de um determinado bem por caso fortuito ou força maior, sem identificação do comportamento culposo de outrem, conforme consagrado nas regras *res perit domino* e *res perit creditori*.

Na responsabilidade pelo risco, ensina Paulo de Tarso Sanseverino, há uma socialização dessa noção, estabelecendo-se que o dano será suportado por pessoa diversa da que resultaria da aplicação das regras acima mencionadas. Em vez de se atribuir as consequências do fato danoso à vítima, que não conseguiu apontar a ocorrência de culpa, imputa-se a responsabilidade ao titular do empreendimento que desencadeou a ocorrência do evento.<sup>64</sup>

O sistema antes construído a partir do indivíduo observa alteração de valores, voltando sua direção ao conceito de pessoa, a qual *tem na comunidade uma de suas dimensões constitutivas.*<sup>65</sup> Ser pessoa, pois, implica que o sujeito não se encerra em si mesmo, mas se abre ao seu semelhante, num diálogo intersubjetivo com os diversos membros da comunidade, vista como condição ontológica de desenvolvimento da integral personalidade.<sup>66</sup>

---

<sup>62</sup>FRADA, Manuel António de Castro Portugal Carneiro da. *Contrato e deveres de proteção*, cit., p. 19.

<sup>63</sup>JOSSERAND, Louis. *Evolução da responsabilidade civil*. Tradução de Raul Lima. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, n. 86, p. 548-559, jun. 1941.

<sup>64</sup>SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Cláusula geral de risco e a jurisprudência dos tribunais superiores*, cit., p. 347-370.

<sup>65</sup>BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira Neves Miranda. *Liberdade vs. responsabilidade: a precaução como fundamento da imputação delitual?* Coimbra: Almedina, 2006. p. 182.

<sup>66</sup>Id. *Ibid.*, p. 182.

Debela-se o individualismo ínsito da natureza humana e, a fim de se manter a própria coesão social e elevar-se o nível de convivência, a solidariedade não somente é reconhecida, mas também imposta como valor e como princípio, o que significa tornar obrigatórios os atos ou os comportamentos solidários. A construção, portanto, de uma autonomia social, em que se impõe, ao mesmo tempo, um limite à ação individual e a obrigação de trabalhar para a criação de relações sociais mais justas e condições melhores de vida humana.<sup>67</sup>

À luz dessas considerações, acrescenta-se à responsabilidade civil objetiva também a função de redistribuir um dano fortuito, que, segundo critérios variados de convivência social ou eficiência econômica, não era adequado ser suportado pela vítima.<sup>68</sup>

Torna-se patente a insuficiência teórica da concepção da pessoa humana insular, fundada no homem como razão e vontade, que leva ao entendimento da dignidade humana apenas como autonomia individual, ou autodeterminação. Supera-se essa primeira concepção e, como ensina Antônio Junqueira de Azevedo, a dignidade da pessoa humana passa a ser princípio jurídico que pressupõe *o imperativo categórico da intangibilidade da vida humana. (...). Em seguida, numa ordem lógica, e como consequência do respeito à vida, a dignidade dá base jurídica à exigência do respeito à integridade física e psíquica (condições naturais) e aos meios mínimos para o exercício da vida (condições materiais). Finalmente, a mesma dignidade prescreve, agora como consequência da especificidade do homem, isto é, de ser apto ao diálogo com o próximo e aberto ao amor, o respeito aos pressupostos mínimos de liberdade e convivência igualitária (condições culturais).*<sup>69</sup>

O ordenamento jurídico, pois, desenvolveu-se no escopo de intensificar o fenômeno protetivo da vida e seus aspectos primordiais e como ponto fundamental do respeito à integridade física e psíquica exsurge a obrigação de proteção.<sup>70</sup>

Outrossim, como aponta Marco Fábio Morsello, por um lado, destacou-se, tendo em vista o temor legítimo das sanções pecuniárias impostas, a denominada função preventiva da responsabilidade civil, com influência do denominado princípio da precaução (*Vorsorgeprinzip*), de inspiração germânica, no âmbito do Direito Comunitário da União Europeia; enquanto, de outro, *o fenômeno do maquinismo e criação de grandes*

---

<sup>67</sup>ALPA, Guido. *I principi generali*, cit., p. 402-403.

<sup>68</sup>FRADA, Manuel António de Castro Portugal Carneiro da. *Contrato e deveres de proteção*, cit., p. 19.

<sup>69</sup>JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antônio. Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana. *RTDC: revista trimestral de direito civil*, Rio de Janeiro, v. 2, n. 9, p. 3-24, jan./mar. 2002.

<sup>70</sup>Id. *Ibid.*, p. 3-24.

*grupos empresariais impôs, diante da insuficiência de critérios escudados na responsabilidade individual, a organização do corpo social, com evolução da teoria do risco e, posteriormente, do denominado seguro de responsabilidade civil e escopo da denominada socialização dos riscos.*<sup>71e72</sup>

E estático também não permaneceu o instituto contratual, diante das transformações sociais.

A concepção de contrato tradicional também restou superada. O contrato que se resumia àquela relação principal que caracterizava o próprio tipo contratual passa a ampliar seu conteúdo trazendo para sua esfera situações antes de natureza delitual, observando-se que certos riscos somente existem em virtude do contato negocial.

A relação jurídica contratual era constituída em torno de uma prestação primária, que definia sua configuração típica e por meio da qual se pretendia alcançar o fim determinante da constituição do vínculo obrigacional. Ao lado dela, acresciam-se somente outros deveres de prestação dotados de uma relação de acessoriedade ou complementação à referida prestação principal.

Contudo, conforme desenvolvido pela doutrina alemã, passam a concorrer outra série de deveres essenciais que não estão voltados, pura e simplesmente, para o cumprimento do dever de prestar, antes visam a salvaguarda de outros interesses que devem, razoavelmente, ser levados em conta pelas partes no decurso da sua relação. São os deveres anexos ou laterais. Expressam, de um modo geral, a necessidade de tomar em consideração os interesses justificados da contraparte e de adotar o comportamento que se espera de um parceiro negocial honesto e leal e costuma fundamentar-se no princípio da boa-fé. São susceptíveis de comparecer em qualquer relação obrigacional.<sup>73</sup>

---

<sup>71</sup>MORSELLO, Marco Fábio. A responsabilidade civil e a socialização dos riscos: o sistema neozelandês e a experiência escandinava. *Revista da Escola Paulista da Magistratura*, São Paulo, v. 7, n. 2, p. 13-22, jul./dez. 2006.

<sup>72</sup>Em relação à socialização dos riscos, vale a pena transcrever trecho do estudo realizado por Marco Fábio Morsello a respeito do tema: *Observa-se, na perspectiva histórica, que a criação do denominado Estado de Bem-Estar Social culminou, em algumas nações desenvolvidas, na edição de diplomas legais caracterizadores da denominada socialização dos riscos, apontada por muitos como a solução natural e exclusiva das problemáticas engendradas pela responsabilidade civil. (...) referida conduta deu azo a problemáticas que, justamente, mitigaram sobremaneira a denominada função de prevenção ínsita à responsabilidade civil, em seu arquétipo contemporâneo. A iniciativa mais ousada, nesta seara, proveio da Nova Zelândia (...) com a edição do Accident Compensation Act, que entrou em vigor, em 1º de abril de 1974.* (in Id. *Ibid.*, p. 13-22).

<sup>73</sup>FRADA, Manuel António de Castro Portugal Carneiro da. *Contrato e deveres de proteção*, cit., p. 39.

Além disso, a maior parte dos negócios de consumo sofreram a necessidade de normalização e adotaram progressiva formas estandardizadas que fizeram recuar a autonomia do consumidor final para as fronteiras da pura possibilidade de aceitar ou recusar a celebração nesses termos. Observa-se, então, uma mudança de postura legislativa, com a imposição frequente de modelos de justiça em nome de um equilíbrio desejável de prestações ou da defesa da parte socialmente mais fraca, com a admissão de um crescente controle judicial do conteúdo dos contratos.<sup>74</sup>

Ante as alterações sociais, o binômio autodeterminação e autorresponsabilização, que caracterizava o instituto jurídico necessitou ser relativizado, de modo que sequer mais se cogita a respeito do termo autonomia da vontade.

A valoração social do contrato ganhou significado, ideia amadurecida, principalmente, a partir do *arquétipo estrutural existencial, naturalmente consentâneo com a subsistência da pessoa humana*,<sup>75</sup> perceptível em grande parte das operações de troca de bens ou serviços. Não se nega o valor da autonomia negocial como fonte motriz do estabelecimento das relações contratuais, mas ganha *o contrato também uma dimensão social, que vai além da esfera jurídica das partes contratantes e, mais, que resulta de fontes que, a rigor, não se circunscrevem ao quanto declarado no ajuste*.<sup>76</sup>

Reclama-se, desse modo, um tratamento específico ao contrato, diferente daquele antes dedicado somente quando considerado existente a obrigação principal do contrato e seu inadimplemento, tendo em vista a importância dos valores em discussão.

Presentes certos pressupostos que justifiquem a incidência do dever de proteção, situações antes submetidas à figura do acaso - cujas consequências eram suportadas exclusivamente pelo lesado, considerado a infeliz vítima do “destino” - passam a ser reconhecidas no âmbito do risco do outro contratante, como se fruto do descaso dele fosse. Altera-se, pois, a imputação do risco, por meio de um nivelamento por cima (*levelling up*), através do qual o bom tratamento dispensado à minoria privilegiada é

---

<sup>74</sup>FRADA, Manuel António de Castro Portugal Carneiro da. *Contrato e deveres de proteção*, cit., p. 20-21.

<sup>75</sup>MORSELLO, Marco Fábio. Contratos existenciais e de lucro: análise sob a ótica dos princípios contratuais contemporâneos. In: LOTUFO, Renan et al. (Coords.). *Temas relevantes do direito civil contemporâneo*. Atlas: São Paulo, 2012. p. 297.

<sup>76</sup>GODOY, Cláudio Luiz Bueno. *Função social do contrato: os novos princípios contratuais*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 4.

paulatinamente estendido às demais pessoas, a fim de se maximizar a proteção da vida e da integridade física.<sup>77</sup>

São essas novas fronteiras no campo da responsabilidade civil e no direito dos contratos, alargadas pelos caminhos do princípio da prevenção, da teoria do risco, da objetivação da responsabilidade, da complexidade da estrutura obrigacional e dos deveres anexos, que criaram o substrato jurídico favorável para o desenvolvimento da figura do dever de proteção contratual.

### **1.3 Nascimento e desenvolvimento do interesse de proteção contratual no âmbito das novas fronteiras da responsabilidade civil e do direito contratual**

#### **1.3.1 A evolução doutrinária no direito alemão**

O dever de proteção tem origem alemã, relacionada ao desenvolvimento da relação obrigacional complexa, com destaque ao trabalho dos juristas Hermann Staub, Hugo Kress e Heinrich Stoll, no início do Século XX.<sup>78</sup>

Aponta-se, como antecedente importante, quanto ao aspecto substancial do fenômeno jurídico, a categoria dogmática elaborada por Rudolf von Jhering (*Culpa in contrahendo oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen*, 1861), em que se reconhece um exemplo claro e preciso de dever de proteção contratual, na hipótese de lesão decorrente da violação da confiança depositada no comportamento da outra parte na fase de tratativas.<sup>79</sup>

Outro antecedente fundamental para a teoria do dever de proteção encontra-se no caso do linóleo, um julgado do Tribunal do Império alemão (RG), datado de 7 de dezembro de 1911,<sup>80</sup> em que se responsabilizou o dono de um armazém pelas lesões causadas em uma cliente e seu filho, em virtude da queda de dois rolos de linóleo sobre

<sup>77</sup>SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia*. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 41.

<sup>78</sup>COMUZZO, Michela. *Gli Obblighi de protezioni*. 2012. Tesi (Dottorato in Diritto ed Economia dei Sistemi Produttivi, dei Trasporti e della Logistica) - Università degli Studi di Udine, 2012. p. 20. CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Tratado de direito civil português: direito das obrigações: introdução, sistemas e direito europeu das obrigações, dogmática geral*. Coimbra: Almedina, 2009. v. 2, t. 1, p. 469.

<sup>79</sup>LAMBO, Luigi. *Obblighi di protezione*, cit., p. 42.

<sup>80</sup>RGZ 78, 239.

eles, durante a fase das tratativas contratuais. Entendeu-se, sob o fundamento do parágrafo 278 do BGB em lugar do parágrafo 831 do BGB, que existiria uma relação jurídica preparatória (*vorbereitendes Rechtsverhältnis*) da compra similar à contratual (*mit vertragsähnlichem Charakter*), criadora de um dever de cuidado (*Sorgfaltspflicht*) relativo a saúde e a propriedade da outra parte.<sup>81</sup>

A partir de precedentes de responsabilidade pré-contratual, o trabalho de Hermann Staub concentrou-se no desenvolvimento da teoria da violação positiva do contrato,<sup>82</sup> segundo a qual aquele que viola culposamente um vínculo obrigatório por meio de comportamento positivo, do qual deveria se omitir, ou se executa a prestação devida de modo inexato, deve ressarcir a outra parte os danos provocados.

Assim, observou-se a necessidade de se estabelecer consequências jurídicas para aquelas violações distintas do simples atraso (mora) ou inadimplemento absoluto da prestação principal (impossibilidade), as duas modalidades clássicas a que se reconduziram inicialmente as perturbações do programa contratual.<sup>83</sup>

Em 1902, Staub apontava diversos exemplos cuja adequada solução fugia à linearidade da impossibilidade ou da mora e a estabelecer, para essa lacuna então existente no BGB, a doutrina da violação positiva do contrato. Com ela pretendia-se o estabelecimento de um regime adequado àquelas hipóteses em que o desrespeito pela norma contratual era produzido por um comportamento positivo, gerando danos. Conferiria ao credor, por analogia à mora, a faculdade de postular indenização do dano provocado por cada violação, mantendo-se o contrato; a indenização geral pelo incumprimento do contrato, recusando qualquer outro ato de execução deste; e a sua resolução.<sup>84</sup>

Posteriormente, Hugo Kress iniciou o desenvolvimento da doutrina moderna dos deveres acessórios, numa exposição geral de obrigações datada de 1929 (*Lehrbuch des Allgemeinen Schuldrechts*), em que explicitou a ilicitude de atuações danosas provenientes da violação de deveres de conduta e proteção, não relacionados à prestação principal. Acrescentou-se ao ordenamento a ideia de deveres laterais que cominam às partes o não

---

<sup>81</sup>CABANILLAS SANCHEZ, Antonio. *Los deberes de protección del deudor en el derecho civil, en el mercantil y en el laboral*, cit., p. 25-26.

<sup>82</sup>A questão da violação positiva do contrato foi desenvolvida na Alemanha antes da reforma do BGB, que entrou em vigor em 1.º de janeiro de 2002, na qual houve a modernização do direito das obrigações (*Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts*), positivando um conceito amplo de inadimplemento, de modo a esvaziar a aplicação da teoria.

<sup>83</sup>GUELLA, Elena. Il carattere autonomo degli obblighi di protezione nei sistemi italiano e tedesco. *Deutsch-Italienische Studien – Studi Italo-Tedeschi*, Bremen, v. 8, p. 13, Mai 2016.

<sup>84</sup>FRADA, Manuel António de Castro Portugal Carneiro da. *Contrato e deveres de proteção*, cit., p. 29-30.



atingir os direitos, os bens jurídicos e os interesses patrimoniais do parceiro, caracterizando a lesão hipótese de violação positiva do contrato.<sup>85</sup>

O passo seguinte foi dado por Heinrich Stoll, com as obras *Abschied von der Lehre von der positiven Vertragsverletzungen* de 1932 e *Die Lehre von den Leistungsstörungen* de 1936, nas quais o autor alemão criticou a falta de unidade intrínseca da figura da violação positiva do contrato<sup>86</sup> e desenvolveu referida teoria para enfrentar a problemática da lesão ao patrimônio quando do cumprimento de um contrato,<sup>87</sup> o que culminou com a ideia de interesse à proteção.

Por influência da formação de Heinrich Stoll, vinculada a teoria da jurisprudência dos interesses (*Interessenjurisprudenz*), o estudo do problema encaminhou-se no sentido de pesquisar quais são as finalidades — os interesses — relacionados às partes da relação jurídica. Além do interesse ao recebimento da prestação (*Leistungsinteresse*), as partes ostentam um interesse diverso, aquele de manter indene a própria pessoa e o próprio patrimônio de eventuais lesões que podem suportar no momento do cumprimento da prestação objeto do contrato (*Schutzinteresse*). Em correspondência a tal interesse, revelado pelo jurista no caso concreto, a tarefa do direito é proporcionar um instrumento para sua realização, nesse caso enriquecendo a relação obrigacional com uma nova obrigação além da prestação, que corresponde ao dever de proteção (*Schutzpflicht*).<sup>88</sup>

Segundo Stoll, com o implemento de uma relação contratual, as partes expõem a própria esfera jurídica aos perigos de dano à pessoa ou ao patrimônio que a atividade da outra pode causar. Para tutelar os interesses que podem ser prejudicados pela atividade da outra parte, insere-se o dever de proteção (*Schutzpflicht*) na relação jurídica contratual, sob o fundamento da operatividade da cláusula geral de boa-fé (*Treu und Glauben*), que impõe a ambos os contratantes condutas omissivas e comissivas de proteção dos interesses indiretamente envolvidos no adimplemento e que se vincula ao comportamento objetivado no adimplemento da prestação principal devida pela parte.<sup>89</sup>

---

<sup>85</sup>CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Tratado de direito civil português: direito das obrigações: introdução, sistemas e direito europeu das obrigações, dogmática geral*, cit., v. 2, t. 1, p. 469.

<sup>86</sup>Id. Ibid., p. 469.

<sup>87</sup>GUELLA, Elena. Il carattere autonomo degli obblighi di protezione nei sistemi italiano e tedesco, cit., p. 24-25.

<sup>88</sup>BENATTI, Francesco. Osservazioni in tema di doveri di protezioni, cit., p. 1342-1363. GUELLA, Elena. Il carattere autonomo degli obblighi di protezione nei sistemi italiano e tedesco, cit., p. 26-27.

<sup>89</sup>Id. Ibid., p. 1345. CUCCU, Vanna. *Gli obblighi di protezione (profili in tema di contratto di trasporto)*. 2013. Tesi (Dottorato in Diritto ed Economia dei Sistemi Produttivi) - Università Degli Studi di Sassari, 2013. p. 14.

A obrigação contratual, assim, não se coloca mais como uma relação concernente exclusivamente ao direito da parte ao recebimento da prestação pactuada e ao dever da parte contrária de satisfazer tal pretensão, mas é enriquecida com conteúdo adicional diante dos vários interesses que estão envolvidos. O contrato assume uma estrutura complexa e diferenciada além da relação principal de débito/crédito, na medida em que passa a alcançar a proteção de pessoas e bens, configurando o dever de proteção um dos seus componentes.

Nesse contexto, o dever de proteção desempenha a tutela da esfera pessoal e patrimonial das partes em relação aos riscos específicos a que estão expostas, decorrentes de uma determinada relação jurídica, na qual a obrigação principal, que caracteriza determinado tipo contratual, não engloba expressamente.

Na cláusula geral de boa-fé, ou seja, no âmbito do próprio vínculo obrigacional contratual, encontrou-se fundamento jurídico para justificar a responsabilidade da parte em relação as violações do dever de proteção, o que permitiu evitar as dificuldades decorrentes da adoção do princípio da enumeração (*Enumerationsprinzip*), que, na Alemanha, estabelece tipologia aos danos passíveis de indenização decorrentes da responsabilidade extrajudicial, em que pese a existência de regramento de tutela da vida, integridade física, saúde, liberdade e propriedade.<sup>90</sup>

Assim tratado como um dever anexo e compreendido no âmbito contratual, o dever de proteção foi autonomizado no Direito alemão para permitir suprir às limitações da responsabilidade aquiliana,<sup>91</sup> que radica na estreita responsabilidade por fato de terceiros, por exemplo, a responsabilidade que tem o dono de um negócio pela conduta danosa de seus dependentes. Esta responsabilidade não era precisamente uma responsabilidade estrita (objetiva), por exigir uma culpa *in eligendo* ou *in vigilando* do dono da empresa.<sup>92</sup>

Construído um dever de proteção de tipo obrigacional, além de ser mais fácil a prova e a imputação, a entidade empregadora seria sempre responsável pelos atos do seu

---

<sup>90</sup>GUELLA, Elena. Il carattere autônomo degli obblighi di protezione nei sistemi italiano e tedesco, cit., p. 26.

<sup>91</sup>CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Tratado de direito civil português: direito das obrigações: introdução, sistemas e direito europeu das obrigações, dogmática geral*, cit., v. 2, t. 1, p. 484.

<sup>92</sup>MORALES HERVIAS, Romulo. Los contratos com deberes de protección: a propósito de la vinculación entre el derecho constitucional y el derecho civil. *Revista de Derecho*, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, n. 71, p. 53-71, 2013.

empregado, por via da cláusula 278 do BGB, sem a possibilidade de se exonerar por via da culpa *in eligendo*.<sup>93</sup>

O dever de proteção ganhou ainda mais autonomia em Canaris, quando propôs uma teoria dos deveres unitários de proteção. Desde o início das negociações preliminares, existe um dever específico de proteção, derivado da situação de confiança suscitada e fundado, positivamente, na boa-fé; esse dever subsistiria com essa mesma natureza legal, durante a vigência do contrato, podendo sobreviver-lhe, e estendendo-se, ainda, às hipóteses de nulidade contratual e de proteção de terceiros.

Na visão de Canaris, esse enquadramento da responsabilidade pela confiança enseja a autonomização dos deveres de proteção em relação à responsabilização contratual e à responsabilização aquiliana, constituindo uma terceira via (um *tertium genus*).<sup>94</sup>

A tese de uma terceira via de fundamento de responsabilidade civil, não ficou isenta de críticas. A doutrina menciona que relevantes juristas alemães, dentre eles, Staudinger e Löwisch, observaram que esse dever unitário de proteção seria contestável nas hipóteses de nulidade do contrato, mas tornar-se-ia desnecessária na constância de uma relação obrigacional.<sup>95</sup>

A figura jurídica ganhou certa estabilidade quando do advento da teoria da transformação defendida por Larenz e Blomeyer, segundo a qual as diversas posições ativas que nascem da relação obrigacional *in contrahendo* se transmutam em deveres contratuais, quando da formação do negócio jurídico, ou seja, a relação contratual absorve os deveres de proteção (*in contrahendo*) antes fundados em uma relação obrigacional legal.<sup>96</sup>

No final da década de 1970, a teoria do dever de proteção sofreu dura contraposição na Alemanha, forte no posicionamento de Huber, o qual defendia a desnecessidade da figura, que poderia ser plenamente substituída pela responsabilidade civil fundada nos deveres do tráfego (*Verkehrspflichten*),<sup>97</sup> de natureza extracontratual.

<sup>93</sup>CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Tratado de direito civil português: direito das obrigações: introdução, sistemas e direito europeu das obrigações, dogmática geral*, cit., v. 2, t. 1, p. 484.

<sup>94</sup>CANARIS, Claus-Wilhelm. Norme di protezione, obblighi del traffico, doveri di protezione (parte seconda). *Rivista Critica del Diritto Privato*, anno 1, n. 4, p. 821, dic. 1983.

<sup>95</sup>CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2013. p. 635.

<sup>96</sup>CABANILLAS SANCHEZ, Antonio. *Los deberes de protección del deudor en el derecho civil, en el mercantil y en el laboral*, cit., p. 160.

<sup>97</sup>CASTRONOVO, Carlo. Obblighi di protezione. In: ENCICLOPEDIA Giuridica. Roma: Istituto della Enciclopedia Italiana, 2007. v. 21, p. 7.

Porém, quando da reforma dos direitos das obrigações (*Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts*), com vigência a partir de 1º de janeiro de 2002, houve a positivação do interesse de proteção por meio da cláusula 241, parte 2, do BGB,<sup>98</sup> o que encerrou a controvérsia e estabeleceu um dever legal específico.<sup>99</sup>

Nesse contexto, esclarece Reinhard Zimmermann, tratou-se de incorporar no texto do BGB numerosas doutrinas que já eram reconhecidas *praeter legem*, dentre elas o dever de proteção, ou seja, deve o contratante ter em conta os direitos e interesses da outra parte que possam resultar do conteúdo de um vínculo contratual (§241, II, BGB). A esse respeito, afirma o jurista alemão, pouco mudou, a não ser pelo fato de ter havido o acolhimento legal para essa doutrina.<sup>100</sup>

Diferença existe. A expressa previsão do parágrafo 241, parte 2, do BGB, segundo lição de Di Majo, teve o efeito de tornar supérflua o uso da cláusula geral de boa-fé, no que diz respeito à aplicação do dever de proteção no direito alemão.<sup>101</sup>

Idealizou, por meio da reforma dos direitos das obrigações (*Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts*), estabelecer na base de uma relação contratual a norma do dever de proteção, conforme previsto no parágrafo 241, parte 2, do BGB, com incidência imediata a partir da perspectiva de conclusão do acordo, tanto que também normatizou a responsabilidade civil fundada na *culpa in contrahendo* (§311, parte 2, BGB).<sup>102</sup>

A doutrina alemã influenciou a doutrina italiana, em que se afirma como fonte de vigência do dever de proteção, os princípios gerais de "correttezza", do artigo 1.175 CC, e de boa-fé objetiva, do artigo 1.375 CC, operando-se a integração *ex lege* ao ato de autonomia privada.<sup>103</sup>

<sup>98</sup>CUCCU, Vanna. *Gli obblighi di protezione (profili in tema di contratto di trasporto)*, cit., p. 11.

<sup>99</sup>CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Tratado de direito civil português: direito das obrigações: introdução, sistemas e direito europeu das obrigações, dogmática geral*, cit., v. 2, t. 1, p. 472.

<sup>100</sup>ZIMMERMANN, Reinhard. *The new German law of obligations: historical and comparative perspectives*. Oxford: Oxford University Press, 2010. p. 3.

<sup>101</sup>DI MAJO, Adolfo. *Obbligazione: diritto tedesco*. In: *ENCICLOPEDIA giuridica Treccani*. Roma: Treccani, 2003. v. 21.

<sup>102</sup>HOHLOCH, Gerhard. *La codificazione degli obblighi di protezione e della responsabilità per culpa in contrahendo*. In: Giorgio CIAN (Coord.). *La riforma dello 'Schuldrecht' tedesco: un modello per il futuro diritto europeo delle obbligazione e dei contratti*, Padova: CEDAM, 2004. p. 243-265.

<sup>103</sup>GUELLA, Elena. *Il carattere autonomo degli obblighi di protezione nei sistemi italiano e tedesco*, cit., p. 48. COMUZZO, Michela. *Gli Obblighi de protezioni*, cit., p. 20.

### 1.3.2 O reconhecimento jurisprudencial e legal no direito francês

Contemporaneamente à elaboração da doutrina alemã do dever de proteção, ganhava desenvolvimento na França a teoria denominada *obligation de sécurité*, representativa da proteção da integridade pessoal e patrimonial associada à figura do contrato.<sup>104</sup>

Descreve Gérard Lardennois que o sistema da *obligation de sécurité* implementou um procedimento empírico destinado a melhorar a situação das vítimas de acidentes na execução de um contrato, nos casos em que estes merecessem alguma proteção. Em um primeiro momento, a *obligation de sécurité* foi imaginada para resolver o problema da indenização dos acidentes de trabalho.<sup>105</sup>

Em 1881, Vavasseur, um advogado parisiense, publica um artigo (*De la responsabilité des accidents de fabrique, Paris, 1881*), o qual ganhou repercussão ao qual defender uma reforma legislativa com o fim de se estabelecer uma presunção de culpa do empregador frente aos riscos industriais dos acidentes de trabalho decorrentes de caso fortuito.<sup>106</sup>

Posteriormente, dois autores, um belga, o outro francês, Sainctelette (*De la responsabilité de la garantie, 1884*) e Sauzet (*De la responsabilité des patrons vis-à-vis des ouvriers, Revue Critique, 1883*) ampliam essa tese, compreendendo que já existiria essa obrigação de proteção contratual do trabalhador pelo fato de o empregador ter assumido tacitamente a obrigação de garantir a segurança do trabalhador. A Lei de 1898, pouco depois, dedicou a teoria do risco à reparação de acidentes industriais.<sup>107</sup>

A análise que Aguiar Dias fez desse inicial entendimento francês foi no sentido de se considerar a inclusão da concepção de uma teoria de responsabilidade pelo fato das coisas em relação do contrato de trabalho (acidente de trabalho).<sup>108</sup>

<sup>104</sup>BENATTI, Francesco. Osservazioni in tema di doveri di protezioni, cit., p. 1346.

<sup>105</sup>LARDENNOIS, Gérard. *De l'application de l'article 1384, §1°* (Responsabilité du fait des choses) en matière contractuelle. Thèse (Doctorat) - Faculté de Droit de L'Université de Nancy. Paris: Les Éditions Domat-Montchrestien, 1935. p. 152.

<sup>106</sup>CABANILLAS SANCHEZ, Antonio. *Los deberes de protección del deudor en el derecho civil, en el mercantil y en el laboral*, cit., p. 171.

<sup>107</sup>LARDENNOIS, Gérard. *De l'application de l'article 1384, §1°* (Responsabilité du fait des choses) en matière contractuelle, cit., p. 152.

<sup>108</sup>DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*, cit., p. 499.

Em seguida, houve a oportunidade de se aplicar o sistema da *obligation de sécurité* aos contratos de transporte, considerando a pouca eficácia da responsabilidade da transportadora com base no antigo artigo 1382 do *Code Civil*.<sup>109</sup> Afirma-se que a primeira aplicação explícita da teoria a propósito de contrato de transporte, teria sido em julgamento datado de 1911, em que um passageiro foi gravemente ferido no pé pela queda de um barril mal fixado no pavimento inferior da embarcação.<sup>110</sup> Na ocasião, a Corte de Cassação francesa, afastando a responsabilidade civil delitual como fundamento da reparação, reconheceu ao transportador a obrigação contratual de conduzir o viajante “são e salvo” ao destino, imposição esta qualificada como obrigação de resultado, ao entender-se que o transportador não poderia, para se exonerar, demonstrar que não havia agido com culpa.<sup>111</sup>

De se observar que, até então, o regime de responsabilidade no contrato de transporte era diverso em relação à mercadoria e à pessoa. O dano à mercadoria atribuía ao transportador dever de indenizar a título de responsabilidade contratual, enquanto o dano à pessoa do passageiro a título extracontratual, distinção esta que não agradava a doutrina francesa.<sup>112</sup>

Consagrou-se, a partir desse julgado, por meio da obrigação de salvaguarda da incolumidade física do passageiro durante a viagem, a aplicação da *obligation de sécurité* nos contratos de transporte com o objetivo de facilitar às vítimas de acidentes corporais a indenização dos danos, os quais cresciam à época em números consideráveis em virtude da revolução dos meios de locomoção característicos do século XIX.<sup>113</sup>

E, depois disso, a jurisprudência francesa não cessou de entender presente a *obligation de sécurité* em múltiplos contratos suscetíveis de colocar em jogo não somente a segurança física das pessoas, mas igualmente de seus bens,<sup>114</sup> com atribuição do correlato dever aos mais variados contratantes fornecedores de produtos ou serviços (empregadores, fabricantes, vendedores, médicos, organizador de estação de alpinismo, explorador de lava-rápido de automóveis).<sup>115</sup>

<sup>109</sup>Atual artigo 1.240 do Code Civil, conforme redação da Ordonance n. 2016-131, de 10 de fevereiro de 2016, ratificada pela lei n. 2018-287, de 20 de abril de 2018.

<sup>110</sup>Cass. Civ. 21 novembre 1911, Gaz. Pal. 1912.1.20 (30 novembre 1911 et 4 janvier 1912).

<sup>111</sup>FABRE-MAGNAN, Muriel. *Droit des obligations*. 4. éd. Paris: PUF, 2016. p. 549-550.

<sup>112</sup>COMUZZO, Michela. *Gli Obblighi di protezioni*, cit., p. 35-36.

<sup>113</sup>TAPINOS, Daphné. *Prévention, précaution et responsabilité civile: risque avéré, risque suspecté et transformation du paradigme de la responsabilité civile*. Paris: L'Harmattan, 2008. p. 354.

<sup>114</sup>Id. Ibid., p. 355.

<sup>115</sup>FABRE-MAGNAN, Muriel. *Droit des obligations*, cit., p. 550.

Esse movimento de expansão da segurança no coração do contrato traduziu o reconhecimento da existência de efeitos complementares ao conteúdo do acordo de vontade não expressos na declaração, mas resultantes da aplicação do artigo 1.135 do Code Civil (atual artigo 1.194 conforme redação da Ordonance n. 2016-131, de 10 de fevereiro de 2016, ratificada pela lei n. 2018-287, de 20 de abril de 2018),<sup>116e117</sup> o que, de algum modo, flexibilizou à rígida concepção de autonomia da vontade, então dominante, com a extensão do conteúdo contratual por meio da integração heterônoma.

Observa-se, assim, o fenômeno da dispersão do dever de proteção no âmbito do direito positivo francês, conforme visão apresentada por Philippe Delebecque.<sup>118</sup>

Esse progresso da teorização francesa está alinhado com aquela alemã, conduzindo a *obligation de sécurité* por meio da integração legal – mais ou menos explícita – do contrato, abandonando área meramente voluntarista.<sup>119</sup>

Definida na doutrina, conforme lição de Philippe Le Tourneau, como uma obrigação contratual acessória, imposta ao fornecedor de serviço, consistente em não criar perigo para a saúde ou à segurança das pessoas (corpo e espírito),<sup>120</sup> a *obligation de sécurité* ganhou ênfase nos contratos de consumo, como meio de tutela do consumidor, vinculando o fornecedor do serviço a uma larga concepção de segurança, traduzida em uma abstenção de perigos, em alguns casos em função dos conhecimentos científicos e tecnológicos, de modo a consagrar a prevenção e a precaução.<sup>121</sup>

A natureza dessa obrigação de segurança ocupou assento de destaque na jurisprudência francesa, com reflexos na doutrina, ora se reconhecendo ser ela de meio ora de resultado.<sup>122</sup> Enquanto na obrigação de resultado, reconhecia-se que o devedor somente

---

<sup>116</sup>Les contrats obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que leur donnent l'équité, l'usage ou la loi.

<sup>117</sup>Nesse sentido: Daphné Tapinos (*Prévention, précaution et responsabilité civile: risque avéré, risque suspecté et transformation du paradigme de la responsabilité civile*, cit., p. 355).

<sup>118</sup>DELEBECQUE, Philippe. La dispersion des obligations de sécurité dans les contrats spéciaux. *Gazette du Palais*, Paris, p. 1184, 1997.

<sup>119</sup>CUCCU, Vanna. *Gli obblighi di protezione (profili in tema di contratto di trasporto)*, cit., p. 22.

<sup>120</sup>LE TOURNEAU, Philippe. *Responsabilité des vendeurs et fabricants*. 5. éd. remaniée et augmentée. Paris: Dalloz, 2015. p. 101.

<sup>121</sup>TAPINOS, Daphné. *Prévention, précaution et responsabilité civile: risque avéré, risque suspecté et transformation du paradigme de la responsabilité civile*, cit., p. 355).

<sup>122</sup>Por exemplo, segundo a jurisprudência francesa, nos contratos de transporte, a responsabilidade do transportador por danos causados ao passageiro durante a viagem até a descida do veículo observaria o regime da obrigação de resultado, enquanto antes e depois do transporte, no trecho de acesso ou saída respeitaria o regime da obrigação de meio. (COMUZZO, Michela. *Gli Obblighi di protezioni*, cit., p. 38).

podia se exonerar se comprovasse o advento de força maior, na obrigação de meio, exigia-se da vítima demonstrar que o dano havia tido origem na culpa do devedor.<sup>123</sup>

Reconhece-se que a doutrina francesa colocou em relevo a diferença entre o simples dever de observar somente a diligência e a prudência para evitar um dano ao outro contratante, que caracteriza a mera obrigação geral de diligência, e a imposição do cumprimento da obrigação principal, sem deixar derivar algum dano a contraparte, que representa a categoria da obrigação de resultado.<sup>124</sup>

Aponta Carlos Alberto da Mota Pinto ser esse o principal ponto de discussão a respeito da *obligation de sécurité*, cuja referência na doutrina francesa apresenta-se de forma menos analítica e concreta e com menor empenho dogmático do que a alemã.<sup>125</sup>

Paralelamente, houve a evolução de outros regimes de responsabilidade, voltados a facilitar a indenização das vítimas, como, por exemplo, aponta Muriel Fabre-Magnan, o reconhecimento, a partir de 1930, responsabilidade delitual objetiva por fato da coisa, em que não mais se exigiu a demonstração de culpa.<sup>126</sup>

Assim, estranho ao conceito contratual, a jurisprudência francesa também construiu uma obrigação extracontratual de segurança, entendida como expressão de um dever geral de segurança de responsabilidade delitual.<sup>127</sup>

Houve, nesses casos, evolução legislativa, tanto por meio da lei no. 85-677, de 5 de julho de 1985 sobre acidentes de trânsito, quanto por meio da lei no. 98-389, de 19 de maio de 1998, a respeito a responsabilidade por fato de produtos defeituosos, em que se obriga os responsáveis objetivamente, nos mesmos termos, quanto aos danos causados aos contratantes e a terceiros.<sup>128</sup>

Formulou-se um regime especial com superação da distinção tradicional entre a responsabilidade contratual e a delitual.<sup>129</sup>

E, na origem da responsabilidade objetiva, esclarece José Reinaldo de Lima Lopes, está a teoria da responsabilidade pelo fato da coisa, a partir da ampliação do número de coisas perigosas, tomando por exemplos as estradas de ferro e a responsabilidade das

---

<sup>123</sup>FABRE-MAGNAN, Muriel. *Droit des obligations*, cit., p. 550.

<sup>124</sup>CUCCU, Vanna. *Gli obblighi di protezione (profili in tema di contratto di trasporto)*, cit., p. 23.

<sup>125</sup>PINTO, Carlos Alberto Mota. *Cessão da posição contratual*. Coimbra: Almedina, 2003. p. 345.

<sup>126</sup>FABRE-MAGNAN, Muriel. *Droit des obligations*, cit., p. 551.

<sup>127</sup>LE TOURNEAU, Philippe. *Responsabilité des vendeurs et fabricants*, cit., p. 105.

<sup>128</sup>FABRE-MAGNAN, Muriel. *Droit des obligations*, cit., p. 552.

<sup>129</sup>CABANILLAS SANCHEZ, Antonio. *Los deberes de protección del deudor en el derecho civil, en el mercantil y en el laboral*, cit., p. 214.



empresas de fornecimento de energia elétrica quanto a acidentes produzidos por seus equipamentos e instalações.<sup>130</sup>

Recentemente, a reforma no direito contratual francês, a partir da ordonnance n. 2016-131, de 10 de fevereiro de 2016, ratificada pela lei n. 2018-287, de 20 de abril de 2018, inclusive para conformar a legislação nacional francesa às diretrizes europeias,<sup>131</sup> reforça no âmbito do Code Civil a tendência de desconstrualização da tutela decorrente da violação da obrigação de segurança, por meio da responsabilidade pelo fato do produto defeituoso aos diversos integrantes da cadeia de fornecimento.

Na visão de Michella Comuzo, a teoria da *obligation de sécurité*, tal como elaborada pela jurisprudência francesa, não conseguiu ser de todo convincente, uma vez que não trouxe uma elaboração clara e linear do instituto, restringindo-se ao estudo de pontos específicos, como a qualificação da obrigação, enquanto de meio ou de resultado.<sup>132</sup>

Críticas formula, também, Antonio Cabanillas Sánchez, por entender que incorporar uma série de obrigações de segurança, sem discernimento, em uma multiplicidade de contratos, cujo objeto não reside na segurança das pessoas ou dos bens, pode implicar na completa perda da vocação indenizatória dessa obrigação.<sup>133</sup>

### 1.3.3 O *duty of care* e outras figuras protetivas do *common law*

Nos sistemas romanistas, o dever geral imposto a toda pessoa de se conduzir com todo o cuidado e as precauções exigidas pela atividade desenvolvida está concebido de modo genérico e abstrato, portanto, *erga omnes*. O *common law*, por seu turno, traz uma indagação adicional, a saber, se existia o dever de cuidado do autor do dano em relação àquela vítima em particular, havendo-se, pois, a necessidade de concretização da norma, a fim de se estabelecer quem suporta os riscos de uma determinada conduta negligente.<sup>134</sup>

<sup>130</sup>LOPES, José Reinaldo de Lima. *Responsabilidade civil do fabricante e a defesa do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992. p. 30-31.

<sup>131</sup>DESHAYES, Olivier; GENICON, Thomas; LAITHIER, Yves-Marie. *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*: commentaire article par article. 2. éd. Paris: LexisNexis, 2018. p. 3.

<sup>132</sup>COMUZZO, Michela. *Gli Obblighi di protezione*, cit., p. 40.

<sup>133</sup>CABANILLAS SANCHEZ, Antonio. *Los deberes de protección del deudor en el derecho civil, en el mercantil y en el laboral*, cit., p. 212.

<sup>134</sup>DÍAZ, Julio Alberto. O dever de cuidado no *common law* (*duty of care*). *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 7, n. 28, p. 53-68, out./dez. 2006.

Este dever de cuidado, que a doutrina e a jurisprudência inglesa denominam *duty of care*, tem origem na lei, nos usos e nos princípios comerciais da razão e da boa-fé.

No que diz respeito ao *contract*, cujo vínculo encontra-se no elemento volitivo, reconhece-se que a relação não pode ser entendida somente como um conjunto de obrigações acordadas pelas partes, pois existe a necessidade de os contratantes preservarem, quando da execução das obrigações, a integridade das respectivas esferas pessoais e patrimoniais, razão pela qual o *duty of care* se mostra presente em relação aos contratantes.<sup>135</sup>

Diversamente ocorre nas hipóteses de *torts* em que a assunção obrigacional não decorre de elemento volitivo e o dever de cuidado tradicionalmente aparece com especificidade em relação a determinadas categorias.

O precedente inglês *Donoghe v Stevenson* (1932) representa o mais famoso caso em que se estabeleceu importantes pressupostos para a definição daquele que responde pelo dever de cuidado. Trata-se de hipótese em que uma mulher (Sra. Stevenson) havia ido a um bar na companhia de um amigo, o qual comprou uma garrafa de cerveja de gengibre e ofereceu-lhe para compartilhar da bebida. Ela ingeriu um pouco da cerveja e depois constatou a existência de restos de uma lesma em decomposição dentro da garrafa do líquido já ingerido, situação que lhe causou um choque nervoso e uma severa gastroenterite. A dificuldade residia na impossibilidade de se acionar o dono do bar por descumprimento do contrato, pois quem tinha comprado a bebida era seu acompanhante.<sup>136</sup>

Estabelecer perante quem uma pessoa tem o dever de cuidado, foi o objeto de análise do voto de Lord Atkin, assim redigido: *A regra que impõe alguém a amar o seu próximo torna-se jurídica no preceito de não causar dano ao próximo e a pergunta quem é o meu próximo tem uma resposta restrita. É necessário tomar os cuidados razoáveis para evitar atos ou omissões que possam previsivelmente causar danos ao próximo. Segundo o Direito, quem é o meu próximo. A resposta parece ser aquelas pessoas que estão tão perto e diretamente afetadas por meus atos que eu deveria razoavelmente levá-las em consideração quando direciono minha mente para a prática dos atos ou omissões em questão.*<sup>137</sup>

---

<sup>135</sup>COMUZZO, Michela. *Gli Obblighi de protezioni*, cit., p. 45.

<sup>136</sup>DÍAZ, Julio Alberto. O dever de cuidado no *common law* (*duty of care*), cit., p. 53-68.

<sup>137</sup>KEETON, W. Page; DOBBS, Dan B.; KEETON, Robert E.; OWEN, David G. *Prosser and Keeton on the law of torts*. St. Paul: West Publishing Co., 1984. p. 358.

Assim, dois critérios foram estabelecidos para se determinar a existência do dever de cuidado na responsabilidade civil no *Common Law*: a previsibilidade razoável e a proximidade.

Nos Estados Unidos, o *leading case Palsgraf v. Long Island Railroad Co.*, julgado pela Corte de Apelações de Nova Iorque, em 1928, enfatizou, por outro lado, que o dever de cuidado no sistema do *Common Law* não é *erga omnes*. Tratou-se da situação de um guarda que, quando tentava ajudar um passageiro a embarcar no trem, segurou essa pessoa pelo braço, o que fez ela soltar um pacote com fogos de artifício que carregava. O pacote caiu nos trilhos do trem provocando uma forte explosão. Em virtude da explosão, uma balança que se encontrava na plataforma cai encima de uma mulher.

O voto vencedor, proferido pelo Juiz Cardozo, afastou a responsabilidade da companhia férrea, sob o fundamento de não haver culpa em relação à vítima, a qual não estava na esfera da previsibilidade (*unforeseeable plaintiff*): *A culpa, assim como o risco, é um termo de relação. A culpa em abstrato, fora de coisas relacionadas, certamente não é um ilícito. A vítima não pode acionar por derivação ou por direito de sub-rogação reivindicando o interesse violado de outra pessoa. Ele aciona pelo descumprimento de um dever relativo à sua pessoa.*<sup>138</sup>

Conforme conclusão apresentada por Júlio Alberto Diaz, o *Common Law* costuma categorizar o dever de cuidado de acordo com relações. Assim, afirma-se que o produtor tem o dever de cuidado em relação ao último consumidor, o motorista em relação a outros usuários da estrada, o ocupante de um imóvel em relação aos visitantes, o patrão em relação à segurança de seus empregados e assim por diante.<sup>139</sup>

Outras figuras protetivas, cuja origem se reconhece ao sistema do *common law*, ainda podem ser mencionadas.

A formula *products liability*, por exemplo, apareceu pela primeira vez nos Estados Unidos nos anos de 1960, na seção 402-A do *Second Restatement of Torts* dos EUA.<sup>140</sup>

Bruno Miragem menciona o teor da orientação consolidada no §402 A, do *Second Restatement of Torts* dos EUA: "1. A pessoa que venda um produto em condições

<sup>138</sup>KEETON, W. Page; DOBBS, Dan B.; KEETON, Robert E.; OWEN, David G. Prosser and Keeton on the law of torts, cit., p. 284.

<sup>139</sup>DÍAZ, Julio Alberto. O dever de cuidado no *common law* (*duy of care*), cit., p. 53-68.

<sup>140</sup>SAUPHANOR-BROUILLAUD, Natacha; VINCELLES, Carole Aubert de; BRUNAUX, Geoffray; USUNIER, Laurence. *Les contrats de consommation règles communes*. Paris: LGDJ, 2013. p. 208. (Sous-collection: Traité de droit civil - sous la direction de J. Ghestin).

defeituosas e que, de maneira irracional, representem um perigo para o usuário, ao consumidor e a sua propriedade, deverá responder pelo dano físico causado pelo produto ao usuário ou consumidor final, ou a sua propriedade, se: a) o vendedor se dedica a atividades relacionadas com a venda do referido produto, e; b) se espera que o produto chegue e leve ao usuário ou consumidor sem alteração substancial nas condições em que é vendido. 2. Se aplica a regra estabelecida na Subseção 1 ainda quando: a) o vendedor tenha tomado todos os cuidados possíveis na preparação e venda do seu produto, e; b) o usuário ou consumidor não tenha comprado do vendedor, nem tenham celebrado nenhuma relação contratual com o mesmo".<sup>141</sup>

Posteriormente, a ideia do referido princípio foi consagrada na lei francesa de 21 de julho de 1983 (art. 1º), reproduzido na Diretiva Europeia de 25 de julho de 1985 (atualmente, artigo 2º, alínea “b”, da Diretiva 2001/95/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 3 de dezembro de 2001) e, em nosso ordenamento, tem previsão no §1º, do artigo 12, e no §1º, do artigo 14, ambos do Código de Defesa do Consumidor.

Nessa mesma seara, Fábio Konder Comparato lembra que os Estados Unidos da América se adiantaram aos demais países, promulgando, em 1972, uma lei de proteção à segurança do consumidor, abrangendo todo e qualquer produto, salvo drogas e alimentos, que já eram objeto de regulamentação específica. A Lei de 1972, criou um órgão governamental, a *Consumer Product Safety Commission*, encarregada de editar normas de segurança para os produtos destinados ao consumo popular. Houve proibição da venda de produtos em desobediência às normas assim editadas.<sup>142</sup>

#### **1.4 O dever de proteção contratual e seu campo de incidência no ordenamento jurídico brasileiro**

A multidisciplinariedade caracteriza o dever de proteção, observando-se a construção de suas linhas estruturais a partir das transformações ocorridas no último século em dois importantes institutos do direito privado: o contrato e a responsabilidade civil.

---

<sup>141</sup>MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 573.

<sup>142</sup>COMPARATO, Fábio Konder. A proteção do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, ano 20, v. 77, p. 27-46, jan./mar. 2011.

A origem das transformações precede as mudanças pontuais dos referidos institutos, pois ostenta fundamento na alteração de um valor maior do ordenamento jurídico, a saber: a dignidade da pessoa humana, a qual confere unidade ao sistema, enquanto princípio, de modo a atribuir eficácia tanto ao fim econômico pretendido pelos agentes (autodeterminação) como aos valores morais de liberdade e igualdade.

Anote-se que a dignidade da pessoa humana pressupõe a intangibilidade da vida humana e como consequência o respeito à integridade física e psíquica, em relação ao qual o dever de proteção se apresenta como um dos pontos fundamentais de efetivação.<sup>143</sup> São valores de elevada importância no sistema, razão pela qual alçados à tutela constitucional, tanto que o artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal reconhece não só a intangibilidade da vida humana como também o próprio direito fundamental à *segurança*, enquanto referência ao resultado ideal da ação protetiva, a fim de se fomentar o necessário instrumento para se resguardar a integridade física e psíquica da pessoa.

O fundamento principiológico não traz precisão quanto aos contornos do regime jurídico aplicável. Por outro lado, o nascimento do dever de proteção contratual se apresentou como um fenômeno disperso e disforme, de modo a ensejar uma congênita diversidade de regimes, com destaque para os dois sistemas jurídicos de tradição romana: o germânico (teoria do dever de proteção) e o francês (teoria da obrigação de segurança).

Outros países pertencentes ao sistema jurídico europeu continental (Itália, Portugal, Espanha) foram, quase de modo exclusivo, influenciados pela teoria alemã do dever de proteção, a qual, porém, não foi acolhida de maneira espelhada, tendo em vista as diferenças legislativas de cada país, principalmente, no que diz respeito à responsabilidade civil, o que aumentou a diversidade do regime jurídico da figura protetiva.<sup>144</sup>

No Brasil, a situação ganhou contornos complexos ainda mais distintos, uma vez que recebeu as influências dos dois regimes jurídicos originários: germânico/teoria do dever de proteção e francês/teoria da obrigação de segurança.

No âmbito do Direito do Consumidor, o legislador estabeleceu a segurança como um dos direitos básicos do consumidor nos artigos 6º, 8º, 9º e 10º da Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor – CDC), norteados não somente o

---

<sup>143</sup>JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antônio. Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana, cit., p. 3-24.

<sup>144</sup>As peculiaridades dos outros regimes que receberam a influência do dever de proteção alemão encontram análise aprofundada nas obras de Luigi Lambo (LAMBO, Luigi. *Obblighi di protezione*, cit.).

oferecimento de produtos e serviços, mas também todas as práticas comerciais do fornecedor, com nítida influência da *obligation de sécurité* da França.

Nas relações civis e empresariais, o dever de proteção em sua estruturação germânica recebeu destaque, com aplicação, seja em decorrência da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, como em virtude da concretização normativa das cláusulas gerais de responsabilidade civil (artigo 927 do CC) e de boa-fé objetiva (artigo 422 do Código Civil), havendo, ainda, previsões legais casuísticas, como, por exemplo, previsto no contrato de locação (artigo 569, inciso III, do Código Civil) e comodato (artigo 583 do Código Civil).

No quadro do direito privado, o dever de proteção, uma vez que impõe a observância de condutas aos particulares que visam a satisfação dos interesses privados, estrutura-se no contexto do direito obrigacional, o qual configura ramo jurídico polarizado, primordialmente, em torno da dualidade contrato e responsabilidade civil, cada qual representativo de uma diferenciação funcional.

O contrato coloca na disponibilidade de cada um o modo de satisfação das suas necessidades, atuando como instrumento jurídico da dinâmica da vida social e econômica. Faz dos interesses o motor da negociação e o fator preponderante de modelação do conteúdo contratual.<sup>145</sup>

E hoje é um dado adquirido da ciência jurídica que a relação jurídica obrigacional alberga no seu seio, sem prejuízo de sua unidade, uma pluralidade de elementos autonomizáveis com utilidade para a captação do seu regime, constituindo, por isso, uma realidade complexa. Uma complexidade refletida na caracterização da relação obrigacional como organismo (Siber), como relação-quadro (Herholz) ou como estrutura e processo (Larenz).<sup>146</sup>

Nesse contexto, insere-se o interesse à proteção na base da estrutura obrigacional, a fim de operar efeitos em relação ao dever de prestar e também quanto aos deveres laterais dos contratantes da relação contratual complexa, que enseja considerar sua violação um ilícito contratual.

Paralelamente ao contrato, a ordem normativa da responsabilidade civil assegura a tutela jurídica contra intromissões danosas externas num círculo de interesses, assumindo a

---

<sup>145</sup>FRADA, Manuel António de Castro Portugal Carneiro da. *Contrato e deveres de proteção*, cit., p. 13-15.

<sup>146</sup>Id. *Ibid.*, p. 36.

defesa da esfera social e econômica.<sup>147</sup> E a função de reparação, ou seja, a indenização dos danos representa o objetivo essencial da responsabilidade civil.

A maioria dos doutrinadores admite, ainda, a responsabilidade civil como um instrumento de dissuasão de comportamentos anti-sociais prejudiciais à sociedade.<sup>148</sup> Trata-se, pois, da função preventiva, que tem no dever de segurança um de seus fundamentos jurídicos.<sup>149</sup>

Como bem elucida Teresa Ancona Lopez, a responsabilidade civil, que tem como primeira função a reparação de danos, também deve exercer seu papel preventivo, enquanto função automática do instituto, pela crença legítima da sanção pecuniária que ela engendra, mas ainda enquanto instrumento anterior ao dano, a fim de se evitar as lesões iminentes, o que se efetiva por meio da edição de obrigações gerais de segurança, que tem como um de seus desdobramentos a obrigação de proteção contratual.<sup>150</sup>

De se observar que o dever contratual de proteção interage adequadamente com as distinções dessa função secundária da responsabilidade civil, podendo ser analisada tanto quanto aos riscos conhecidos (prevenção), como em relação aos riscos não definidos (precaução).<sup>151</sup>

Quanto ao dever de indenizar, culpa e risco constituem os pilares da imputação na responsabilidade por violação do dever de proteção,<sup>152</sup> de modo que a perquirição da natureza da responsabilidade civil (subjéctiva ou objectiva) deve ser sempre analisada.

Ostenta, desse modo, o dever de proteção campo de incidência multidisciplinar, alcançando contrato e responsabilidade civil, que são explorados de maneira intensa em seus pontos relevantes (função preventiva da responsabilidade civil, natureza da responsabilidade civil, deveres laterais, efeitos contratuais, inadimplemento contratual, etc) nas múltiplas formas de relações interpessoais de direito privado (de consumo, civil e empresarial).

Não se ignora que o interesse à proteção tem campo de incidência que ultrapassa os limites do direito privado, alcançando, por exemplo, certas relações da Administração

---

<sup>147</sup>FRADA, Manuel António de Castro Portugal Carneiro da. *Contrato e deveres de proteção*, cit., p. 13-15.

<sup>148</sup>VINEY, Geneviève. *Introduction à la responsabilité*, cit., p. 87.

<sup>149</sup>LOPEZ, Teresa Ancona. *Responsabilidade civil na sociedade de risco*, cit., p. 7.

<sup>150</sup>Id. *Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil*, cit., p. 78-79.

<sup>151</sup>TAPINOS, Daphné. *Prévention, précaution et responsabilité civile: risque avéré, risque suspecté et transformation du paradigme de la responsabilité civile*, cit., p. 377-378.

<sup>152</sup>FRADA, Manuel António de Castro Portugal Carneiro da. *Contrato e deveres de proteção*, cit., p. 13-15.

Pública.<sup>153</sup> Visando-se atingir o objetivo do presente trabalho, o estudo ficará restrito às relações entre particulares no âmbito do direito privado (civis, empresariais e de consumo), sem ter ainda a pretensão de avançar além da linha divisória do Direito do Trabalho, em que vasto é o campo de aplicação do instituto.

---

<sup>153</sup>São exemplos: Professor que sofreu assalto no interior de escola pública onde trabalhava (AgRg no REsp 500841/ES. Agravo Regimental no Recurso Especial 2014/0083144-1, Relatora Ministra Assusete Magalhães. Órgão Julgador: Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça. Data do julgamento: 24 de novembro de 2014. Publicação: DJe 03/12/2014); Morte de menor internado sob custódia estatal em Centro de Ressocialização (REsp 1435687/MG. Recurso Especial 2014/0030781-5, Relator Ministro Humberto Martins. Órgão Julgador: Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça. Data do julgamento: 7 de maio de 2015. Publicação: DJe 19/05/2015).



## 2 O REGIME JURÍDICO DO DEVER DE PROTEÇÃO CONTRATUAL

### 2.1 Perfil estrutural do dever de proteção<sup>154</sup>

O termo proteção apresenta significado ambíguo, inclusive juridicamente. Comum expressar um fenômeno genericamente valorado pelo direito (proteção diplomática, proteção do meio ambiente) ou descrever um tipo de prevenção, assistência ou tutela ligada a uma realidade peculiar (proteção/tutela da vida, da saúde, da honra, etc.).<sup>155</sup> Indica, nesse contexto, sempre a ideia de defesa de algum bem da vida.

No “dever de proteção”, o termo tem aquela acepção do sentido comum, que se liga à ideia de segurança, de manter alguém ou algo livre de perigos ou ameaças. Na função de adjunto adnominal, determina qual será o escopo do substantivo “dever” que lhe antecede.

Elabora-se, disso, o núcleo conceitual primário do dever de proteção tendo em mente a ação de evitar algo que possa causar dano. É a atividade de defesa de alguém ou de alguma coisa exercitada no confronto de alguém ou outra coisa.<sup>156</sup>

A atuação protetiva que está em debate é aquela vinculada aos riscos decorrentes do contato negocial, razão pela qual inserida naquela estrutura contratual qualificada de complexa<sup>157</sup> e caracterizada pela coexistência do interesse à prestação (*Leistungsinteresse*) e do interesse de proteção (*Schutzinteresse*).<sup>158</sup>

<sup>154</sup>Enquanto fato jurídico, o dever de proteção deve ser estudado sob dois perfis: quanto à estrutura (como é) e quanto à função (para que serve, efeitos). (PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Tradução: Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. p. 642). Do programa que regulamenta o interesse (estrutura), apreende-se quais são as funções (efeitos).

<sup>155</sup>CICCARELLO, Sebastiano. *Dovere di protezione e valore della persona*, cit., p. 2-3.

<sup>156</sup>Id. Ibid., p. 1.

<sup>157</sup>A origem da ideia da complexidade da relação jurídica obrigacional, dando conta da sua multiplicidade de efeitos (pretensões e deveres), é atribuída a Heinrich Siber quando do desenvolvimento da teoria denominada Organismus (MIRAGEM, Bruno. *Direito civil: direito das obrigações*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 73). E, segundo Menezes Cordeiro, a ideia da complexidade obrigacional é observada no estudo de diversos autores alemães e expressa por meio de diversas locuções: *organismus* de Heinrich Siber; relação-quadro de Felix Herholz, visão dinâmica de Paul Oertmann, realidade fenomenológica de Zepos, unidade complexa de Gernhuber; estrutura ou processo de Karl Larenz; plano ou programa Jürgen Schmidt. (CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e Menezes. *Tratado de direito civil português: direito das obrigações: introdução, sistemas e direito europeu das obrigações, dogmática geral*, cit., v. 2, t. 1, p. 291-293).

<sup>158</sup>CUCCU, Vanna. *Gli obblighi di protezione (profilo in tema di contratto di trasporto)*, cit., p. 13.

A natureza complexa da relação jurídica, cujo desenvolvimento se reconhece a Karl Larenz, busca compreender a obrigação como um todo e como um processo, ou seja, uma relação jurídica global que inclui uma série de deveres de prestações e condutas, direitos subjetivos, potestativos e situações de sujeição, que se somam como um conjunto de consequências legais relacionados entre si, em virtude de sua conexão com o interesse do credor que deve ser satisfeito através desse relacionamento.<sup>159</sup>

Menezes Cordeiro traz afinamentos à ideia da complexidade, explicitando a composição da relação jurídica a partir de três categorias obrigacionais: prestação principal, prestações secundárias e deveres acessórios. Define a prestação principal como a ação humana que representa o núcleo da obrigação, que traz sentido teleológico, monopoliza a atenção dos contraentes, mas não esgota o conteúdo obrigacional.<sup>160</sup> As prestações secundárias (*Nebenleistungspflichten*) traduzem atuações de tipo instrumental que complementam a principal, de modo a aperfeiçoar, no sentido pretendido, o interesse do credor. São deveres de prestar que seguem o regime da prestação principal, e, na sua autonomização, dão azo a pretensões de cumprimento, podendo ser objeto de execução específica.<sup>161</sup> Por fim, os deveres acessórios ou laterais (*Nebenpflichten*) que têm origem legal imperativa e visam a concretização dos valores básicos do ordenamento, dando-lhes firmeza na periferia do sistema e em cada caso concreto. Subordinam-se a esses valores e não ao específico interesse do credor, ostentando regime jurídico próprio. Os deveres acessórios acautelam materialmente o vínculo obrigacional, protegem as partes, nas suas pessoas e no seu patrimônio, e protegem terceiro que, com a obrigação, tenham um especial contato.<sup>162</sup> No âmbito desse segundo tipo (*Nebenpflichten*), encontram-se os deveres de proteção (*Schutzpflichten*).<sup>163</sup>

Entre nós, destacou-se a obra de Clovis do Couto e Silva,<sup>164</sup> precursor em defender a relação obrigacional como um todo, um sistema de processos, que abrange direitos,

---

<sup>159</sup>LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Version española y notas de Jaime Santos Briz. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1958. t. 1, p. 37-38.

<sup>160</sup>CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Tratado de direito civil português: direito das obrigações: introdução, sistemas e direito europeu das obrigações, dogmática geral*, cit., v. 2, t. 1, p. 455.

<sup>161</sup>Id. *Ibid.*, p. 462-463.

<sup>162</sup>Id. *Ibid.*, p. 463-465.

<sup>163</sup>CICCARELLO, Sebastiano. *Dovere di protezione e valore della persona*, cit., p. 27.

<sup>164</sup>“A obrigação como processo” foi apresentada originalmente em 1964 como tese de livre docência na Faculdade de Direito Universidade Federal do Rio Grande do Sul (SILVA, Clovis V. do Couto e. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: Ed. FGV, 2006).

inclusive formativos, pretensões e ações, deveres (principais e secundários, dependentes e independentes), obrigações, exceções e, ainda, posições jurídicas.<sup>165</sup>

Essa compreensão é a mesma que hodiernamente Bruno Miragem apresenta em sua doutrina: *atualmente, destaca-se a visão da obrigação como uma totalidade, ou seja, a compreensão da relação obrigacional não apenas como um vínculo entre credor e devedor relativamente a um objeto isolado, senão como complexo de direitos e deveres (...) tanto deveres principais de prestação como deveres secundários laterais e anexos.*<sup>166</sup>

O segundo ponto a se destacar refere-se à ambivalência dos interesses envolvidos na relação contratual. O termo *interesse* tem sua conceituação explicitada por Paulo Mota Pinto, definido como a realidade protegida por normas jurídicas de tal modo que, quanto atingidas, origina lesão.<sup>167</sup>

Na relação contratual, não há controvérsia a respeito da presença do *interesse à prestação*, que representa a realidade da vantagem patrimonial<sup>168</sup> almejada pelas partes, a função prático-social ou econômico-social do negócio<sup>169</sup>, ou, ainda, o fim concreto do contrato<sup>170</sup>. É a razão de existir do contrato enquanto veste jurídica de uma operação econômica, ou seja, *os interesses que constituem a substância real de qualquer contrato podem ser resumidos na ideia de operação econômica.*<sup>171</sup> Por fundamentar a gênese, deve ser considerado como o interesse principal do contrato, adjetivo que não diz respeito ao plano de discussão da hierarquia dos valores tutelados na relação jurídica.

O outro ponto a se destacar, portanto, diz respeito ao *interesse de proteção*. Uma realidade que tem por fim a conservação da vida e do patrimônio do contratante em face dos riscos que o contato negocial acarreta, situação que não está explicitamente contemplada na declaração das partes. Tal interesse qualifica-se como uma das múltiplas formas de valorização da pessoa humana, tendo atuação direta no âmbito do contrato.

<sup>165</sup>SILVA, Clovis V. do Couto e. *A obrigação como processo*, cit., p. 17-19.

<sup>166</sup>MIRAGEM, Bruno. *Direito civil: direito das obrigações*, cit., p. 73.

<sup>167</sup>PINTO, Paulo Mota. *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*. Coimbra: Coimbra Ed., 2008. v. 1, p. 519 e ss.

<sup>168</sup>Menezes Cordeiro menciona a posição doutrinária que considera a existência alternativa e excepcional do interesse moral em relação à natureza patrimonial da prestação principal: a formula italiana foi alterada, de modo que a obrigação possa não ter natureza pecuniária. (...) Sempre que o conteúdo da obrigação sejam interesses de caráter moral, é necessário que, por vontade das partes ou por disposição da lei, se fixe ou possa fixar a indenização a que o credor fica tendo direito, no caso de não ser cumprida a prestação. (CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Tratado de direito civil português: direito das obrigações: introdução, sistemas e direito europeu das obrigações, dogmática geral*, cit., v. 2, t. 1, p. 326).

<sup>169</sup>JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antônio. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 151-152.

<sup>170</sup>MARINO, Francisco Paulo De Crescenzo. *Interpretação do negócio jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 121.

<sup>171</sup>ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Edições Almedina, 2009. p. 8.

Proteger o indivíduo contra riscos, ainda que decorrentes do contato negocial, assegura não só a existência da própria pessoa, como também proporciona condições para uma melhor qualidade de vida, situação facilmente compreendida pela importância do fator psicológico de se sentir seguro. No direito pátrio, tem profunda relação com o princípio da dignidade da pessoa humana, consagrado no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal, ao qual o dever de proteção confere maior eficácia social, cumprindo uma função preservadora, de salvaguarda.<sup>172</sup> A realidade considerada no interesse de proteção (vida e propriedade) também ostenta expressa tutela constitucional, *ex vi* art. 5º, caput, da Constituição Federal, cuja abrangência não se restringe às liberdades públicas, tendo em vista o imperativo de tutela dos direitos fundamentais no âmbito das relações entre os particulares, no sentido de proteger os bens jurídicos-fundamentais perante intervenções fáticas por parte de outros sujeitos de direito privado. O dever de proteção de um direito fundamental pode ser reconhecido sobretudo se as intervenções do particular forem ilícitas.<sup>173</sup>

Em um plano normativo inferior, fundamenta-se a incidência do dever de proteção, e isso desde a doutrina de Stoll, na operabilidade da cláusula geral de boa-fé (*Treu und Glauben*), impositiva de condutas omissivas e comissivas a ambos os contratantes para a proteção dos interesses indiretamente envolvidos no adimplemento e que se vincula ao comportamento objetivado na prestação principal devida pela parte.<sup>174</sup>

Assim explicita Sebastiano Ciccarello quando afirma que o fundamento normativo da *Schutzpflichten* está individualizado no princípio da boa-fé consagrado no parágrafo 242 do BGB, e na reconhecida função integrativa da relação obrigatória que tal princípio desenvolve.<sup>175</sup>

No ordenamento jurídico italiano, o entendimento é semelhante. Apresenta Mengoni o interesse à prestação sob o fundamento dogmático definido no artigo 1174 do *Codice Civile*, enquanto o interesse de proteção é considerado na norma sucessiva do artigo 1175 do *Codice Civil*, que contempla a regra de *correttezza* e afasta a subsunção do dever de proteção à hipótese do dever genérico do *neminem laedere*.<sup>176</sup>

---

<sup>172</sup>MORALES HERVIAS, Romulo. Los contratos com deberes de protección: a propósito de la vinculación entre el derecho constitucional y el derecho civil, cit., p. 53-71.

<sup>173</sup>CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado*. Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2009. p. 107.

<sup>174</sup>BENATTI, Francesco. Osservazioni in tema di doveri di protezioni, cit., p. 1345. CUCCU, Vanna. *Gli obblighi di protezione (profili in tema di contratto di trasporto)*, cit., p. 14.

<sup>175</sup>CICCARELLO, Sebastiano. *Dovere di protezione e valore della persona*, cit., p. 27.

<sup>176</sup>MENGONI, Luigi. *Scritti: obbligazioni e negozio*. A cura di Carlo Castronovo, Antonio Albanese e Andrea Nicolussi. Milano: Giuffrè, 2011. v. 2, p. 288.

*Correttezza e buona fede*, que segundo Sebastiano Ciccarello,<sup>177</sup> estão relacionadas ao princípio constitucional da solidariedade, na medida em que representam a válvula por meio da qual referido princípio se insere no sistema transferindo-se do plano constitucional àquele da legislação ordinária.<sup>178</sup> Stefano Rodotà não diverge, apresentando a *correttezza* como expressão normativa do princípio da solidariedade, em modo tão paradigmático a induzir uma substancial identificação.<sup>179</sup>

No ordenamento pátrio, o raciocínio não deve ser diferente, pois o princípio da boa-fé objetiva, com previsão expressa nos artigos 113, 187 e 422 do Código Civil, compreende em uma dimensão monogenética também o interesse de proteção.<sup>180</sup>

A mesma boa-fé objetiva que impulsiona a complexidade obrigacional desempenha também a função integrativa do dever de proteção (interesse de proteção) no âmbito da relação jurídica contratual.<sup>181</sup>

Ostenta, portanto, o princípio da boa-fé objetiva um critério fundamental de instrumentalidade no sentido de realizar os interesses contratuais devidos, os quais representam, em primeiro lugar, a salvaguarda da finalidade do contrato e, em segundo, evitar que uma das partes possa aproveitar dos eventuais limites ou lacunas do regulamento convencional com o fim de produzir efeitos “aberrantes” de danos à parte contrária.<sup>182</sup>

<sup>177</sup>CICCARELLO, Sebastiano. *Dovere di protezione e valore della persona*, cit., p. 171.

<sup>178</sup>Sebastiano Ciccarello, todavia, não compreende o dever de proteção no âmbito do princípio da boa-fé, pois posiciona ambos em planos diversos: a obrigação fundada na boa-fé diz respeito a uma genérica modalidade de comportamento a ser individualizado; no dever de proteção o vínculo é específico, pois inerente a um interesse já individualizado e elevado a valor primário do sistema. Também restringe a solidariedade como regramento das relações intersubjetivas baseadas em valores homogêneos, atribuindo ao dever de proteção o papel de realizar um valor (tutela da pessoa) heterogêneo e externo em relação aos interesses que emergem do contrato. (CICCARELLO, Sebastiano. *Dovere di protezione e valore della persona*, cit., p. 168 e 183). Massimo Bianca também afasta a boa fé como fundamento do interesse protetivo, por entender que o instituto não se presta a ser identificado no esforço volitivo e técnico voltado a realizar ou preservar o direito de outrem (BIANCA, Cesare Massimo. *Dell'inadempimento delle obbligazioni*. Roma: Zanichelli e Roma Società Editrice del Foro Italiano, Bologna, 1967. p. 35. (Commentario del Codice Civile a cura di Antonio Scialoja e Giuseppe Branca. Bologna: Nicola Zanichelli)). Não concordamos com tal modo de pensar, por entender o princípio da solidariedade sem a restrição mencionada, observando-se, ainda, a necessidade de concretização do comportamento de proteção, a partir, sob o fundamento e nos mesmos moldes daqueles operados pela cláusula geral de boa-fé.

<sup>179</sup>RODOTÀ, Stefano. *Le fonti de integrazione del contratto*. Milano: Giuffrè, 1969. p. 143.

<sup>180</sup>MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 243.

<sup>181</sup>FRADA, Manuel António de Castro Portugal Carneiro da. *Contrato e deveres de proteção*, cit. LAMBO, Luigi. *Obblighi di protezione*, cit. CABANILLAS SANCHEZ, Antonio. *Los deberes de protección del deudor en el derecho civil, en el mercantil y en el laboral*, cit. CASTRONOVO, Carlo. *Obblighi di protezione*, cit., v. 21. Entre nós: MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*, cit., p. 598 e ss. VIEIRA, Iacyr de Aguiar. *Deveres de proteção e contrato*. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 88, n. 761, p. 70, mar. 1999.

<sup>182</sup>UDA, Giovanni Maria. *La buona fede nell'esecuzione del contratto*. Torino: G. Giappichelli, 2004. p. 49-53.

No bojo das relações contratuais de direito privado nacional, portanto, tal qual sucede no direito alemão (§241, II, BGB), seja pelos valores fundamentais previstos na constituição (dignidade da pessoa humana, solidariedade, direito à vida e ao patrimônio), seja em função dos efeitos da boa-fé objetiva, é possível admitir a existência do interesse de proteção concomitantemente ao interesse à prestação. Projeta-se uma cláusula geral de proteção, que se traduz pelo interesse das partes de evitar os perigos que a alteração do *status quo* concernente à integridade física e patrimonial possa causar durante o curso da relação contratual,<sup>183</sup> um modo axiológico de comportamento, orientado, por vezes, para o dever (em função de uma norma que impõe a conduta de proteger) e, por vezes, orientado para o poder (em função de uma norma que possibilita a autoproteção, como é o caso da legítima defesa).<sup>184</sup>

Essa ambivalência de interesses consiste na primeira distinção interna do vínculo obrigacional, situação, dentre nós, destacada por Jorge Cesa Ferreira da Silva: *por interesses envolvidos na relação entende-se, fundamentalmente após Stoll, não só aqueles vinculados diretamente ou indiretamente à prestação, como também os vinculados à manutenção do estado pessoal e patrimonial dos integrantes da relação, advindos do liame de confiança que só a obrigação envolve.*<sup>185</sup>

Esse encontro de duas realidades jurídicas distintas altera, necessariamente, a estática da relação jurídica contratual colocando-a em um momento dinâmico de transformação, que pode ser considerada fisiológica, a qual exige um novo ponto de equilíbrio. Não se pode mais realizar-se um exame da realidade da relação jurídica contratual de maneira avulsa do sistema. O interesse de proteção insere a relação contratual na realidade fenomênica do direito, a fim de confrontar os valores internos e externos, cumprindo-se estabelecer em certas circunstâncias a posição de prevalência e de subordinação tendo por fundamento a pré-constituída escala hierárquica de valores do sistema jurídico, que impõe tutelar de maneira diversa a proteção da coisa e a proteção da pessoa, enquanto valores heterogêneos na graduação axiológica.<sup>186</sup>

Interessante, ainda, citar a conclusão apresentada por Mengoni, quando sustenta que o aspecto mais importantes dessa concepção contratual como estrutura complexa é representado justamente pela teoria do dever de proteção, pois teve o efeito de alargar a

---

<sup>183</sup>CUCCU, Vanna. *Gli obblighi di protezione (profili in tema di contratto di trasporto)*, cit., p. 8.

<sup>184</sup>CICCARELLO, Sebastiano. *Dovere di protezione e valore della persona*, cit., p. 9.

<sup>185</sup>SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *A boa-fé e a violação positiva do contrato*, cit., p. 69.

<sup>186</sup>CICCARELLO, Sebastiano. *Dovere di protezione e valore della persona*, cit., p. 48 e ss.

tutela contratual, para incluir o interesse de ambas as partes em preservar a própria pessoa e os próprios bens do risco específico de dano criado pela particular relação que se produz entre os dois sujeitos.<sup>187</sup>

Isso significa que o interesse de proteção e a estrutura obrigacional complexa são duas realidades interdependentes. A primeira somente existe porquanto a complexidade obrigacional lhe oferece guarida para a produção de seus efeitos jurídicos, enquanto a complexidade obrigacional tem seu principal ponto de justificação nessa função instrumental para a atuação do interesse protetivo.

Cada um desses dois interesses envolvidos na relação contratual (prestação e proteção) observa seu próprio modo de implementação, com divisão em espécies, que, por seu turno, se subdividem, gerando subgrupos.<sup>188</sup> No que diz respeito ao interesse protetivo, de se acolher a visão apresentada por Philippe Delebecque, quando sustenta o fenômeno da dispersão do dever de proteção no âmbito do direito positivo.<sup>189</sup>

Nessa lógica, vários tipos de conexões foram identificados e propostos, consoante lição de Sebastiano Ciccarello, falando-se de obrigação principal e de obrigação secundária para posicionar o dever de proteção na dimensão espacial da relação jurídica, ou seja, quando ingressa de algum modo na prestação principal ou quando vive em uma dimensão autônoma ainda que dentro do relacionamento.<sup>190</sup>

Nascido em função da disciplina integrativa heterônoma ou sob o fundamento de um mecanismo de autonomia privada, a partir de expressa previsão convencional,<sup>191</sup> três são as categorias de dever de proteção contratual observadas no ordenamento jurídico pátrio: prestação de proteção (*i*); dever de proteção em sentido estrito (*ii*); e obrigação de segurança (*iii*).

A primeira categoria corresponde à *prestação de proteção*, hipótese em que se observa a existência de um interesse de proteção intrinsecamente coligado à prestação principal do vínculo contratual. Nesse particular, a tutela da vida ou da coisa decorrente da prestação de proteção tem o efeito de tornar o conteúdo e a modalidade da prestação principal mais completos. A proteção pode ser a própria prestação devida, como ocorre no

<sup>187</sup>MENGGONI, Luigi. *Scritti: obbligazioni e negozio*, cit., v. 2, p. 284-285.

<sup>188</sup>SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *A boa-fé e a violação positiva do contrato*, cit., p. 70.

<sup>189</sup>DELEBECQUE, Philippe. La dispersion des obligations de sécurité dans les contrats spéciaux, cit., p. 1184.

<sup>190</sup>CICCARELLO, Sebastiano. *Dovere di protezione e valore della persona*, cit., p. 38.

<sup>191</sup>Id. *Ibid.*, p. 12.

contrato de depósito,<sup>192</sup> ou moldar a prestação principal em relação à qual está vinculada, tal qual sucede no contrato de transporte.<sup>193</sup> Nesses casos a proteção constitui objeto da própria obrigação, vale dizer o interesse de proteção representa, nesta medida, o fundamental interesse de prestação,<sup>194</sup> ou, ao menos, parte dele.

A outra categoria é representada pelo *dever de proteção em sentido estrito*, que tem por objetivo tutelar a conservação da integridade física e patrimonial do contratante dos danos que possam derivar do inadimplemento ou do mero contato social. Pode o adimplemento da obrigação principal ter sido executado de maneira correta e pontual, mas também ocorrer de ter o comportamento do contratante causado lesão a um direito subjetivo da outra parte, realidade que necessita ser tutelada pelo ordenamento jurídico. Consiste no dever lateral de proteção, também comumente designado *deveres de proteção*,<sup>195</sup> categoria que pode ter por fundamento a cláusula geral de boa-fé objetiva (atípico) ou uma hipótese normativa específica (típico). Esse segundo perfil coloca a relação jurídica na realidade fenomênica do direito e põe os interesses e valores internos do contrato em confronto com o equilíbrio do sistema, ante a hipótese de interferência conflituosa dos planos de interesses, que pode derivar posição de prevalência e subordinação entre eles.<sup>196</sup>

Por fim, o desenvolvimento da teoria da *obligation de sécurité* no âmbito do ordenamento jurídico francês inspirou o legislador pátrio quando da edição do Código de Defesa do Consumidor, dando ensejo ao surgimento de uma terceira categoria de dever de proteção: a cláusula geral de segurança nas relações de consumo. A atividade de fornecimento de produtos e serviços em um mercado de consumo de massa extrapola os restritos vínculos das relações contratuais, havendo a necessidade de se efetivar a tutela não só dos contratantes, mas também de terceiros, com superação à relatividade dos efeitos contratuais. A origem comum dos danos, associada àquela atividade de fornecimento de produtos e serviços, deve ensejar, em princípio de justiça equitativa, uma mesma solução para as vítimas. Autonomiza-se, então, o dever de proteção vinculando-o à atividade empresarial de fornecimento de produtos e serviços e não mais necessariamente ao contrato. Essa desconstrução enseja um regime indenizatório único que supera a

---

<sup>192</sup>Em relação ao contrato de depósito, o trabalho de Ugo Majello traz aprofundamento a respeito do dever de proteção (*Custodia e deposito*. Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1958).

<sup>193</sup>Em tema de dever de proteção nos contratos de transporte, cita-se como referência o trabalho de Gerardo Mastrandrea (*L'obbligo di protezione nel trasporto aereo di persone*. Padova: Cedam, 1994).

<sup>194</sup>CICCARELLO, Sebastiano. *Dovere di protezione e valore della persona*, cit., p. 53.

<sup>195</sup>FRADA, Manuel António de Castro Portugal Carneiro da. *Contrato e deveres de proteção*, cit. MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*, cit., p. 243-244.

<sup>196</sup>CICCARELLO, Sebastiano. *Dovere di protezione e valore della persona*, cit., p. 52.



dicotomia de responsabilidade civil contratual e extracontratual.<sup>197</sup> Autonomização não significa indiferença em relação aos vínculos contratuais, pois, presente uma relação contratual de consumo, exige-se da cláusula geral de segurança a produção de efeitos jurídicos integrativos do sistema normativo do programa contratual semelhantes às duas categorias anteriores de dever de proteção.

Há, em todas as três categorias, problemas conceituais em termos de autonomia, acessoriedade e instrumentalidade.<sup>198</sup>

Existe autonomia do dever de proteção, porquanto representa interesse distinto do interesse à prestação,<sup>199</sup> o que nem sempre implica autonomização do específico direito. Autonomia, que não se considera em face da relação jurídica contratual, mas em confronto com a obrigação principal.<sup>200</sup> A acessoriedade deve ter sua concepção restrita ao ponto de vista espacial, ou seja, à posição estrutural do aludido dever no âmbito da relação contratual, porquanto o dever de proteção não é acessório em sua concepção técnica. Reserva-se a questão da instrumentalidade para o aspecto funcional, não no sentido de designar o meio necessário para realizar o interesse devido na obrigação principal; ela, nesse particular, não diz respeito à prestação principal, mas sim aos interesses da relação contratual (primário e secundário), considerados em sua totalidade.<sup>201 e 202</sup>

---

<sup>197</sup>Esclarece Herman Benjamin que a dicotomia clássica entre responsabilidade civil contratual e responsabilidade civil extracontratual não se mostrou apta, nos próprios limites da *summa divisio*, a proteger adequadamente o consumidor. Inimaginável seria o desenvolvimento do direito do consumidor sem uma modificação profunda nas bases e sistematização da responsabilidade civil. BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos. *Manual de direito do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 156.

<sup>198</sup>CICCARELLO, Sebastiano. *Dovere di protezione e valore della persona*, cit., p. 38.

<sup>199</sup>Esclarece Luigi Mengoni que existe autonomia apenas enquanto elemento singular que ocupa uma posição essencial na estrutura unitária da relação obrigacional. A relação contratual não é uma entidade normativa ontologicamente distinta dos singulares direitos e obrigações que a constituem, mas também não é simplesmente a soma deles. (MENGONI, Luigi. *Scritti: obbligazioni e negozio*, cit., v. 2, p. 288).

<sup>200</sup>Em relação à autonomia do interesse protetivo, exemplifica Larenz a situação de um pedreiro, que tenha realizado a reparação do telhado de uma residência de modo que concluiu tal prestação exata e completamente, mas ao deixar o sótão acende um cigarro e lança descuidadamente o fósforo ainda em chamas, o que causa um incêndio no madeiramento do telhado. Neste caso, cumpriu a prestação principal perfeitamente, mas seria artificialo afirmar que também cumpriu o contrato, uma vez que não observou a relação de confiança existente entre os contratantes, no que diz respeito a conduzir-se de forma a não causar danos previsíveis e evitáveis ao dono da obra. (LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*, cit., t. 1, p. 364-365).

<sup>201</sup>Explica Sebastiano Ciccarello que a proteção da pessoa responde a um valor fundamental do ordenamento, cuja observância constitui medida de comportamento em qualquer vivência jurídica. Sob um perfil lógico, o nexo de instrumentalidade não resiste quando a relação é considerada isoladamente como um nômade avulso do sistema, levando-se em consideração, o fato de que, historicamente, o contrato nasceu para realizar um específico interesse que, nessa dimensão, parece principal. Em uma comparação absoluta, a conclusão é contrária, pois as posições se invertem, uma vez que o valor da tutela da pessoa se confirma, por si mesmo, principal (CICCARELLO, Sebastiano. *Dovere di protezione e valore della persona*, cit., p. 47).

<sup>202</sup>Na lição de Carlos Alberto da Mota Pinto em seu papel de instrumental, o dever de proteção não está isolado, antes a sua funcionalidade deve ser transposta para o quadro ou sistema que, em conexão com outros elementos (créditos, débitos, direitos potestativos, deveres acessórios, sujeições, ônus) integram: a

Além disso, as três mencionadas categorias coexistem ao lado do dever geral de cuidado, cuja tradução encontra-se no princípio *neminem laedere*, o qual atua sempre desvinculado de qualquer relação jurídica contratual.

As quatro figuras protetivas (três do dever de proteção contratual e aquela do dever geral de cuidado) são diferenciadas não tanto pelo conteúdo da obrigação, cujo comportamento consiste em evitar danos à integridade pessoal e patrimonial, mas sim quanto à função.

As normas gerais de conduta (dever geral de cuidado/*neminem laedere*) visam conferir apenas uma genérica proteção delitual da propriedade e da pessoa, voltadas a garantir um nível primário de regulação social, institucionalizando o princípio da recíproca consideração e respeito, indistintamente, entre todos os membros da comunidade.<sup>203</sup>

No que diz respeito à prestação de proteção, a tutela da vida ou da coisa é instrumental do próprio interesse principal do contrato, razão pela qual se situa no próprio coração do programa negocial, estando ligada indissociavelmente a uma outra obrigação, a saber: a prestação principal, o que justifica o nome prestação de proteção.<sup>204</sup>

O dever de proteção lateral (ou *em sentido estrito*, ou *deveres de proteção*) ostenta certa autonomia em relação à prestação principal e decorre do fenômeno integrativo do contrato. Tem por função a tutela de interesses fundamentalmente externos à relação contratual, cujos riscos são intensificados em razão do contrato, mas que não devem ser lesados quando do cumprimento dele.

A cláusula geral de segurança consiste em um regime híbrido. Promove, em uma menor amplitude, aquele nível primário da tutela genérica da propriedade e da pessoa, pois somente em relação à atividade de fornecimento de produtos e serviços no mercado, mas de maneira mais intensa que o assemelhado dever geral de cuidado. Em havendo vínculo, contudo, a cláusula geral de segurança atua nos mesmos moldes da prestação de proteção e do dever lateral de proteção no âmbito dos contratos de consumo.

Um importante esclarecimento deve ser feito em relação à distinção entre à obrigação de segurança e as duas primeiras categorias de dever de proteção. Os deveres de proteção tendem a preservar a incolumidade das partes contratantes diante a possíveis

---

relação contratual. Com efeito, também esta, produto de uma conexão de elementos ligados por uma comunidade de direção final, deve ser caracterizada como um processo. (PINTO, Carlos Alberto Mota. *Cessão da posição contratual*, cit., p. 348).

<sup>203</sup>FRADA, Manuel António de Castro Portugal Carneiro da. *Contrato e deveres de proteção*, cit., p. 127-128.

<sup>204</sup>CUCCU, Vanna. *Gli obblighi di protezione (profili in tema di contratto di trasporto)*, cit., p. 39.

danos a pessoa ou bens, enquanto a obrigação de segurança somente protege a integridade de uma das partes, especificamente, o credor,<sup>205</sup> ou melhor, o consumidor.

O aprofundamento do estudo relacionado ao dever de proteção nos conduz, portanto à análise do perfil normativo das três categorias mencionadas: prestação de proteção, dever lateral de proteção e cláusula geral de segurança.

Parte da atenção deve estar voltada à compreensão da estrutura obrigacional dos contratos, efetuando-se o raciocínio de harmonização entre o interesse à prestação e o interesse à proteção. Outra parte diz respeito à individualização de uma série de condutas protetivas, incluindo tanto àqueles vinculados à prestação principal, quanto àqueles que representam os deveres laterais do contrato e preordenados a permitir a realização do objeto da relação contratual sem dano para as partes, tendo por base a função integrativa da cláusula geral de boa-fé objetiva<sup>206</sup> ou das hipóteses normativas específicas.

## 2.2 Dever de proteção: concepção e distinções

O interesse de proteção, de natureza abstrata, necessita receber veste jurídica própria que lhe imprima concretização e decorre disso a gênese do dever de proteção contratual.

Na lição de Carlo Castronovo, o dever de proteção consiste na imposição de conduta às partes da relação contratual no sentido de se preservar a integridade das respectivas esferas jurídicas, protegendo-as no confronto de possíveis invasões prejudiciais que a existência da relação jurídica torna mais fácil por causa do contato social realizado.<sup>207</sup>

Não diverge do conceito apresentado por Mengoni, quando afirma que o dever de proteção diz respeito à preservação da pessoa e da propriedade da contraparte, em relação à possibilidade de que um dano possa derivar do desenvolvimento da particular relação instituída em virtude do vínculo negocial.<sup>208</sup>

<sup>205</sup>MORALES HERVIAS, Romulo. Los contratos com deberes de proteccion: a propósito de la vinculación entre el derecho constitucional y el derecho civil, cit., p. 55.

<sup>206</sup>VISINTINI, Giovanna. *Inadempimento e mora del debitore*. Milano: Giuffrè, 1987. p. 240. (Collana: il Codice Civile - commentario - diretto da Francesco d. Busnelli - Direttore Collana: Piero Schlesinger).

<sup>207</sup>CASTRONOVO, Carlo. *Obblighi di protezione*, cit., v. 21.

<sup>208</sup>CUCCU, Vanna. *Gli obblighi di protezione (profili in tema di contratto di trasporto)*, cit., p. 35.

O dever de proteção tutela a pessoa e as coisas do outro contratante.<sup>209</sup> Quanto ao primeiro valor, fala-se em tutela da pessoa e da personalidade no âmbito do fenômeno do dever de proteção.<sup>210</sup>

No que diz respeito à pessoa, a conduta protetiva deve ter por objeto não criar perigo tanto para a saúde, quanto para a segurança psíquica das pessoas (corpo e espírito), conforme aponta Philippe Le Tourneau.<sup>211</sup>

A necessidade de vínculo contratual também merece destaque, pois, caso ausente, o dever de proteção acabará sendo conduzido ao enquadramento do dever geral de cuidado, traduzido pelo princípio do *neminem laedere*.

Para que se possa falar em dever de proteção contratual, é necessário que o dano súbito à pessoa ou a coisa de uma das partes seja causado pela atividade da outra essencialmente conexa à execução do contrato.<sup>212</sup>

Tem por pressuposto um contato qualificado entre duas esferas jurídicas em cujo contexto se legitima um estado de dependência de uma em relação a outra, com a otimização do perigo de dano pelo modo particular da relação contratual.<sup>213</sup>

Interessante observação apresenta Philippe Le Tourneau, ao nomear de pseudo *obligation de sécurité*, as hipóteses em que a jurisprudência francesa reconhece a imposição do dever de proteção em situações estranhas ao vínculo contratual, as quais, em realidade, devem ser consideradas justamente expressão do dever geral de segurança fundado na responsabilidade civil delitual.<sup>214</sup>

Não se pode ignorar que o dever de proteção, em uma primeira análise, enseja deveres de comportamento às partes, semelhantes àqueles do dever geral de cuidado pressuposto da responsabilidade civil aquiliana e, por conta disso, necessário se traçar a distinção entre as situações.

Quanto ao aspecto funcional já se afirmou que as normas gerais de conduta conferem apenas uma genérica proteção delitual da propriedade e da pessoa, voltadas a garantir um nível primário de regulação social, institucionalizando o princípio da recíproca consideração e respeito, indistintamente, entre todos os membros da comunidade.

---

<sup>209</sup>CABANILLAS SANCHEZ, Antonio. *Los deberes de protección del deudor en el derecho civil, en el mercantil y en el laboral*, cit., p. 234.

<sup>210</sup>CICCARELLO, Sebastiano. *Dovere di protezione e valore della persona*, cit., p. 196.

<sup>211</sup>LE TOURNEAU, Philippe. *Responsabilité des vendeurs et fabricants*, cit., p. 101.

<sup>212</sup>CICCARELLO, Sebastiano. *Dovere di protezione e valore della persona*, cit., p. 32.

<sup>213</sup>Id. *Ibid.*, p. 198-199.

<sup>214</sup>LE TOURNEAU, Philippe. *Responsabilité des vendeurs et fabricants*, cit., p. 105.

O dever de proteção, por seu turno, como aponta Carneiro da Frada, visa uma defesa de integridade individualizada no âmbito de uma relação social limitada e particularizada como é o contrato.<sup>215</sup>

Em particular, destaca-se o efeito que o contato negocial tem de potencializar certos riscos entre os intervenientes, segundo o tipo contratual específico, razão pela qual se impõe aos contratantes um vínculo agravado com deveres de agir regrados pelas exigências de lealdade e lisura, atuando os participantes, sempre que seja possível e razoável, de modo a evitar que o parceiro sofra um prejuízo durante a vida da relação, mesmo quando o risco não resulte de nenhuma atuação prévia do sujeito.<sup>216</sup> No dever de proteção, não se mostra, pois, suficiente a solidariedade mínima da proteção delitual geral.

Daí porque Carneiro da Frada, forte na lição de Joseph Esser, alerta para o fato de o dever de proteção representar “deveres de prevenção dos perigos contratuais,”<sup>217</sup> não sendo, pois, de se sustentar a dispensabilidade de toda essa construção em face dos esquemas normais da responsabilidade aquiliana.<sup>218</sup>

O dever de proteção exprime, deste modo, mais do que a simples necessidade de resolver um conflito geral entre a liberdade de atuação e movimentação dos sujeitos. Traduz, no plano dogmático, a imposição às partes no contrato da adoção de medidas de cuidado necessárias para evitar que os interesses de integridade suscetíveis de serem atingidos pela execução do contrato sejam de fato afetados.

Da obrigação de proteção, importa, ainda, separar os “deveres no tráfego”, os quais representam situações que não resultam de ataque direto ou imediato à propriedade ou à pessoa. São as chamadas ofensas mediatas dos bens,<sup>219</sup> que se situam no terreno da

---

<sup>215</sup>FRADA, Manuel António de Castro Portugal Carneiro da. *Contrato e deveres de proteção*, cit., p. 168-169.

<sup>216</sup>Id. Ibid., p. 266.

<sup>217</sup>Id. Ibid., p. 69.

<sup>218</sup>Ensina Carlos Alberto da Mota Pinto que, dessa forma, conhece a nossa vida jurídica uma extensão da esfera da responsabilidade contratual em relação à da responsabilidade aquiliana. O genérico dever de *neminem laedere* é absorvido, sempre que estão em causa comportamentos ligados ao fim contratual, nos quadros da responsabilidade *ex contractu*. Fenômeno bem conhecido das jurisprudências alemã, francesa ou italiana, através do reconhecimento dos *Schutzpflichten*, das *obligations de sécurité*, ou dos *doveri di protezione*. (PINTO, Carlos Alberto Mota. *Cessão da posição contratual*, cit., p. 341).

<sup>219</sup>Segundo Jorge Ferreira Sinde Monteiro, a lesão ocorre fora do quadro do decurso da ação do agente, diferentemente dos casos de ações que conduzem ao resultado lesivo, atingindo diretamente um bem ou direito protegido. Daí utilizar as expressões de ataque “direto” e “indireto” para a distinção. No caso de violação de leis de proteção, o juízo de ilicitude recai preponderantemente sobre a conduta, enquanto, no que tange aos deveres de proteção, o juízo de ilicitude recai sobre o resultado (agregado sempre à inobservância de um dever jurídico de agir). (in *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*. Coimbra: Almedina, 1989. p. 305).

responsabilidade civil delitual em virtude de conduta omissiva, traduzida na não observância de um dever de cuidado.<sup>220</sup>

Trata-se de um dever de agir de cuidado que resulta de uma ação anterior do agente, embora não necessariamente ilícita ou culposa, mas que insere a vítima em situação de perigo.<sup>221</sup>

A partir da teoria dos delitos por omissão, entendeu-se que aquele que cria a situação de perigo ou a deixa persistir na esfera de outrem tem de tomar as medidas de segurança necessárias, de acordo com as circunstâncias, para a proteção das outras pessoas.<sup>222</sup>

Defende-se, assim, a existência de um princípio geral dos deveres do tráfego, segundo o qual a pessoa que cria ou mantém uma situação especial de perigo tem o dever de agir, tomando as providências necessárias para prevenir os danos com ela relacionados.<sup>223</sup>

Não se inserem aqueles no dever de proteção, pois este constitui um dever legal específico no contexto que o faz nascer, enquanto os deveres de cuidado no tráfego, segundo difere Menezes Cordeiro, surgem como obrigação genérica em face dos danos involuntários prevenidos por normas comandadas pela remissão para o padrão do bom pai de família.<sup>224</sup>

O dever de proteção, assim, situa-se em um nível sistemático diverso de tutela da integridade pessoal e patrimonial em relação aos deveres de tráfego. Aquele não é estabelecido a partir de regras gerais de convivência, nem está adstrito ao regime das condutas omissivas decorrentes da falta de diligência.

---

<sup>220</sup>Observa-se, no Direito Brasileiro, previsão da ilicitude dessa conduta omissiva, conforme artigo 13, §2º, alínea “c”, do Código Penal, que considera relevante a omissão se o agente com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado.

<sup>221</sup>Segundo Jorge Ferreira Sinde Monteiro, constituem exemplos de deveres de segurança no tráfego que prescrevem uma omissão: (não) vender fogo de artifício a crianças; prover locais de recreio para crianças com arame farpado ou portas em edifícios escolares com vidro estilhaçável. E, ainda, levar uma criança vizinha ao cemitério, tendo o dever de a manter afastada dos perigos que a ameaçam ao brincar com pedras tumulares; quem armazena bidões de gasolina vazios nas proximidades de um parque infantil está obrigado a fechar estes de tal sorte que só possam ser abertos com o auxílio de uma ferramenta (Tribunal Federal suíço – BGE 66 II 114). São espécies de deveres de tráfegos: os perigos que se ligam à utilização de uma estrada ou caminho (perigos do tráfego); os que se prendem com o estado de uma coisa, móvel ou imóvel (perigos de coisas); aqueles que derivam do exercício de uma atividade (perigos de atividades). (MONTEIRO, Jorge Ferreira Sinde. *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*, cit., p. 310, 317 e 325).

<sup>222</sup>Id. *Ibid.*, p. 311.

<sup>223</sup>ATAÍDE, Rui Paulo Coutinho de Mascarenhas. *Responsabilidade civil por violação de deveres no tráfego*. Coimbra: Almedina, 2015. p. 264.

<sup>224</sup>CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa-fé no direito civil*, cit., p. 1225-1226.

Daí a precisa a menção de Carneiro da Frada, quando cita a doutrina de Jhering, para afirmar que quem contrata passa com isso do círculo dos deveres puramente negativo do tráfico extracontratual ao círculo dos deveres positivos da esfera contratual.<sup>225</sup>

Apesar das distinções apontadas acima, não se ignora a possibilidade de reprovação da conduta lesiva à propriedade ou à integridade pessoal, praticada entre contratantes, por meio de juízos abstratos ou generalizantes ligados à tutela erga omnes desses bens.

Deve existir, portanto, uma distinção funcional, ficando a obrigação de proteção circunscrita aos riscos estritamente conexos com o tipo de contato contratual, como também qualitativa ante as implicações mais ou menos intensas de cooperação e solidariedade entre as partes contratantes, a reclamar em certos termos um dever de agir.<sup>226</sup>

Por conta disso, se o dano só tem uma relação de mera ocasião com o contrato, o infortúnio que atingiu o lesado nada mais exprime do que a contingência geral da vida, não agravada por nenhuma circunstância particular relacionada ao contrato.<sup>227</sup>

Logo, quando a lesão da integridade se produz sem íntima conexão com os contatos contratuais determinados, a reparação há de obedecer em exclusivo aos parâmetros da responsabilidade delitual.

De todo modo, de se reconhecer, em alguns casos, a intermutabilidade funcional entre os dois tipos de deveres.<sup>228</sup> E o direito brasileiro, tal qual o sistema português mencionado por Menezes Cordeiro, formado na base de transferências culturais múltiplas, tem uma instrumentação que em algumas vezes faculta as duas vias.<sup>229</sup>

Necessário, ainda, justificar o acolhimento no presente trabalho do termo dever de proteção para denominar a figura jurídica protetiva. Obrigação e dever são um primeiro ponto de debate. Proteção e segurança representam as expressões que também ensejam divergências.

Normalmente o problema se resolve a partir do instituto jurídico estrangeiro importado, cuja denominação é simplesmente objeto de tradução para a língua nacional.

Ocorre que, em relação à figura protetiva, não se verifica no ordenamento jurídico brasileiro a transposição de uma única vertente, no que se quer falar especificamente da

---

<sup>225</sup>FRADA, Manuel António de Castro Portugal Carneiro da. *Contrato e deveres de proteção*, cit., p. 172.

<sup>226</sup>Id. *Ibid.*, p. 171.

<sup>227</sup>PINTO, Carlos Alberto Mota. *Cessão da posição contratual*, cit., p. 409.

<sup>228</sup>FRADA, Manuel António de Castro Portugal Carneiro da. *Contrato e deveres de proteção*, cit., p. 167.

<sup>229</sup>CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa-fé no direito civil*, cit., p. 620.

*obligation de sécurité* do direito francês, que, dentre nós, inspirou o Código de Defesa do Consumidor, e do *Schutzpflicht* (dever de proteção) do direito alemão, que norteio o raciocínio relacionado aos efeitos da boa-fé objetiva.

Ademais, mesmo quando possível identificar com clareza o instituto jurídico estrangeiro importado, a questão não é isenta de problemas, como exemplifica Menezes Cordeiro a partir do direito alemão, uma vez que obrigação não corresponde precisamente a *Schuldverhältnis* (relação obrigacional), nem a *Pflicht* (dever), mas pode ser usada em sinonímia com qualquer uma dessas expressões.<sup>230</sup> Em Portugal, oportuno esclarecer, toda a ideia da figura protetiva é desenvolvida a partir da teoria alemã e existe preferência pelo termo *deveres de proteção* por influência da doutrina de Carneiro da Frada, que em sua clássica obra acolheu e disseminou tal expressão, enquanto tradução da palavra *Schutzpflichten*.<sup>231</sup>

Na Itália, por outro lado, em que pese a predominante referência da influência alemã, observa-se a utilização de duas terminologias: *obblighi di protezione*<sup>232</sup> (obrigações de proteção) e *dovere di protezione*<sup>233</sup> (deveres de proteção). Na visão de Vanna Cuccu, não seria correto se falar dever de proteção (*dovere di protezione*), salvo com referência ao âmbito extracontratual ou, no máximo, pré-contratual. Isto porque, o comportamento devido se localiza em uma relação patrimonial, reservando-se o termo obrigação (*obbligo*) para os comportamentos assumidos em que se denota o aspecto econômico.<sup>234</sup> Já Sebastiano Ciccarello adota o termo *dovere di protezioni*, sob a justificativa da dimensão ética, da valoração autônoma do fenômeno, uma tutela preventiva em relação ao dano. Compreende, contudo, a utilização do termo obrigação por boa parte da doutrina, uma vez que o fenômeno está inserido no âmbito de uma relação contratual, portanto de natureza patrimonial em que se outorga a outrem um correlato direito subjetivo. Assim, conclui que, a par da natureza intrínseca do fenômeno, é supérfluo fazer diferença entre os termos

---

<sup>230</sup>CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Tratado de direito civil português: direito das obrigações: introdução, sistemas e direito europeu das obrigações, dogmática geral*, cit., v. 2, t. 1, p. 254.

<sup>231</sup>FRADA, Manuel António de Castro Portugal Carneiro da. *Contrato e deveres de proteção*, cit.

<sup>232</sup>CASTRONOVO, Carlo. *Obblighi di protezione*, cit., v. 21.

<sup>233</sup>BENATTI, Francesco. *Osservazioni in tema di doveri di protezioni*, cit., p. 1342-1363. CICCARELLO, Sebastiano. *Dovere di protezione e valore della persona*, cit.

<sup>234</sup>CUCCU, Vanna. *Gli obblighi di protezione (profili in tema di contratto di trasporto)*, cit., p. 91.



obrigação e dever.<sup>235</sup> Nesse sentido, Riccardo Guastini aponta *obbligo* e *dovere* como sinônimos, podendo um ser utilizado no lugar do outro sem que se perca o significado.<sup>236</sup>

Qual, então, o adequado termo para expressar a figura protetivo no contexto do ordenamento pátrio em que se constata forte influência tanto do instituto alemão do *Schutzpflicht* (dever de proteção) quanto do fenômeno francês da *obligation de sécurité*? Obrigação ou dever? Proteção ou segurança?

Em doutrina, o termo dever expressa a conduta imposta ao sujeito, sob pena de sanção. Pode ser geral ou especial, conforme se concentre numa certa pessoa ou se refira à universalidade das pessoas. Não se exige conteúdo patrimonial direto.<sup>237</sup>

O termo obrigação é espécie do gênero dever, reservada para designar a conduta correlata a um direito de crédito, ou seja, o comportamento imposto em interesse de outrem em que se denota conteúdo patrimonial direto no objeto da prestação.<sup>238</sup>

Considerando-se que, em regra, as condutas devidas por força do interesse de proteção ostentam precipuamente um fundamento ético e não tem por objeto de prestação uma coisa ou um fazer de conteúdo patrimonial (direito de crédito), tanto que sua principal categoria de conduta diz respeito ao dever de aviso, de se concluir que, tecnicamente, o termo “dever”, quando em disputa com o termo “obrigação”, representa a expressão que melhor designa o fenômeno. Um dever especial, que diz respeito aos contratantes.

Proteção ou segurança? Em princípio, os termos são sinônimos. Uma é usada para definir a outra. Uma pequena distinção até pode ser feita. Para tanto, segurança deve ser compreendida enquanto uma situação, ou seja, o estado do que se acha seguro ou firme, livre de danos ou riscos. E proteção, sob a ótica de conduta, isto é, o ato de proteger alguém ou algo de um perigo, a ação de cuidado ou assistência especial dispensados a alguém. Haveria, assim, uma diferença de intensidade quanto à eliminação dos riscos para o credor. Um nível mais intenso para a segurança, cuja ideia se mostra mais compatível com as categorias de obrigação de resultado e garantia, em que se exige o estado ideal de ausência de danos ou riscos para o credor, de modo a justificar, inclusive, a escolha desse termo pela doutrina francesa, que, na origem da *obligation de sécurité*, trabalhava a teoria

<sup>235</sup>CICCARELLO, Sebastiano. *Dovere di protezione e valore della persona*, cit., p. 35.

<sup>236</sup>GUASTINI, Riccardo. *Obbligo*. In: ENCICLOPEDIA Giuridica. Roma: Istituto della Enciclopedia Italiana, 2007. v. 21.

<sup>237</sup>GOMES, Orlando. *Obrigações*. 11. ed. rev. e atual. por Humberto Theodoro Junior. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 6-7.

<sup>238</sup>Id. *Ibid.*, p. 11.

nos moldes da obrigação de resultado, somente. Proteção, por seu turno, expressando conduta, aproxima-se da ideia de diligência, do comportamento de cuidado, bem representativo do dever de colaboração fundado no princípio da boa-fé objetiva, que serviu de fundamento ao instituto alemão do *Schutzpflicht*. Uma distinção que, entretanto, não teria mais razão de ser, uma vez que a teoria da *obligation de sécurité* comporta atualmente situações qualificadas como obrigação de meio, em que se tem por fundamental a ideia de conduta diligente, enquanto a figura do *Schutzpflicht* contempla hodiernamente hipóteses de responsabilidade pelo risco, atribuindo-se ao devedor os efeitos em decorrência da alteração do *status quo ante*, ou seja, de incolumidade da pessoa e de seu patrimônio. A questão da terminologia, portanto, tem sua explicação mais na origem e menos no significado.

Em se tratando de relações de consumo, a origem francesa ensejou a consagração legislativa do termo *segurança* (CDC), cujo uso, portanto, se faz adequado nas referidas hipóteses. Sua natureza unilateral, pois atribuída ao fornecedor, não expressa o fenômeno mais amplo do interesse de proteção, a fim de ser utilizado para designar o gênero da categoria.

Foi a doutrina alemã que desenvolveu a dogmática da matéria no contexto maior da teoria geral dos contratos, explicitando, primeiro, a ideia do interesse de proteção (*Schutzinteresse*) e, depois, sua concretização por meio da figura do *Schutzpflicht*. A opção pelo termo *dever de proteção*, portanto, ao mesmo tempo que presta homenagem à gênese dogmática da figura, também evita a amplitude, que se relaciona a atividade de consumo, e a incidência unilateral que se defende para a figura da obrigação de segurança.

A flexão gramatical no singular é proposital para identificar o termo *dever de proteção* exclusivamente com o gênero do interesse protetivo contratual, sem trazer confusão com suas categorias: prestação de proteção; dever de proteção em sentido estrito e obrigação de segurança. Principalmente em relação ao dever de proteção em sentido estrito, comumente designado *deveres de proteção*. Assim, reserva-se o singular para o gênero e o plural para a espécie indicada, com suas figuras parcelares típicas e atípicas.

Não obstante a opção adotada, reconhece-se que o termo obrigação de segurança está praticamente consagrado pela jurisprudência pátria para expressar a ideia do interesse protetivo em seu aspecto geral, muito em função da predominância de julgados envolvendo relação de consumo, cuja fonte normativa utiliza mencionada expressão.

### 2.3 Conteúdo obrigacional do dever de proteção

Seguindo raciocínio de Sebastiano Ciccarello, se a existência do dano impõe ao direito uma intervenção de natureza reparatória, de se concluir, por razão axiológica, que evitar esse dano é logicamente um valor jurídico. O direito não pode ser indiferente à possibilidade de evitar o dano.<sup>239</sup>

Assim, o dever de proteção existe, primeiramente, como *norma de comportamento*,<sup>240</sup> funcionalizado à satisfação de um interesse negativo que consiste em evitar lesão à integridade física e patrimonial da outra parte, com manutenção do *status quo*.

Um escopo puramente negativo, cujo conteúdo, segundo lição de Mengoni, não é necessariamente negativo, pois não são raras as figuras do dever de proteção que têm por objeto um *facere* positivo, por exemplo, os deveres de comunicação e de custódia.<sup>241</sup> Esse mesmo modo de pensar observa-se na lição de Geneviève Viney quando menciona que o interesse de proteção deve ser implementado por um dever de vigilância (*surveillance*), a fim de lhe aumentar os efeitos.<sup>242</sup> Também na afirmação de Judith Martins-Costa, quando sustenta que pode apresentar conteúdo positivo, *exigindo uma conduta de colaboração voltada a evitar danos injustos*.<sup>243</sup>

Na busca de se ampliar o alcance do regime de proteção, afasta-se, pois, o entendimento de se restringir as condutas protetivas somente às ações de conteúdo negativo.<sup>244</sup>

Estabelece-se, assim, o dever de proteção com escopo negativo concretizado por meio de condutas positivas e negativas.<sup>245</sup>

<sup>239</sup>CICCARELLO, Sebastiano. *Dovere di protezione e valore della persona*, cit., p. 13.

<sup>240</sup>Id. Ibid., p. 183.

<sup>241</sup>MENGONI, Luigi. *Obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi: studio critico*. Milano: Casa Editrice Dottor Francesco Vallardi, 1954. p. 68.

<sup>242</sup>VINEY, Geneviève. *Introduction à la responsabilité*, cit., p. 502.

<sup>243</sup>MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*, cit., p. 244.

<sup>244</sup>CUCCU, Vanna. *Gli obblighi di protezione (profili in tema di contratto di trasporto)*, cit., p. 31.

<sup>245</sup>Ensina Carlos Alberto da Mota Pinto que o dever de proteção, ao lado dos demais deveres, têm todos eles a missão de garantir a plena consecução dos interesses cuja satisfação constitui o fim do contrato, podendo incidir sobre uma ação ou um comportamento positivo (declaração, informação, cooperação com a contraparte, etc) ou sobre uma omissão (abstenção de atos que importem consequências danosas para o objeto da prestação ou para a esfera jurídica pessoal ou patrimonial da contraparte ou, mais genericamente, que envolvam qualquer perigo para a realização do fim contratual. PINTO, Carlos Alberto Mota. *Cessão da posição contratual*, cit., p. 342).

Traduz sempre uma modalidade de conduta, conforme sintetiza Sebastiano Ciccarello. Não importa se acessória, instrumental, autônoma ou subordinada, o dever de proteção no âmbito da relação contratual se traduz em uma positiva modalidade de comportamento do sujeito.<sup>246</sup> E, deduzir esse comportamento ao objeto de um dever de proteção contratual é útil para permitir a incidência de efeitos jurídicos, principalmente aqueles relacionados ao contrato, com destaque para eventual extinção da relação jurídica (mediante resolução ou outro meio), quando esses comportamentos não são colocados em prática, embora não tenham eles causado algum dano.<sup>247</sup>

E, na base do dever de proteção, emerge uma exigência de prevenção, pois se quer, por meio do comportamento imposto, evitar o provável dano em vez de se limitar a reagir-se contra aquela lesão já verificada.<sup>248</sup>

De ordem geral, portanto, é o critério teleológico que primeiro norteia a concretização dos comportamentos devidos pelas partes. As condutas positivas e negativas devem implementar a funcionalidade do dever de proteção. Durante o período em que as esferas jurídicas das partes estão próximas e expostas a perigo em decorrência do vínculo negocial, cumpre-se indagar quais atividades os contratantes devem adotar para atingir, em uma relação de causalidade, aquele escopo negativo de evitar danos a outrem.

Por meio de raciocínio inverso, Sebastiano Ciccarello indica o mesmo resultado, ao afirmar que o fato (ou ato) capaz de colocar em perigo os valores da pessoa é idôneo a produzir, em conformidade ao ordenamento, a obrigação qualificável como dever de proteção.<sup>249</sup>

Anteriormente, tratou-se da complexidade contratual em que se destacou a existência da prestação principal, das prestações secundárias e dos deveres acessórios (laterais),<sup>250</sup> como também foi mencionada a questão do posicionamento do dever de proteção na dimensão espacial da relação jurídica contratual, ou seja, quando ingressa de algum modo na prestação principal ou quando vive em uma dimensão autônoma ainda que

---

<sup>246</sup>CICCARELLO, Sebastiano. *Dovere di protezione e valore della persona*, cit., p. 78.

<sup>247</sup>BENATTI, Francesco. *Osservazioni in tema di doveri di protezioni*, cit., p. 1363.

<sup>248</sup>CICCARELLO, Sebastiano. *Dovere di protezione e valore della persona*, cit., p. 203.

<sup>249</sup>Id. *Ibid.*, p. 243.

<sup>250</sup>CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Tratado de direito civil português: direito das obrigações: introdução, sistemas e direito europeu das obrigações, dogmática geral*, cit., v. 2, t. 1, p. 455, 462-465.

dentro do relacionamento.<sup>251</sup> E, nesse momento do trabalho, tais questões serão aprofundadas.

### 2.3.1 Conteúdo obrigacional da prestação de proteção

Posicionado no contexto da prestação principal, o dever de proteção pode representar, em um primeiro momento, a própria conduta devida. Quanto ao caráter integrativo nesse mecanismo, o dever de proteção é inserido autoritariamente, como efeito legal, na estrutura da *fattispecie* e na dinâmica da relação contratual.<sup>252</sup> É o que ocorre no contrato de depósito, situação em que o interesse de proteção é espelho do adimplemento contratual, tendo, como medida do conteúdo obrigacional, o cuidado e diligência que a pessoa costuma ter com o que lhe pertence (art. 629, do Código Civil).

Em um segundo perfil vinculado à prestação principal, o dever de proteção enriquece a estrutura dos tipos obrigacionais (fazer, não-fazer, entrega de coisa), trazendo novos contornos à *forma* de cumprimento dos modelos legais de comportamento no intuito de atender ao interesse protetivo.

De se recordar que, sob pena de *imperfeição no cumprimento da obrigação*,<sup>253</sup> os modelos obrigacionais de comportamento observam os pressupostos de *tempo, lugar e forma*, em face do conceito de mora adotado em nosso direito, *ex vi* o artigo 394 do Código Civil, que não se restringe ao retardamento.

A necessidade de se cuidar da incolumidade, portanto, tem um de seus pontos de fixação no âmbito do conteúdo obrigacional justamente na *forma*, enquanto pressuposto de adimplemento de determinada prestação principal, seja em uma visão instrumental do dever de proteção,<sup>254</sup> seja pela adoção do conceito de obrigação com objeto complexo.<sup>255</sup>

<sup>251</sup>CICCARELLO, Sebastiano. *Dovere di protezione e valore della persona*, cit., p. 38.

<sup>252</sup>Id. *Ibid.*, p. 47.

<sup>253</sup>ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*, cit., p. 18.

<sup>254</sup>Francesco Benatti socorre-se do exemplo formulado por Asquini para apresentar essa concepção instrumental do dever de proteção, assim, afirma que no contrato de transporte ao lado da obrigação principal de transferir uma pessoa de um lugar ao outro, existe uma obrigação acessória de levar o viajante incólume ao destino, porquanto a utilidade econômica da prestação seria nula se o viajante não chegasse são e salvo ao destino. (BENATTI, Francesco. *Osservazioni in tema di doveri di protezioni*, cit., p. 1360.)

<sup>255</sup>Caio Mario da Silva Pereira afirma que, na obrigação com objeto complexo, o devedor não se desvincula enquanto não cumpre a integralidade do débito, na sua inteira complexidade, compreendendo a prestação principal e seus acessórios ou as prestações principais plúrimas (PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de direito civil*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. v. 2, p. 114).

Esse raciocínio aplicado à prestação principal é extensível às prestações secundárias, consideradas isoladamente.<sup>256</sup>

Nas obrigações de fazer e de não-fazer, o dever de proteção é integrado ao pressuposto formal, por meio da materialização de um dever de diligência intrínseco à prestação devida. Nessa sede, o comportamento exigível não mais é representado pela simples conduta de cunho patrimonial, pois também necessária a atuação cuidadosa do contratante quando da realização da conduta objeto da obrigação (omissiva ou comissiva), a fim de não ser o mero cumprimento da conduta obrigacional causa de danos ao outro contratante ou a terceiros.

O dever de diligência enquanto pressuposto de *forma* do cumprimento da prestação, distinto do dever lateral de proteção, é bem identificado no exemplo de Benatti,<sup>257</sup> quando destaca nos contratos de transporte a hipótese de condução perigosa por parte do motorista (ultrapassagens incautas, velocidade excessiva, etc.), caso em que a observância de determinada cautela durante o transporte assume relevo, independente da produção de danos.<sup>258</sup>

A mesma concepção de conduta diligente intrínseca à prestação primária é desenvolvida por Mengoni, em relação ao contrato de prestação de serviço médico. Segundo o jurista italiano, a prestação principal devida pelo médico envolve por sua natureza a observância de certas regras técnicas-científicas em conexão a um esforço constante de prudência, de atenção, de diligência, sem o qual o conceito de cuidado médico deixaria de ser essencialmente de uma boa cura. Além dessa diligência vinculada à prestação primária, o médico ostenta um dever marginal de proteção, que estaria violado,

---

<sup>256</sup>Exemplifica-se: a entrega de um documento com dados sigilosos da parte contratante, necessário para o cumprimento da obrigação principal, deve ser feita de maneira cuidadosa a não permitir a exposição das informações.

<sup>257</sup>BENATTI, Francesco. Osservazioni in tema di doveri di protezioni, cit., p. 1360.

<sup>258</sup>De se observar que a indicação do dever de diligência no contrato de transporte não tem por fim defender eximemente escudada na devida diligência, a fim de afastar a responsabilidade civil do transportador, cuja natureza objetiva é amplamente reconhecida (MORSELLO, Marco Fábio. *Responsabilidade civil no transporte aéreo*. São Paulo: Atlas, 2006. p. 285-289). A ideia da análise é deduzir o comportamento para permitir a incidência de efeitos jurídicos contratuais, como, por exemplo, permitir ao passageiro, quando de uma parada, recusar-se a continuar em uma viagem de ônibus, caso o motorista tenha se conduzido de referida forma imprudente, com excesso velocidade, manobras arriscadas ou ultrapassagens perigosas, em trecho anterior, quiçá sob efeito de álcool, substância entorpecente ou simplesmente dominado pelo sono e cansaço. Não obstante, importante lembrar a lição de Marco Fábio Morsello, segundo o qual, havendo dolo ou culpa grave do transportador aéreo, nos termos do sistema de Varsóvia, bem como do Código Brasileiro de Aeronáutica, a qualificação da diligência pode ter o efeito de afastar o limite indenizatório previsto para a responsabilidade civil do transportador. (Id. Ibid., p. 333).

por exemplo, caso o médico, após terminada com sucesso uma cirurgia abdominal, deixasse cair das mãos um bisturi que atinge o olho do paciente, causando-lhe lesão.<sup>259</sup>

Nesse mesmo sentido, Henri Mazeaud, Leon Mazeaud e André Tunc, a fim de demonstrar a diversidade da natureza obrigacional (resultado e meio) na obrigação de segurança, exemplificam a situação do instrutor de equitação, do qual não se tem a pretensão de evitar que o aprendiz jamais caia, mas somente que se obrigue a exercer diligência e prudência.<sup>260</sup>

Vinculado à utilidade da prestação principal, o cumprimento do dever de proteção contribui, mas, por si só, não implica, nem prova o cumprimento da obrigação central, tendo em vista a distinção dos interesses.

Nesse regime de incidência não se constata aquela plena autonomização que se aplica aos deveres laterais de proteção, pois o interesse protetivo conforma o modo de cumprimento da própria prestação devida, não sendo dela inteiramente cindível. Ostenta o interesse de proteção reduzida autonomia funcional, pois, ao se reconhecer o dever de proteção no âmbito da relação obrigacional primária, a análise é feita como parte não independente do conteúdo da própria obrigação principal de prestação. Ainda, assim, consegue-se apontar certa autonomização de efeitos.

Em se tratando de contrato de transporte, por exemplo, considera-se a prestação principal a transferência da pessoa ou da coisa sem danos, havendo, como ressalta Emilio Betti, a garantia da incolumidade da pessoa do viajante, que segundo o próprio tipo do contrato está inserido na prestação principal da relação jurídica,<sup>261</sup> o que, diante do estreito vínculo, tem o efeito de prestigiar o argumento em favor da ausência de autonomização.

Entretanto, não se pode ignorar a crítica de Carlo Castronovo, quando menciona a disposição normativa que estabelece a nulidade da cláusula que limita a responsabilidade do transportador em caso de sinistro que atinge o viajante (art. 1.681, 2º *comma*, *Codice Civile*), para, a partir dela, concluir que, se existe a possibilidade de se destacar o correlato

<sup>259</sup>MENGONI, Luigi. *Obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi*: studio critico, cit., p. 71.

<sup>260</sup>TUNC, André; MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Leon. *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*. 6. ed. Paris: Montchrestien, 1965. v. 1, p. 204.

<sup>261</sup>BETTI, Emilio. *Teoria generale delle obbligazioni*: prolegomeni: funzione economico-sociale dei rapporti d'obbligazione. Milano: Giuffrè, 1953. v. 1, p. 143.

dever em sua inteireza, ou ao menos parte dele, a ideia de ausência de absoluta autonomia não se sustenta.<sup>262</sup>

O mesmo raciocínio o jurista italiano aplica em relação ao contrato de locação, em que a obrigação do locador não se limita a permitir o gozo da coisa pelo locatário, mas implica também que tal cessão de uso ocorra sem danos à pessoa do locatário e de quem mais dela participar, havendo, pois, a vinculação do dever de proteção à prestação principal. Não obstante, existem faculdades autônomas de proteção que o ordenamento jurídico concede ao locatário, como, por exemplo, a resolução contratual em caso de vício da coisa ou de parte considerável dela que exponha a sério perigo a saúde do inquilino ou de seus familiares e dependentes (art. 1580, *Codice Civile*).<sup>263</sup>

Não se concebe, contudo, o dever de preservar a incolumidade da outra parte como um mero termo de referência de uma distinta *fattispecie* de responsabilidade contratual, sem representar uma especificação da obrigação principal e de transportar.<sup>264</sup>

Ausência de autonomização, como já se mencionou acima, não significa acessoriedade da obrigação de proteção em relação ao interesse de prestação. Conforme pontua Gerardo Mastrandrea no que concerne ao contrato de transporte aéreo de pessoas, a obrigação de cuidar da incolumidade do passageiro é um elemento que caracteriza intimamente o transporte de pessoa, assumindo a conotação de uma obrigação fundamental, conexas à execução da obrigação principal, mas ao mesmo tempo autônoma e principal também como ela.<sup>265</sup>

Ademais, segundo lição do próprio Carlo Castronovo, quando se afirma que a tutela do interesse de proteção é funcionalizada pela diligência, é porque se destaca a compreensão do momento dinâmico da relação contratual, mas não se pode correr o perigo de uma obliteração do momento estrutural.<sup>266</sup>

Esse momento estrutural do dever de proteção no âmbito da relação contratual, quando tem sede na prestação principal, implica a tutela do interesse de proteção na própria natureza da obrigação primária do contrato. O dever de proteção, nessa categoria, integra o tipo contratual obrigacional, razão pela qual reduzido o papel da boa-fé como seu

---

<sup>262</sup>CASTRONOVO, Carlo. *Obblighi di protezione e tutela del terzo*. *Jus/Rivista di Scienze Giuridiche*, Milano, ano 23, fasc. 1-2, p. 145-146, 1976.

<sup>263</sup>Id. *Ibid.*, p. 146.

<sup>264</sup>Id. *Ibid.*, p. 145.

<sup>265</sup>MASTRANDREA, Gerardo. *L'obbligo di protezione nel trasporto aereo di persone*, cit., p. 53-54.

<sup>266</sup>CASTRONOVO, Carlo. *Obblighi di protezione e tutela del terzo*, cit., p. 147-148.



fundamento. No que diz respeito ao tipo contratual obrigacional, portanto, é o dever de diligência que recebe papel de destaque. A diligência, nesse sentido, não é autonomizável da onticidade da própria prestação principal.<sup>267</sup>

Como salienta Massimo Bianca, no contato com a esfera jurídica do outro contratante, o dever de diligência ingressa no conteúdo da obrigação sob dois perfis: 1) a existência de interesses do credor, que são expostos à particular ingerência do devedor na execução da prestação, é um fator que repercute diretamente sobre o comportamento que se pretende do devedor; 2) a execução danosa da relação obrigacional exige que o credor seja tutelado não somente com a sanção do ressarcimento do dano, mas também com outros remédios em face do inadimplemento inexato.<sup>268</sup>

A cláusula geral de boa-fé objetiva, sem desempenhar o papel de precípua fundamento nessa categoria do dever de proteção, atua de modo a oferecer os contornos para a concepção da conduta diligente, fixando por critério de análise a conduta ideal exigível do indivíduo comum em relação à determinada circunstância considerada.<sup>269</sup> Considerando a função integrativa teorizada por Betti, são deveres decorrentes do princípio da boa-fé objetiva de maior vizinhança em relação à obrigação principal, aqueles que se caracterizam com o propósito de assegurar o perfeito adimplemento da prestação principal e dela são estreitamente ligados são denominados instrumentais, não podendo ser cindidos, nem admitem ação autônoma; sua inobservância provoca a execução faltosa, o adimplemento inexato.<sup>270</sup>

O dever de diligência, sem resumir o conceito, posiciona-se como a norma primária e básica de efetivação do dever de proteção contratual.<sup>271</sup> Diligência que não é, ela própria,

<sup>267</sup>CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Tratado de direito civil português: direito das obrigações: introdução, sistemas e direito europeu das obrigações, dogmática geral*, cit., v. 2, t. 1, p. 448.

<sup>268</sup>BIANCA, Cesare Massimo. *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, cit., p. 34.

<sup>269</sup>Segundo Mengoni, a boa-fé atua como princípio que determina o modo da prestação. (MENGONI, Luigi. *Scritti: obbligazioni e negozio*, cit., v. 2, p. 177).

<sup>270</sup>BETTI, Emilio. *Teoria generale delle obbligazioni: prolegomeni: funzione economico-sociale dei rapporti d'obbligazione*, cit., v. 1, p. 96.

<sup>271</sup>Quanto à intensidade da diligência, oportuno mencionar a lição de Menezes Cordeiro: A prestação tem uma ambivalência de princípio, traduzindo uma conduta (atuação humana) ou o resultado dessa conduta. Trata-se de uma questão versada na contraposição entre obrigações de meio e obrigações de resultados. (...) A Consecução de um resultado depende de tantas coordenadas que escapa ao controle do ser humana, enseja prestações de conduta ou de meios (*leistungshandlung*). Em outros casos, o resultado está sob o controle do devedor, resultando em obrigação de resultado (*Leistungserfolg*). (...) Ao credor, apenas interessa a obtenção do fim em vista. Ao devedor, a distinção põe a tônica no tipo de diligência requerida. Na obrigação de meio, a diligência teria limites, ao contrário, na de resultado que, pela sua facilidade ou ter sido assumida a garantia da sua obtenção, a diligência seria total. (CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Tratado de direito civil português: direito das obrigações: introdução, sistemas e direito europeu das obrigações, dogmática geral*, cit., v. 2, t. 1, p. 443-445).

o comportamento, mas o modo de comportar-se e, portanto, uma medida do conteúdo de um concreto dever de prestação. O termo dever de diligência equivale a um comportamento prudente, um dever de agir com cuidado em vista de um determinado escopo,<sup>272</sup> que, no caso do interesse protetivo, consiste em não causar danos para a pessoa ou ao patrimônio do outro contratante (*non laedere*).<sup>273</sup>

De se lembrar que o interesse protetivo consiste em um dever funcional mais amplo, determinado por um compromisso de que, em tese, não haverá acidente,<sup>274</sup> até porque, em geral, não existe obrigação que não tenha por objeto a produção de um resultado.<sup>275</sup> Assim, em uma maior intensidade, representa não produzir situações criadoras de perigo de dano à outra parte (não somente evitar o dano, mas o próprio perigo dele).<sup>276</sup>

A obrigação de entrega de coisa representa outra estrutura que oferece elementos válidos para a indicação de norma de comportamento de caráter concreto. Nessa seara, cumpre ao devedor entregar a coisa sem vícios ou defeitos que possam acarretar consequências danosas à pessoa ou aos demais bens do outro contratante.<sup>277</sup>

Os problemas intrínsecos à coisa observam a responsabilidade por vício redibitório, de modo a ensejar a substituição do bem, a redução do preço ou a redibição contratual, sob o regime da responsabilidade objetiva,<sup>278</sup> independente de culpa ou má-fé do alienante.<sup>279</sup> Representa uma primeira esfera de proteção ao patrimônio inserida no contexto contratual, cujo fundamento de aplicação prescinde da teoria do dever de proteção e da conduta do devedor.

São, porém, os problemas extrínsecos, ou seja, os danos decorrentes do vício ou defeito da coisa que permitem identificar a norma de comportamento do dever de proteção a ser imposta ao contratante na modalidade de obrigação de entrega de coisa.

<sup>272</sup>MENGONI, Luigi. *Scritti: obbligazioni e negozio*, cit., v. 2, p. 144.

<sup>273</sup>Segundo Mengoni, no âmbito da relação contratual, a boa-fé objetiva alarga a tutela do interesse do credor com o fim de compreender no conteúdo do vínculo a observância de um complexo de cautelas, normalmente necessárias para evitar qualquer prejuízo à plena e integral realização do escopo da obrigação. (Id. *Ibid.*, p. 165-166).

<sup>274</sup>DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*, cit., p. 181.

<sup>275</sup>MENGONI, Luigi. *Scritti: obbligazioni e negozio*, cit., v. 2, p. 145.

<sup>276</sup>CICCARELLO, Sebastiano. *Dovere di protezione e valore della persona*, cit., p. 17.

<sup>277</sup>Conforme lição de Paulo Jorge Scartezzini Guimarães, aquele que assume a obrigação de entregar uma coisa deve fazê-la de forma perfeita, não só se desincumbindo da obrigação principal, mas também cumprindo todas as demais prestações paralelas, impedindo que o outro contratante sofra qualquer dano. (GUIMARÃES, Paulo Jorge Scartezzini. *Vícios do produto e do serviço por qualidade, quantidade e insegurança*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 138).

<sup>278</sup>GHERSI, Carlos Alberto. *Contratos civiles y comerciales: parte general y especial*. 6. ed. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 2006. t. 1, p. 351.

<sup>279</sup>ROSENVALD, Nelson. *Código Civil comentado*. Coordenador Cezar Peluso. 8. ed. rev. e atual. Barueri-SP: Manole, 2014. p. 462.

Não basta a entrega da coisa ao devedor, pode ser também necessário o preenchimento de outros comportamentos conexos, como, por exemplo, o dever de informação, de lealdade e de cuidado,<sup>280</sup> a depender da natureza do vínculo.

Em se tratando de contrato comutativo paritário (civil ou comercial),<sup>281</sup> cumpre ao adquirente examinar a coisa, aplicando-se, no que diz respeito à tutela indenizatória, a regra *caveat emptor*. O dever de proteção do alienante nessa categoria contratual se resume ao *dever de informar* o vício que seja de seu conhecimento, uma vez que se exige uma inequívoca modalidade de dolo para efeito de indenização. *A má-fé do outorgante se caracteriza no fato de conhecer o defeito, mas não transmitir semelhante informação ao outorgado, e no de iludir o parceiro quanto às qualidades da coisa.*<sup>282</sup>

Esse dever de informação não representa critério satisfatório em relação aos contratos de locação de bem imóvel, situação em que a coisa cedida necessita observar condições objetivas de habitabilidade de modo a não causar danos aos ocupantes. O locador deve, portanto, entregar o bem em estado de servir, com segurança, ao uso a que se destina.

Efetiva-se aquele nivelamento por cima (*levelling up*) mencionado pela doutrina,<sup>283</sup> com o agravamento das responsabilidades do locador, a fim de se maximizar a proteção da vida e da integridade física.

Para tanto, não se aplica aos contratantes a responsabilidade civil subjetiva do artigo 443 do Código Civil, que seria insuficiente ao interesse contratual, nem a regra geral da responsabilidade contratual do artigo 392 do Código Civil, segundo a qual, nos contratos onerosos, responde cada uma das partes por culpa.

Opera-se o deslocamento do risco à esfera jurídica do locador, por meio do ingresso, no âmbito relação contratual locatícia, da responsabilidade objetiva pelo fato da

---

<sup>280</sup>GUIMARÃES, Paulo Jorge Scartezzini. *Vícios do produto e do serviço por qualidade, quantidade e insegurança*, cit., p. 142.

<sup>281</sup>Conforme regra disposta no artigo 443 do Código Civil brasileiro: Se o alienante conhecia o vício ou defeito da coisa, restituirá o que recebeu com perdas e danos; se o não conhecia, tão somente restituirá o valor recebido, mais as despesas do contrato.

<sup>282</sup>ASSIS, Araken de; ANDRADE, Ronaldo Alves de; ALVES, Francisco Glauber Pessoa. *Comentários ao Código Civil brasileiro: do direito das obrigações: arts. 481 a 532*. Coordenadores: Arruda Alvim e Thereza Alvim. Rio de Janeiro: Forense, 2007. v. 5, p. 347.

<sup>283</sup>SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia*, cit., p. 41.

coisa<sup>284</sup>, tendo por razão as concepções de guarda jurídica e de proveito econômico associadas à figura do locador.<sup>285</sup>

Na lição de Gérard Lardennois, é indiscutível que o dever de proteção (*obligation de sécurité*) e o dever de guarda jurídica da responsabilidade objetiva pelo fato da coisa representam dois modos de ver o mesmo fenômeno, para implementar a mesma ideia jurídica básica: garantir um reparo conveniente, carreando a uma pessoa o dever de segurança.<sup>286</sup>

A solução prevista no artigo 937 do Código Civil, que preconiza a responsabilidade sem culpa do dono do prédio,<sup>287</sup> tem sido aplicada pela jurisprudência em relação aos contratantes, seguindo a construção doutrinária francesa, afinal até que ocorra acidente, é difícil dizer se a coisa é ou não perigosa, pois é, sem dúvida, esse fato que o revela.<sup>288</sup>

Por conta disso, Josserand defendia a extensão da aplicação da responsabilidade pela coisa como a chave para o problema da segurança nas questões contratuais.<sup>289</sup>

Compreensível um regime diverso considerando que o imóvel cedido em locação atende certa parcela da esfera existencial do ser humano, no que diz respeito à necessidade do indivíduo de um lugar para estar, permanecer, residir, enquanto referência espacial no mundo, finalidade que somente será plenamente atingida se esse lugar se mostrar seguro.

Pode se afirmar, portanto, a existência de uma cláusula implícita de incolumidade decorrente do fato da coisa nos contratos de locação de imóveis, de modo a se exigir do locador o dever de se abster da entrega de um imóvel que ofereça perigo ao locatário.

Nesse particular, respeitável doutrina observa a tendência de se expandir o raciocínio da responsabilidade pelo fato da coisa além do objeto da prestação, para alcançar também os instrumentos, aparelhos, maquinários, dentre outros, utilizados na execução de uma obrigação contratual, com afetação a os tipos de contrato, carreando ao

---

<sup>284</sup>José Reinaldo de Lima Lopes indica residir justamente na teoria da responsabilidade pelo fato da coisa a origem da responsabilidade objetiva no direito contemporâneo, bem como menciona, a partir da ampliação do número de coisas perigosas, o fenômeno de alargamento do número de situações que estão sujeitas aquela regra, tomando por exemplos as estradas de ferro e a responsabilidade das empresas de fornecimento de energia elétrica quanto a acidentes produzidos por seus equipamentos e instalações. (*Responsabilidade civil do fabricante e a defesa do consumidor*, cit., p. 30-31).

<sup>285</sup>DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*, cit., p. 495.

<sup>286</sup>LARDENNOIS, Gérard. *De l'application de l'article 1384, §1°* (Responsabilité du fait des choses) en matière contractuelle, cit., p. 155.

<sup>287</sup>GODOY, Cláudio Luiz Bueno. *Código Civil comentado*, cit., p. 886.

<sup>288</sup>MAZEAUD, Henri. La faute dans le garde. *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, Paris, p. 815-816, 1925.

<sup>289</sup>JOSSERAND, Louis. *Recueil périodique et critique de jurisprudence, de législation et de doctrine en matière civile, commerciale, criminelle, administrative et de droit public*. Paris: Jurisprudence Générale Dalloz, 1929. p. 17-19.

devedor que deles se utiliza a obrigação de garantir o outro contratante pelos danos causados em decorrência de vícios dos referidos objetos.<sup>290</sup>

Conclui-se, assim, que o contratante responde não apenas por sua falta, mas pelo vício da coisa que ele usa para a execução do contrato, mesmo que este não resulte de uma falta de manutenção de seu fato ou quando bem mesmo ele não poderia ter detectado este vício.

### 2.3.2 Conteúdo obrigacional da obrigação de segurança

O interesse protetivo no âmbito das relações contratuais de consumo merece um tópico à parte, a partir da denominação própria, que se identifica na obrigação de segurança da tradição francesa.

Nas relações de consumo, o ordenamento jurídico pátrio traz expressa previsão à tutela do interesse protetivo. É reconhecido o direito básico do consumidor de proteção da vida, da saúde e segurança contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos. (art. 6º, CDC), com acréscimos das regras gerais e específicas de segurança do consumidor.<sup>291</sup>

Conforme pondera Fábio Konder Comparato, *o mais importante nas relações de consumo é a proteção da saúde ou segurança do consumidor; a civilização industrial, se por um lado, deu ao homem instrumentos decisivos de domínio sobre as forças naturais, por outro, suscitou um sem-número de riscos insuspeitados de danos à saúde ou à incolumidade públicas.*<sup>292</sup>

A proteção legal, esclarece Bruno Miragem, abrange tanto riscos pessoais quanto riscos patrimoniais, considerando-se o direito à segurança como espécie de direito geral de não sofrer danos, ao qual corresponde o dever geral de proteção à vida, à pessoa e ao patrimônio do consumidor.<sup>293</sup>

<sup>290</sup>VINEY, Geneviève; JOURDAIN, Patrice; CARVAL, Suzanne. *Les conditions de la responsabilité*. 4. éd. Paris: LGDJ, 2013. p. 895. (Sous-collection: Traité de droit civil - sous la direction de J. Ghestin).

<sup>291</sup>A obrigação de segurança nas relações de consumo configura um dever amplo, sem vinculação necessária às relações contratuais, que compreende além dos fornecedores, também a atuação estatal (art. 4º, inciso II, alínea d, do CDC). No âmbito do presente trabalho, o estudo do tema terá por objeto precípua a aplicação do instituto no bojo das relações contratuais de consumo.

<sup>292</sup>COMPARATO, Fábio Konder. A proteção do consumidor, cit., p. 27-46.

<sup>293</sup>MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*, cit., p. 212.

Enquanto direito básico do consumidor, produz efeito sobre todo o correlato microssistema<sup>294</sup> e, no que diz respeito ao âmbito da relação jurídica contratual, possível observar aquela já explicitada dimensão espacial do dever de proteção, ora vinculando-se à obrigação principal, ora posicionando-se lateralmente por meio dos deveres acessórios, com acentuada autonomização.

O princípio base, leciona Jean Calais-Auloy, enuncia que os produtos colocados no mercado devem oferecer a segurança que deles legitimamente se espera. Destaca que o advérbio “legitimamente” significa que o público não pode esperar uma segurança absoluta, mas ter em conta as condições normais de uso ou outras condições razoavelmente previsíveis para o profissional.<sup>295</sup>

A ideia do referido princípio foi consagrada na lei francesa de 21 de julho de 1983 (art. 1º),<sup>296</sup> e, em nosso ordenamento, tem previsão no §1º, do artigo 12, e no §1º, do artigo 14, ambos do Código de Defesa do Consumidor.<sup>297</sup>

<sup>294</sup>Esclarece Bruno Miragem que a garantia de segurança será ao mesmo tempo um princípio da atuação do Estado (artigo 4º, II, “d”) e direito básico do consumidor (artigo 6º, I). E constituirá dever do fornecedor relativamente aos produtos e serviços oferecidos no mercado (artigos 8º a 10), na proibição da publicidade abusiva (artigo 37, §2º). Ao mesmo tempo, vai fundamentar a imposição de sanções administrativas (artigo 58) e penais (artigos 63 a 66, e 68). (MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*, cit., p. 212).

<sup>295</sup>CALAIS-AULOY, Jean. *Securité des consommateurs*, cit., p. 226.

<sup>296</sup>Loi n°83-660 du 21 juillet 1983 relative à la sécurité des consommateurs. Article 1. Les produits et les services doivent, dans des conditions normales d'utilisation ou dans d'autres conditions raisonnablement prévisibles par le professionnel, présenter la sécurité à laquelle on peut légitimement s'attendre et ne pas porter atteinte à la santé des personnes. A disposição foi transportada para o art. 1245-3 do Code Civil, com a redação da Ordonance n. 2016-131, de 10 de fevereiro de 2016, ratificada pela lei n. 2018-287, de 20 de abril de 2018 (Un produit est défectueux au sens du présent chapitre lorsqu'il n'offre pas la sécurité à laquelle on peut légitimement s'attendre. Dans l'appréciation de la sécurité à laquelle on peut légitimement s'attendre, il doit être tenu compte de toutes les circonstances et notamment de la présentation du produit, de l'usage qui peut en être raisonnablement attendu et du moment de sa mise en circulation. Un produit ne peut être considéré comme défectueux par le seul fait qu'un autre, plus perfectionné, a été mis postérieurement en circulation. E também para o art. L421-3 do Code de la consommation (Les produits et les services doivent présenter, dans des conditions normales d'utilisation ou dans d'autres conditions raisonnablement prévisibles par le professionnel, la sécurité à laquelle on peut légitimement s'attendre et ne pas porter atteinte à la santé des personnes).

<sup>297</sup>Lei n° 9.078, de 11 de setembro de 1990.

Art. 12. (...)

§ 1º O produto é defeituoso quando não oferece a segurança que dele legitimamente se espera, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais:

I - sua apresentação;

II - o uso e os riscos que razoavelmente dele se esperam;

III - a época em que foi colocado em circulação.

§ 2º O produto não é considerado defeituoso pelo fato de outro de melhor qualidade ter sido colocado no mercado.

Art. 14. (...)

§ 1º O serviço é defeituoso quando não fornece a segurança que o consumidor dele pode esperar, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais:

I - o modo de seu fornecimento;

II - o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam;

III - a época em que foi fornecido.

§ 2º O serviço não é considerado defeituoso pela adoção de novas técnicas.

Oportuno mencionar que o princípio base também foi reproduzido na Diretiva Europeia de 25 de julho de 1985 (art. 6º).<sup>298</sup> Atualmente, o artigo 2º, alínea “b”, da Diretiva 2001/95/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 3 de dezembro de 2001, traz um conceito mais refinado daquilo que se considera produto seguro:

*"Produto seguro", qualquer produto que, em circunstâncias de utilização normais ou razoavelmente previsíveis, nomeadamente de duração e, se aplicável, de entrada em serviço, de instalação e de necessidades de conservação, não apresente quaisquer riscos ou apresente apenas riscos reduzidos compatíveis com a sua utilização e considerados aceitáveis e conciliáveis com um elevado nível de proteção da saúde e segurança das pessoas, tendo especialmente em conta:*

*I) as características do produto, designadamente a sua composição, embalagem, instruções de montagem, e, se aplicável, de instalação e de conservação,*

*II) os efeitos sobre outros produtos quando for razoavelmente previsível a utilização do primeiro com os segundos,*

*III) a apresentação do produto, a sua rotulagem, as eventuais advertências e instruções de utilização e eliminação, bem como qualquer outra indicação ou informação relativa ao produto,*

*IV) as categorias de consumidores que se encontrem em condições de risco ao utilizar o produto, especialmente as crianças e os idosos.*

Para alcançar a finalidade do princípio, Jean Calais-Auloy esclarece que as disposições decorrentes da obrigação de segurança, que, sem dúvida, são limitações para a liberdade do comércio e da indústria, se repartem em três vertentes:<sup>299</sup> prevenção, reparação<sup>300</sup> e repressão.<sup>301</sup>

O presente tópico diz respeito às medidas preventivas, ou seja, aos meios de se evitar que os produtos colocados no mercado produzam danos corporais. Para tanto, o ordenamento jurídico busca identificar quais as atividades que, em uma relação de causalidade, podem ter o efeito de provocar danos, a fim de prescrever a proibição das correlatas condutas.

<sup>298</sup>Diretiva 85/374/CEE do Conselho, de 25 de Julho de 1985, relativa à aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-Membros em matéria de responsabilidade decorrente dos produtos defeituosos. Artigo 6º. 1. Um produto é defeituoso quando não oferece a segurança que se pode legitimamente esperar, tendo em conta todas as circunstâncias, tais como: a) A apresentação do produto; b) A utilização do produto que se pode razoavelmente esperar; c) O momento de entrada em circulação do produto. 2. Um produto não será considerado defeituoso pelo simples facto de ser posteriormente colocado em circulação um produto mais aperfeiçoado.

<sup>299</sup>CALAIS-AULOY, Jean. *Securité des consommateurs*, cit., p. 227.

<sup>300</sup>A reparação configura efeito da violação da obrigação de segurança, dando ensejo a responsabilidade por fato do produto ou serviço, cuja análise é desenvolvida em tópico próprio.

<sup>301</sup>As medidas repressivas de natureza administrativa têm previsão nos artigos 56 e ss. do CDC, enquanto as medidas repressivas de natureza penal estão contempladas nos artigos 63 e ss. do CDC.

Como percebe Bruno Miragem, *a sistemática do CDC não se esgotou na previsão expressa de um direito básico à reparação de danos, senão que apontou para a determinação de um direito básico à prevenção da ocorrência destes danos (art. 6º, inciso VI, do CDC). Neste sentido, prevenir significa eliminar ou reduzir, antecipadamente, causas capazes de produzir um determinado resultado.*<sup>302</sup>

O primeiro conteúdo obrigacional a se destacar, portanto, configura um dever de abstenção *de não introduzir no mercado produtos que sabe ou deveria saber apresentar alto grau de nocividade ou periculosidade à saúde e à segurança dos consumidores.*<sup>303</sup>

O raciocínio é aquele já mencionado em relação à obrigação de entrega de coisa, em que cumpre ao devedor entregar o bem sem defeitos que possam acarretar consequências danosas à pessoa ou aos demais bens do outro contratante.

De se firmar o entendimento que, em tese, todo produto ou serviço oferece certo grau de periculosidade, não se qualificando defeito aqueles reduzidos riscos considerados normais e previsíveis em decorrência de sua natureza e fruição.

Assim, relevante definir aquilo que se entende por *defeito*, o qual configura o termo utilizado para qualificar a conduta antijurídica. Partindo-se de uma concepção teórica, compreende-se por defeito, seguindo lição de Bruno Miragem, *a falha do dever de segurança, ou seja, de oferecer a segurança legitimamente esperada de produtos e serviços oferecidos no mercado de consumo.*<sup>304</sup>

O conceito jurídico indeterminado que categoriza a expressão *segurança legitimamente esperada* encontra maior objetivação no regime geral de periculosidade vigente no âmbito específico das relações de consumo, que revela os critérios para aferição dos produtos ou serviços com potencial de causar danos corporais aos consumidores e que, senão vedada a inserção no mercado, devem, ao menos, ensejar a observância de certos deveres pelos fornecedores. A previsão normativa específica está nos artigos 8º, 9º e 10 do CDC.<sup>305</sup>

---

<sup>302</sup>MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*, cit., p. 225-226.

<sup>303</sup>Id. *Ibid.*, p. 226.

<sup>304</sup>Id. *Ibid.*, p. 585.

<sup>305</sup>Art. 8º Os produtos e serviços colocados no mercado de consumo não acarretarão riscos à saúde ou segurança dos consumidores, exceto os considerados normais e previsíveis em decorrência de sua natureza e fruição, obrigando-se os fornecedores, em qualquer hipótese, a dar as informações necessárias e adequadas a seu respeito.

§1º Em se tratando de produto industrial, ao fabricante cabe prestar as informações a que se refere este artigo, através de impressos apropriados que devam acompanhar o produto.



A periculosidade, conforme classificação comumente aceita pela doutrina,<sup>306</sup> é dividida em três categorias, cada qual acarretando efeito jurídico diverso: a) a periculosidade latente ou inerente refere-se aos produtos que trazem consigo um perigo peculiar e próprio. Alguns em menor grau, com riscos considerados normais e previsíveis em decorrência de sua natureza e fruição, outros com maior potencialmente de perigo, mas que permitem oferecer sua utilidade específica sem danos ao consumidor quando respeitados certos critérios para seu uso. b) a periculosidade adquirida diz respeito aos produtos, cujo uso normal não implementa danos ao consumidor, no que se diferem daqueles de periculosidade inerente. Colocam, todavia, em risco a incolumidade física do consumidor em virtude de algum defeito de fabricação. Ostentam uma periculosidade imprevisível ao consumidor; c) a periculosidade exagerada diz respeito aos produtos de alto grau de nocividade ou periculosidade à saúde ou segurança; são aqueles que mesmo com todos os cuidados de informação aos consumidores, não se observa diminuição dos riscos.

Como caracterizar o defeito em cada tipo de periculosidade?

O produto (ou serviço) de periculosidade exagerada não deve ser objeto da prestação do contrato de consumo (art. 10, CDC). Essa é a forma de prevenir o dano ao consumidor quando se tratar dessa categoria de periculosidade; nisso consiste, portanto, o conteúdo obrigacional: o fornecedor deve se abster de colocar o produto ou serviço altamente perigoso no mercado. Portanto, o defeito, ou seja, a violação da obrigação de segurança decorre da inserção desse tipo de produto ou serviço no mercado.

---

§2º O fornecedor deverá higienizar os equipamentos e utensílios utilizados no fornecimento de produtos ou serviços, ou colocados à disposição do consumidor, e informar, de maneira ostensiva e adequada, quando for o caso, sobre o risco de contaminação.

Art. 9º O fornecedor de produtos e serviços potencialmente nocivos ou perigosos à saúde ou segurança deverá informar, de maneira ostensiva e adequada, a respeito da sua nocividade ou periculosidade, sem prejuízo da adoção de outras medidas cabíveis em cada caso concreto.

Art. 10 O fornecedor não poderá colocar no mercado de consumo produto ou serviço que sabe ou deveria saber apresentar alto grau de nocividade ou periculosidade à saúde ou segurança.

§1º O fornecedor de produtos e serviços que, posteriormente à sua introdução no mercado de consumo, tiver conhecimento da periculosidade que apresentem, deverá comunicar o fato imediatamente às autoridades competentes e aos consumidores, mediante anúncios publicitários.

§ 2º Os anúncios publicitários a que se refere o parágrafo anterior serão veiculados na imprensa, rádio e televisão, às expensas do fornecedor do produto ou serviço.

§ 3º Sempre que tiverem conhecimento de periculosidade de produtos ou serviços à saúde ou segurança dos consumidores, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios deverão informá-los a respeito.

<sup>306</sup>DENARI, Zelmo; GRINOVER, Ada Pellegrini; BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e; FINK, Daniel Roberto; FILOMENTO, José Geraldo Brito; NERY JUNIOR, Nelson. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*: comentado pelos autores do anteprojeto. 10. ed. rev. atual. e reform. Rio de Janeiro: Forense, 2011. v. 1, p. 182-188. MIRAGEM, Bruno; BENJAMIN, Antônio Herman; MARQUES, Cláudia Lima. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 404-430.

A periculosidade latente ou inerente não impede a introdução do produto ou serviço no mercado, mas acarreta ao fornecedor o essencial dever lateral de dar as informações necessárias e adequadas a seu respeito (arts. 8º e 9º, CDC). Um conteúdo obrigacional, portanto, informativo, com maior ou menor intensidade de acordo com a maior ou menor potencialidade nociva do produto ou serviço, configurando o defeito que caracteriza a violação da obrigação de segurança a ausência ou deficiência da necessária informação.

A periculosidade adquirida, por si só, já revela a ocorrência da violação da obrigação de segurança, uma vez que se refere ao produto ou serviço que não deveria acarretar dano à pessoa do consumidor, mas causou, produzindo, em regra, efeitos indenizatórios e contratuais.

Nesse particular, José Reinaldo de Lima Lopes aponta as três espécies de defeitos inafastáveis em qualquer sistema de produção industrial, que, em verdade, indicam a origem da periculosidade: os defeitos de fabricação em sentido estrito; os defeitos de projeto e os defeitos resultantes de informações ou instruções de uso inadequadas.<sup>307</sup> A classificação tem suporte na regra do artigo 12, caput, do CDC.

Compreende-se nos defeitos de fabricação,<sup>308</sup> não a falha de concepção ou projeto, mas aqueles produtos atingidos por alguma deficiência naquilo que seria o regular processo de produção. Deve atingir apenas alguns exemplares, como fruto do acaso. Inevitável a existência de algum artigo defeituoso quando da produção em série. Um bom controle de qualidade procura especificamente constatar tais defeitos antes que o produto deixe a fábrica e atinja o mercado. Eis aqui, controle de qualidade eficiente, um outro dever preventivo a se exigir dos fornecedores. Mas erros na linha de produção que se encontram com as falhas do controle de qualidade, colocam tais produtos no mercado e são riscos do negócio.

Há ainda defeitos que têm sua origem na concepção do produto, no projeto, desenho, especificações técnicas, etc. Na legislação estrangeira, são os denominados: *design defects*, *diffeti de progettazione*, *Konstruktionsfehler* ou *défauts de conception*.<sup>309</sup> Algumas vezes existe o problema do *estado da arte* que impossibilita a concepção de se fazer um produto seguro. Em outras, a possibilidade técnica de fazer o produto suficientemente seguro é mensurada pela questão da viabilidade econômica. Também não se ignora o simples fato de produtos que não foram suficientemente testados antes de

---

<sup>307</sup>LOPES, José Reinaldo de Lima. *Responsabilidade civil do fabricante e a defesa do consumidor*, cit., p. 61.

<sup>308</sup>Id. *Ibid.*, p. 62-67.

<sup>309</sup>MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*, cit., p. 585.

introduzidos no mercado. São todos os produtos concebidos e produzidos que podem ensejar danos aos consumidores. Dependendo da falha na concepção, haverá maior ou menor potencial lesivo.<sup>310</sup> São práticas que violam a obrigação de segurança em caráter quase absoluto, pois inviabilizada a função preventiva do princípio base, e que, justificadas sob o fundamento do risco do desenvolvimento (*Enturchlungsgefähr*), cujo efeito principal reside na responsabilidade civil objetiva, prescindem da indagação do dolo ou culpa do agente, não se conhecendo da dimensão da reprovabilidade da conduta. Certo é que há situações em que a repercussão do produto defeituoso atinge a sociedade, num rebaixamento imediato do nível de vida da população, causando aquele dano social mencionado por Junqueira de Azevedo, *evidente quando se trata da segurança, que traz diminuição da tranquilidade social, ou de quebra da confiança, em situações contratuais ou paracontratuais, que acarreta redução da qualidade coletiva de vida.*<sup>311</sup> Talvez em outro contexto jurídico, uma ou outra prática daria azo à aplicação da indenização punitiva,<sup>312</sup> figura ausente em nosso sistema, mas que enseja um efeito preventivo, geral e específico, interessante.

Os defeitos resultantes de informação, de instruções de uso inadequadas, de comercialização, ou ainda, na doutrina estrangeira, *Instruktionsfehler, difetto de informazzione, defectos de instrucción o de información ou défauts d'instruction*,<sup>313</sup> não se referem à coisa em si, mas à insuficiência ou errônea informação sobre o seu uso adequado.

Identificar o nível de periculosidade é outro dever que incumbe aos fornecedores, que decorre da expressão “deveria saber” prevista no art. 10, *caput*, do CDC. Existe, pois, um dever pré-contratual consistente em realizar os testes necessários para tal aferição, cuja inobservância enseja a responsabilização do fornecedor pelos riscos dele derivados. E, se após a inserção no mercado houver a identificação de um nível de periculosidade antes

<sup>310</sup>LOPES, José Reinaldo de Lima. *Responsabilidade civil do fabricante e a defesa do consumidor*, cit., p. 67-73.

<sup>311</sup>JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antônio. Por uma nova categoria de dano na responsabilidade civil: o dano social, cit., p. 377-384.

<sup>312</sup>A principal diretriz na fixação dos *punitives damages* consiste no grau de reprovabilidade da conduta do réu (*the degree of reprehensibility of the defendant's misconduct*). Para aferir quão repreensível a conduta, é importante atentar-se aos seguintes fatores: 1) se o prejuízo causado foi físico ou meramente econômico; 2) se o ato ilícito foi praticado com indiferença ou total desconsideração com a saúde ou a segurança dos outros (*the tortious conduct evinced an indifference to or a reckless disregard of the health or safety of others*); 3) se o alvo da conduta é uma pessoa com vulnerabilidade financeira; 4) se a conduta envolveu ações repetidas ou foi um incidente isolado; 5) se o prejuízo foi o resultado de uma ação intencional ou fraudulenta, ou foi um mero acidente. (MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. Usos e abusos da função punitiva (*punitive damages* e o direito brasileiro). *Revista CEJ*, Brasília, v. 9, n. 28, p. 15-32, jan./mar. 2005).

<sup>313</sup>MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*, cit., p. 589.

desconhecido, cumpre ao fornecedor levar ao conhecimento dos consumidores e das autoridades tal situação, além de adotar as medidas cabíveis em cada caso concreto para evitar a ocorrência de danos.

Observa-se, portanto, um conteúdo obrigacional complexo na polaridade contratual em que se localiza o fornecedor, ao qual cumpre observar diversas condutas, positivas e negativas, para implementar a segurança do consumidor. Aos fornecedores, explicita Bruno Miragem, *avulta o dever de informar aos consumidores sobre os riscos dos produtos e serviços introduzidos no mercado (artigos 6º, III, 8º e 9º), assim como às autoridades, quando os riscos se tornem conhecidos após a introdução do produto no mercado (artigo 10, §1º)*,<sup>314</sup> seguindo-se do dever de adotar as providências para a imediata correção da falha que dá causa ao risco em questão, bem como a adequada divulgação de seu conteúdo e procedimentos a serem realizados (o recall).<sup>315</sup>

Trata-se, assim, de sistema normativo em que há uma inversão do dever de cuidado. Não mais o consumidor, que recebe a “coisa”, deve acautelar-se na aquisição de um produto ou serviço, até porque a regra é, ou deve ser, a inexistência de vício ou defeito. E, quanto ao perigo, cabe ao fornecedor o dever de constatar e avisar sobre cada anormalidade que a coisa ou serviço possua (*caveat venditor*).<sup>316</sup>

Como uma *medida de aplicação da obrigação geral de segurança*,<sup>317</sup> pode-se mencionar ainda a denominada *obrigação de conformidade*, a qual vincula os produtos e serviços às exigências legais para a proteção do consumidor e ostenta um duplo aspecto. Um aspecto de conformidade funcional, ou seja, a aptidão do bem para cumprir sua função, livre de vícios. E um outro que diz respeito justamente à conformidade de obrigação geral de segurança, a fim de se evitar danos ao consumidor em razão dos produtos e serviços colocados no mercado, em que se exige a verificação das regras de controle dos agentes da administração e, de modo destacado, as modificações que são implantadas pelas diretivas comunitárias a respeito da matéria.

Assim, segundo o legislador francês, considera-se que o produto cumpre a obrigação geral de segurança quando está em conformidade aos regulamentos específicos

---

<sup>314</sup>MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*, cit., p. 226.

<sup>315</sup>Id. *Ibid.*, p. 226.

<sup>316</sup>GUIMARÃES, Paulo Jorge Scartezini. *Vícios do produto e do serviço por qualidade, quantidade e insegurança*, cit., p. 178.

<sup>317</sup>SAUPHANOR-BROUILLAUD, Natacha, cit., p. 680 e ss.

que lhe são aplicáveis, com o objetivo de proteger a saúde ou a segurança dos consumidores (art. L421-5 e L421-6, *Code de la consommation*).

Presunção, entretanto, relativa, pois, mesmo quando o produto tenha sido fabricado de acordo com as regras da arte ou normas existentes ou tenha sido objeto de uma autorização administrativa, o produtor não se exime de ser responsável pelo defeito (art. 1245-9, *Code Civil*, com a redação da Ordonance n. 2016-131, de 10 de fevereiro de 2016, ratificada pela lei n. 2018-287, de 20 de abril de 2018). O inverso, contudo, tem caráter absoluto, ou seja, o não atendimento dos regulamentos específicos acarreta o descumprimento da obrigação geral de segurança e sujeita o infrator às sanções previstas em lei.

Em um cenário amplificado, não apenas em sua feição formal, essa *obrigação de conformidade* aproxima-se daquilo que Herman Benjamin denomina de teoria da qualidade:

*Os vícios de qualidade bifurcam-se em duas categorias. A primeira delas, que tem a ver precipuamente com a tutela da incolumidade físico-psíquica do consumidor, chamaremos de vícios de qualidade por insegurança. É sob tal prisma que examinaremos os acidentes de consumo. A segunda categoria denominaremos vícios de qualidade por inadequação. Tem ela a ver, por um lado, com o desempenho dos produtos e serviços, ou seja, com o cumprimento de sua finalidade em acordo com a expectativa legítima do consumidor. De outro lado, manifesta-se com um caráter de durabilidade, isto é, a garantia de que o produto ou serviço não perderá, total ou parcialmente, de forma prematura, sua utilidade, também em sintonia com a expectativa legítima do consumidor.*<sup>318</sup>

Assim, enquanto um dos mecanismos de aplicação da obrigação de segurança e explicitação da teoria da qualidade, a obrigação de conformidade pode ser transposta, sem embaraços, para o ordenamento jurídico brasileiro, lembrando-se a existência das normas produzidas pelas autoridades administrativas,<sup>319</sup> os códigos de autodisciplina de diversas

<sup>318</sup>BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos. *Manual de direito do consumidor*, cit., p. 155.

<sup>319</sup>As normas das autoridades administrativas abrangem, segundo José Geraldo Brito Filomeno, aquelas disposições produzidas pelas entidades que exercem a chamada “polícia administrativa”, tais como as de vigilância sanitária sobre alimentos, medicamentos, produtos sanitários, cosméticos, como os órgãos que fiscalizam a comercialização de produtos e prestação de serviços e seguros ou artigos financeiros (SUSEP, Banco Central), além das agências reguladoras, que disciplinam e fiscalizam a prestação de serviços públicos delegados e mesmo setores da atividade privada em que a intervenção do Estado é exigência do interesse público. (FILOMENO, José Geraldo Brito; GRINOVER, Ada Pellegrini; BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e; FINK, Daniel Roberto; NERY JUNIOR, Nelson; DENARI, Zelmo. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*: comentado pelos autores do anteprojeto. 10. ed. rev. atual. e reform. Rio de Janeiro: Forense, 2011. v. 1, p. 176). Todas elas, no desempenho da atividade de fiscalização e de regulamentação de mercado, ostentam a defesa do consumidor como um imperativo constitucional, por força do artigo 170, inciso V, da Constituição Federal.

categorias profissionais,<sup>320</sup> além das normas técnicas de segurança expedidas por reconhecidas entidades que atuam com normalização técnica, como, por exemplo, o INMETRO (Instituto Nacional de Metrologia, Qualidade e Tecnologia) e a ABNT (Associação Brasileira de Normas Técnicas).

A favor da expressa previsão da *obrigação de conformidade*, a regra estabelecida no inciso II, do §6, do artigo 18, do Código de Defesa do Consumidor, que considera impróprio ao uso e consumo o produto em desacordo com as normas regulamentares de fabricação, distribuição ou apresentação.

Em havendo uma relação jurídica contratual subjacente, a obrigação de segurança não necessita estar desvinculada do contrato de consumo, até porque a integração se faz importante para a incidência de efeitos no âmbito negocial, a despeito da repercussão indenizatória.

Por fim, além das condutas de obrigação de segurança relacionadas diretamente aos produtos e serviços, enquanto objeto da prestação principal, são aplicáveis ao fornecedor os deveres laterais de proteção, observando-se uma intensidade de colaboração e solidariedade própria, a saber, mais intensa, tendo em vista a maior vulnerabilidade do outro contratante, no caso, o consumidor.

### 2.3.3 Conteúdo obrigacional dos deveres de proteção

O dever de proteção se materializa ainda por meio de figuras parcelares dos deveres laterais ou acessórios (*Nebenpflichten*), que têm origem legal imperativa e visam a concretização dos valores básicos do ordenamento, dando-lhes firmeza na periferia do sistema e em cada caso concreto.

---

<sup>320</sup>O Código de Autodisciplina configura aquela norma elaborada pelo órgão de classe, ou pelo próprio legislador, para reger as condutas de uma determinada categoria profissional no que diz respeito ao desempenho da referida profissão. Em princípio, o contrato de consumo indica qual seu objeto, ou seja, o fornecimento de produto ou serviço por profissionais, mas não chega a descrever a postura técnica e ética relacionada ao saber especializado do referido fornecedor e que deverá ser observada no cumprimento da obrigação pactuada. Existe, pois, uma lacuna no negócio jurídico. tais regras incidem sobre o negócio jurídico, norteadando a conduta do profissional, o qual, em caso de não observância das técnicas aplicáveis, responderá por sua desídia, caracterizadora de infração contratual. Nesse particular, ensina Pietro Perlingieri que o fenômeno da chamada autodisciplina contribui para se refletir sobre uma nova teoria das fontes, que considere a autorregulamentação de categoria como instrumento estrutural de produção de regras eficazes, inclusive para além do âmbito determinado de sujeitos que as estabelece. (PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*, cit., p. 314-315).

Quando tais deveres acessórios têm por finalidade proteger as partes, nas suas pessoas e no seu patrimônio, ou terceiros, que tenham um especial contato com a obrigação contratual,<sup>321</sup> enquadram-se na categoria do dever de proteção lateral (ou *em sentido estrito*). Visam proteger a contraparte dos riscos dos danos na sua pessoa e patrimônio que nascem da (e não por causa) da) relação particular estabelecida: a sua finalidade é negativa.<sup>322</sup> Porquanto variados os tipos, são também denominados *deveres de proteção (Schutzpflichten)*,<sup>323</sup> os quais podem ter por fundamento a cláusula geral de boa-fé objetiva (deveres de proteção atípicos) ou uma hipótese normativa específica (deveres de proteção típicos).

Não se confundem, portanto, com os deveres de prestação que mantém um interesse conexo com a prestação principal e têm, assim, uma finalidade positiva em relação à obrigação primária,<sup>324</sup> como, por exemplo, o dever de informar corretamente o endereço de entrega, o dever de entregar os documentos necessários para aprovação do contrato de concessão de crédito de financiamento, etc.

Enquadra-se na teoria das relações obrigacionais sem deveres primários de prestação, cujo conteúdo é constituído por simples deveres de comportamento entre determinadas pessoas não analisáveis em prestações (relação pré-contratual, pós-contratual, contrato com eficácia de proteção para terceiros e ainda o contrato com eficácia de proteção contra terceiros).<sup>325</sup>

O fim ulterior dos deveres de proteção fica fora do conteúdo da obrigação principal. As correlatas figuras parcelares ostentam autonomia em relação à prestação principal. Podem subsistir ao cumprimento da prestação principal, que opera efeito extintivo somente em relação ao ato praticado.<sup>326</sup> Trata-se, contudo, de uma situação de independência relativa face à obrigação que é suposto acompanhar, até porque eventual descumprimento da obrigação de proteção pode produzir efeitos em relação à própria prestação principal.<sup>327</sup> Outro campo produtivo e algo inesperado onde a autonomia dos

<sup>321</sup>CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Tratado de direito civil português: direito das obrigações: introdução, sistemas e direito europeu das obrigações, dogmática geral*, cit., v. 2, t. 1, p. 463-465.

<sup>322</sup>FRADA, Manuel António de Castro Portugal Carneiro da. *Contrato e deveres de proteção*, cit., p. 41.

<sup>323</sup>Id. *Ibid.*; MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*, cit., p. 598 e ss.

<sup>324</sup>MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*, cit., p. 243-244.

<sup>325</sup>FRADA, Manuel António de Castro Portugal Carneiro da. *Contrato e deveres de proteção*, cit., p. 37.

<sup>326</sup>CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Tratado de direito civil português: direito das obrigações*. Coimbra: Almedina, 2010. v. 2, t. 4, p. 60.

<sup>327</sup>Id. *Da boa-fé no direito civil*, cit., p. 616.

deveres acessórios se tem vindo a afirmar é o da eficácia protetora de terceiros, o que será objeto de análise em item específico.<sup>328</sup>

Antonio Cabanillas Sánchez menciona que os deveres de proteção são essencialmente recíprocos, ou seja, dizem respeito a todos os contratantes, em contraste aos deveres de prestação, típicos da posição jurídica do devedor.<sup>329</sup> Reciprocidade que se explica pelo endereço bilateral dos deveres e explicita a solidariedade de um contratante em relação ao outro.<sup>330</sup>

São funcionais, pois, visam realizar uma determinada finalidade jurídica ou material,<sup>331</sup> que no caso é assegurar a integridade da esfera pessoal e patrimonial dos contratantes.

Os deveres de proteção integram o contrato, representando uma parte do conjunto de relações obrigacionais que compõem a complexidade contratual. Diversamente da prestação de proteção, que nasce vinculada ao conteúdo obrigacional primário, os deveres de proteção integram a relação em sede executiva.

De se recordar que a concepção do contrato como uma estrutura complexa indica um núcleo principal constituído pela obrigação de prestação, integrado por uma série de deveres acessórios coordenados em um nexó funcional unitário, no qual o contratante, lembrando a assertiva de Zimmermann, dever ter em conta os direitos e interesses da outra parte que possam resultar do conteúdo de um vínculo contratual.<sup>332</sup> Por conta disso, apesar das figuras parcelares, o comportamento do contratante deve ser considerado por inteiro, em um intrínseca coerência e totalidade.<sup>333</sup>

Nesse momento, portanto, parte da atenção deve estar voltada à individualização de uma série de deveres laterais à prestação principal e preordenadas à realização do objeto da relação contratual sem dano para as partes, tendo por base a função integrativa da cláusula

---

<sup>328</sup>CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa-fé no direito civil*, cit., p. 619.

<sup>329</sup>CABANILLAS SANCHEZ, Antonio. *Los deberes de protección del deudor en el derecho civil, en el mercantil y en el laboral*, cit., p. 222.

<sup>330</sup>BETTI, Emilio. *Teoria generale delle obbligazioni: prolegomeni: funzione economico-sociale dei rapporti d'obbligazione*, cit., v. 1, p. 93-94.

<sup>331</sup>CUCCU, Vanna. *Gli obblighi di protezione (profili in tema di contratto di trasporto)*, cit., p. 82.

<sup>332</sup>ZIMMERMANN, Reinhard. *The new German law of obligations: historical and comparative perspectives*, cit., p. 3.

<sup>333</sup>BETTI, Emilio. *Teoria generale delle obbligazioni: prolegomeni: funzione economico-sociale dei rapporti d'obbligazione*, cit., v. 1, p. 92.



geral de boa-fé objetiva.<sup>334</sup> Outra parte diz respeito à identificação dos deveres laterais decorrentes das hipóteses normativas específicas (deveres de proteção típicos).

Iniciando-se com a identificação dos deveres de proteção típicos, observam-se as correlatas previsões tanto em uma incidência ampla, abrangendo uma generalidade de contratos, como também específica, em sede de um determinado contrato tipo.

De natureza genérica, o principal dever de proteção lateral típico é representado pelo *dever de informação* que se destaca no bojo das relações de consumo.

Judith Martins-Costa traz distinção das três vertentes do dever de informação, o qual, em uma relação contratual, pode estar configurado como prestação principal, como dever de proteção ou como dever anexo de prestação. Configura o próprio objeto da obrigação principal de prestação, como em um contrato de consultoria financeira ou quando alguém contrata outrem para obter informação sobre a situação registral de determinado imóvel. Estará caracterizado sob a forma de dever de prestação anexo quando a informação se justifica para possibilitar o melhor adimplemento do contrato, sendo exemplo o manual de instruções de um produto, com as orientações necessárias para a otimização do uso. Será qualificável como dever de proteção, quando a informação servir para prevenir contra riscos que poderiam advir do contrato considerado como fato social, como, por exemplo, informação de se evitar a ingestão de determinada substância medicamentosa em jejum por provocar potencialmente danos à saúde.<sup>335</sup> Este último é o que interessa em nosso cenário de estudo.

Interessante trazer o conceito apresentado por Jorge Ferreira Sinde Monteiro, que considera informação, em sentido próprio, a exposição de uma dada situação de fato, verse ela sobre pessoas, coisas, ou qualquer outra relação, a qual tem significado diverso do conselho e da recomendação. Para o jurista português, a pura informação esgota-se na comunicação de fatos objetivos, estando ausente uma (expressa ou tácita) proposta de conduta, ponto em que se difere do conselho e da recomendação, os quais têm como característico o momento subjetivo da valoração, que se compreende porque a pessoa perguntada o é justamente em virtude dos conhecimentos e capacidades pessoais que possui, em virtude de sua posição pessoal ou profissional.<sup>336</sup>

---

<sup>334</sup>VISINTINI, Giovanna. *Inadempimento e mora del debitore*, cit., p. 240.

<sup>335</sup>MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*, cit., p. 247.

<sup>336</sup>MONTEIRO, Jorge Ferreira Sinde. *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*, cit., p. 14-15.

No âmbito das relações de consumo, contudo, são várias as situações em que a informação deverá compreender o conselho e a recomendação,<sup>337</sup> a fim de atenuar a disparidade técnica e informacional do consumidor, principalmente quando ele se submete a algum serviço técnico-científico, cujos riscos a pessoa mais qualificada para esclarecê-los será justamente o profissional que irá realizar o trabalho.<sup>338</sup>

A diversidade do conteúdo obrigacional dessa modalidade de dever de proteção é vasta, configurada por um simples aviso de perigo quanto ao piso molhado<sup>339</sup> até uma bula de medicamento, com informações mais complexas a respeito dos efeitos colaterais prejudiciais ao consumidor quanto ao uso de substância medicamentosa.

A complexidade dos produtos, a dificuldade de manuseio ou sua própria composição podem ser fontes de risco. Cumpre ao fornecedor, portanto, o dever de informar adequadamente quanto aos compostos, às instruções de uso, aos perigos potenciais. Os compostos naturais, químicos e/ou farmacêuticos podem ter contra-

---

<sup>337</sup> Interessante exemplo de recomendação é apresentado por Marco Fábio Morsello, a respeito de companhias aéreas que, preocupadas com ocorrências emergenciais de casos de trombose venosa profunda em passageiros, estimulam exercícios de movimentação das pernas e pés durante longos vôos. (MORSELLO, Marco Fábio. *Responsabilidade civil no transporte aéreo*, cit., p. 307).

<sup>338</sup> A esse respeito veja-se entendimento do Superior Tribunal de Justiça aplicável aos serviços médicos: É uma prestação de serviços especial a relação existente entre médico e paciente, cujo objeto engloba deveres anexos, de suma relevância, para além da intervenção técnica dirigida ao tratamento da enfermidade, entre os quais está o dever de informação. O dever de informação é a obrigação que possui o médico de esclarecer o paciente sobre os riscos do tratamento, suas vantagens e desvantagens, as possíveis técnicas a serem empregadas, bem como a revelação quanto aos prognósticos e aos quadros clínico e cirúrgico, salvo quando tal informação possa afetá-lo psicologicamente, ocasião em que a comunicação será feita a seu representante legal. O princípio da autonomia da vontade, ou autodeterminação, com base constitucional e previsão em diversos documentos internacionais, é fonte do dever de informação e do correlato direito ao consentimento livre e informado do paciente e preconiza a valorização do sujeito de direito por trás do paciente, enfatizando a sua capacidade de se autogovernar, de fazer opções e de agir segundo suas próprias deliberações. Haverá efetivo cumprimento do dever de informação quando os esclarecimentos se relacionarem especificamente ao caso do paciente, não se mostrando suficiente a informação genérica. Da mesma forma, para validar a informação prestada, não pode o consentimento do paciente ser genérico (*blanket consent*), necessitando ser claramente individualizado. (REsp 1540580/DF; Recurso Especial 2015/0155174-9. Rel. Ministro Lázaro Guimarães. Relator p/ Acórdão Ministro Luis Felipe Salomão. Órgão Julgador: Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça. Data do Julgamento: 02/08/2018. Data da Publicação/Fonte: DJe 04/09/2018). Quanto à normatividade aplicada à categoria profissional: Art. 34. Deixar de informar ao paciente o diagnóstico, o prognóstico, os riscos e os objetivos do tratamento, salvo quando a comunicação direta possa lhe provocar dano, devendo, nesse caso, fazer a comunicação a seu representante legal. (RESOLUÇÃO CFM Nº1931/2009). E, ainda, a respeito do consentimento informado: Art. 31. Desrespeitar o direito do paciente ou de seu representante legal de decidir livremente sobre a execução de práticas diagnósticas ou terapêuticas, salvo em caso de iminente risco de morte. (RESOLUÇÃO CFM Nº1931/2009).

<sup>339</sup> Configura circunstância passível de caracterizar indenização por danos materiais e morais a queda em banheiro, em virtude de encontrar-se o piso molhado sem a devida advertência, que resultou em fratura grave no fêmur e na necessidade de intervenção cirúrgica. AREsp 1.006.479 – DF. Agravo em Recurso Especial 2016/0282941-2. Relator Ministro Moura Ribeiro. Data do julgamento: 16 de março de 2017. Data da Publicação: 21/03/2017.

indicações, efeitos colaterais, razão pela qual devem ser expressamente mencionados.<sup>340</sup> As instruções de uso devem dar especial atenção às deficiências educacionais da sociedade brasileira, com informações de fácil compreensão, visando o grande público. Em se tratando de produto industrial, ao fabricante cabe prestar as informações a que se refere este artigo, através de impressos apropriados que devam acompanhar o produto.<sup>341</sup> Não se pode olvidar que, dentre os direitos básicos do consumidor, está o de "informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentam" (art. 6º, inciso III, CDC).

Nesse particular, havendo regra específica para colmatar a lacuna informativa na relação de consumo, não se carece apelar à boa-fé como princípio para o desempenho de idêntica função.<sup>342</sup>

No âmbito das relações de consumo, existe, ainda, a tipificação do *dever sanitário*, conforme se depreende do §2º, artigo 8º, do Código de Defesa do Consumidor, que impõe ao fornecedor o dever de higienizar os equipamentos e utensílios utilizados no fornecimento de produtos ou serviços, ou colocados à disposição do consumidor, e informar, de maneira ostensiva e adequada, quando for o caso, sobre o risco de contaminação.

O mesmo *dever sanitário* configura medida de aplicação da obrigação de segurança no ordenamento francês, previsto no art. L412-1, do *Code de la consommation*, o qual estabelece a observância de condições higiênico-sanitárias pelas pessoas envolvidas na fabricação, processamento, transporte, armazenamento ou venda de produtos, com ênfase para os operadores de alimentos e rações em todos os estágios de produção, processamento e distribuição, incluindo importações e exportações, de produtos e gêneros alimentícios de origem animal ou não, e gêneros não alimentícios de origem animal ou que contenham produtos de origem animal.

---

<sup>340</sup>Veja-se a respeito do glúten, teor da decisão do Superior Tribunal de Justiça: Necessária a informação-advertência correta, clara, precisa, ostensiva e em vernáculo: "CONTÉM GLÚTEN: O GLÚTEN É PREJUDICIAL À SAÚDE DOS DOENTES CELÍACOS". (EREsp 1515895/MS, Embargos de Divergência em Recurso Especial 2015/0035424-0, Rel. Ministro Humberto Martins. Órgão Julgador: CE – Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça. Data do Julgamento: 20/09/2017. Data da Publicação/Fonte: DJe 27/09/2017).

<sup>341</sup>LOPES, José Reinaldo de Lima. *Responsabilidade civil do fabricante e a defesa do consumidor*, cit., p. 73-77.

<sup>342</sup>MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*, cit., p. 569.

Ademais, conforme ressalta Carlos Ferreira de Almeida, *as mais antigas medidas de proteção dos consumidores são aquelas que, ainda antes da vulgarização desta ideia como tal, são impostas por razões de saúde pública.*<sup>343</sup>

Figura parcelar típica de dever de proteção também é encontrada no artigo 18, do Código de Defesa do Consumidor, que estabelece efeitos contratuais para o caso de o produto simplesmente não observar a obrigação de conformidade quanto às normas regulamentares de fabricação, distribuição ou apresentação relacionadas à segurança (art. 18, §6º, inciso II, do CDC).

A regra do artigo 42, caput, do Código de Defesa do Consumidor traz outra típica regra de dever de proteção, em especial aos diversos aspectos de direito da personalidade, por meio da abstenção de medidas, quando da cobrança de débitos, que possam expor o consumidor ao ridículo, ou trazer qualquer tipo de constrangimento ou ameaça.

Existe, ainda, o dever de manter segredo em relação a dados, fatos e circunstâncias relacionadas ao outro contratante, conhecidos em razão da relação contratual, abstendo-se de compartilhar com outros. Trata-se do dever de sigilo profissional, que se apresenta como figura parcelar típica de dever de proteção em alguns contratos específicos.<sup>344</sup>

E, nesse mesmo contexto, importante medida de tipificado dever de proteção lateral, também de cunho genérico no âmbito contratual, diz respeito ao dever de tratamento de dados pessoais, cuja regulamentação está disposta na Lei nº. 13.709, de 14 de agosto de 2018, com destaque para a regra do artigo 46, de seguinte redação: *Os agentes de tratamento devem adotar medidas de segurança, técnicas e administrativas aptas a proteger os dados pessoais de acessos não autorizados e de situações acidentais ou ilícitas de destruição, perda, alteração, comunicação ou qualquer forma de tratamento inadequado ou ilícito.*

Outras figuras parcelares típicas podem ser observadas em contratos específicos, a seguir exemplificadas.

---

<sup>343</sup>ALMEIDA, Carlos Ferreira de. *Os direitos dos consumidores*. Coimbra: Almedina, 1982. p. 49.

<sup>344</sup>Em relação aos médicos: Inciso XI - O médico guardará sigilo a respeito das informações de que detenha conhecimento no desempenho de suas funções, com exceção dos casos previstos em lei. (RESOLUÇÃO CFM Nº1931/2009 - Código de Ética Médica). Em relação ao advogado: Art. 35. O advogado tem o dever de guardar sigilo dos fatos de que tome conhecimento no exercício da profissão. (Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB, Resolução nº 02/2015, do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil).

No contrato de locação, por exemplo, a regra do artigo 569, inciso III, do Código Civil,<sup>345</sup> estabelece ao locatário o dever de informar ao locador a respeito de turbações de terceiros contra o imóvel, a fim de proteger o patrimônio do proprietário.

Outro exemplo de figura típica de dever de proteção diz respeito ao direito de redução de preço e de rescisão do contrato de locação em caso de reparo urgente no imóvel, nos termos do artigo 26, parágrafo único, da Lei nº 8.245/90.<sup>346</sup> No mesmo sentido, o artigo 9º, inciso II, da Lei de Locações (8.245/91) autoriza a resolução do contrato em caso de infração legal, no que se insere o descumprimento do dever de manter o imóvel em condições de uso do locatário previsto no artigo 22 do mesmo diploma legal, lembrando que tal situação é mencionada por Carlos Castronovo em razão de dispositivo semelhante no ordenamento jurídico italiano (art. 1580, *Codice Civile*).<sup>347</sup>

No âmbito do contrato de comodato, figura parcelar do dever de proteção é encontrada no artigo 583 do Código Civil, o qual dispõe que *se, correndo risco o objeto do comodato juntamente com outros do comodatário, antepuser este a salvação dos seus abandonando o do comodante, responderá pelo dano ocorrido, ainda que se possa atribuir a caso fortuito, ou força maior*, estabelecendo, assim, um dever de salvamento com preferência.

Há, ainda, as especificidades da cláusula de responsabilidade civil do hospedeiro, regulamentada nos artigos 649, parágrafo único, e 650, ambos do Código Civil,<sup>348</sup> em que se estabelece critérios de aplicação e exoneração do dever de indenizar.

A nulidade da cláusula que exclui a responsabilidade do transportador em caso de sinistro que atinge o viajante, prevista no artigo 734 do Código Civil,<sup>349</sup> a qual também tem

---

<sup>345</sup>Art. 569. O locatário é obrigado:

III - a levar ao conhecimento do locador as turbações de terceiros, que se pretendam fundadas em direito;

<sup>346</sup>Art. 26. Necessitando o imóvel de reparos urgentes, cuja realização incumba ao locador, o locatário é obrigado a consenti-los.

Parágrafo único. Se os reparos durarem mais de dez dias, o locatário terá direito ao abatimento do aluguel, proporcional ao período excedente; se mais de trinta dias, poderá rescindir o contrato.

<sup>347</sup>CASTRONOVO, Carlo. *Obblighi di protezione e tutela del terzo*, cit., p. 146.

<sup>348</sup>Art. 649. Aos depósitos previstos no artigo antecedente é equiparado o das bagagens dos viajantes ou hóspedes nas hospedarias onde estiverem.

Parágrafo único. Os hospedeiros responderão como depositários, assim como pelos furtos e roubos que perpetrarem as pessoas empregadas ou admitidas nos seus estabelecimentos.

Art. 650. Cessa, nos casos do artigo antecedente, a responsabilidade dos hospedeiros, se provarem que os fatos prejudiciais aos viajantes ou hóspedes não podiam ter sido evitados.

<sup>349</sup>Art. 734. O transportador responde pelos danos causados às pessoas transportadas e suas bagagens, salvo motivo de força maior, sendo nula qualquer cláusula excludente da responsabilidade.

Parágrafo único. É lícito ao transportador exigir a declaração do valor da bagagem a fim de fixar o limite da indenização.

previsão no ordenamento italiano (art. 1.681, 2º *comma*, *Codice Civile*), é outro exemplo referido por Carlos Castronovo para explicitar a autonomização do dever de proteção.<sup>350</sup>

O dever de assistência material, previsto no parágrafo único do artigo 230 do Código Brasileiro de Aeronáutica (Lei nº 7.565, de 19 de dezembro de 1986),<sup>351</sup> tem desempenhado papel relevante como figura parcelar de dever de proteção para minimizar os efeitos prejudiciais decorrentes de *perturbação* no cumprimento da prestação principal relacionada ao transporte aéreo.<sup>352</sup> Em situação de atraso de voo, de acordo com a extensão da espera, exsurge o direito à devida assistência material e informacional ao consumidor lesado,<sup>353</sup> cumprindo à companhia aérea disponibilizar aos passageiros instalações cômodas para aguardar a resolução do problema, tanto no aeroporto, como em hotéis próximos, incluindo o transporte e alimentação.<sup>354</sup>

Ainda no âmbito dos contratos de transporte, pode-se mencionar o dever sanitário quanto ao espaço do veículo de transporte, que autoriza o transportador a recusar aquele que não estiver em condições de higiene ou de saúde, a fim de preservar a integridade dos passageiros (artigo 739, do Código Civil).<sup>355</sup>

<sup>350</sup>CASTRONOVO, Carlo. *Obblighi di protezione e tutela del terzo*, cit., p. 145-146.

<sup>351</sup>Art. 231. Quando o transporte sofrer interrupção ou atraso em aeroporto de escala por período superior a 4 (quatro) horas, qualquer que seja o motivo, o passageiro poderá optar pelo endosso do bilhete de passagem ou pela imediata devolução do preço.

Parágrafo único. Todas as despesas decorrentes da interrupção ou atraso da viagem, inclusive transporte de qualquer espécie, alimentação e hospedagem, correrão por conta do transportador contratual, sem prejuízo da responsabilidade civil.

<sup>352</sup>O artigo de lei está regulamentado na Resolução ANAC nº 141 de 09/03/2010, artigo 14:

Art. 14. Nos casos de atraso, cancelamento ou interrupção de voo, bem como de preterição de passageiro, o transportador deverá assegurar ao passageiro que comparecer para embarque o direito a receber assistência material.

§ 1º A assistência material consiste em satisfazer as necessidades imediatas do passageiro, gratuitamente e de modo compatível com a estimativa do tempo de espera, contados a partir do horário de partida originalmente previsto, nos seguintes termos:

I - superior a 1 (uma) hora: facilidades de comunicação, tais como ligação telefônica, acesso a Internet ou outros;

II - superior a 2 (duas) horas: alimentação adequada;

III - superior a 4 (quatro) horas: acomodação em local adequado, traslado e, quando necessário, serviço de hospedagem.

§ 2º O transportador poderá deixar de oferecer serviço de hospedagem para o passageiro que residir na localidade do aeroporto de origem.

<sup>353</sup>REsp 1280372/SP. Recurso Especial 2011/0193563-5. Relator Ministro Ricardo Villas Boas Cueva. Órgão Julgador: Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça. Data do Julgamento: 07/10/2014. Data da Publicação/Fonte: DJe 10/10/2014, RSTJ vol. 240 p. 603.

<sup>354</sup>REsp 732982/PR; Recurso Especial 2005/0042110-0. Relator Ministro Aldir Passarinho. Órgão Julgador: Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça. Data do Julgamento: 20/06/2006. Data da Publicação/Fonte: DJ 19/03/2007 p. 356, LEXSTJ vol. 212 p. 166, RT vol. 862 p. 195.

<sup>355</sup>Art. 739. O transportador não pode recusar passageiros, salvo os casos previstos nos regulamentos, ou se as condições de higiene ou de saúde do interessado o justificarem.

Em relação às figuras típicas disseminadas, pode se dizer que não nada mais são senão a especificação legislativa da regra de boa-fé e, fora dessas hipóteses, decorre da cláusula geral de boa-fé o mesmo dever de respeito à pessoa e ao seu patrimônio, que deve ser observado pelas partes durante a execução do contrato.<sup>356</sup>

No que diz respeito aos deveres de proteção atípicos, premissa doutrinária, que não se despreza, já nos informa certa inconsistência dogmática, uma vez que tais deveres são naturalmente avessos a qualquer enumeração ou descrição definitiva,<sup>357</sup> o que, contudo, não implica a ausência de critérios técnicos para a identificação das condutas obrigacionais.

Os deveres de proteção atípicos têm sua fonte de aplicação na cláusula geral de boa-fé objetiva, diferenciando-se, quanto ao fundamento, das demais categorias do dever de proteção (prestação proteção, obrigação de segurança, hipóteses casuísticas), que não necessitam o reenvio à cláusula geral de boa-fé ou utilizá-la como principal ponto de afirmação.<sup>358</sup>

Considerando a função integrativa teorizada por Betti, os deveres de proteção configuram aqueles decorrentes do princípio da boa-fé objetiva em posição mais distanciada da obrigação principal, são destinados a prevenir e a remover os danos da esfera de interesse da parte contrária, uma vez que o simples fato de existir uma relação contratual e o contato de uma parte com a esfera jurídica da outra, já existe a possibilidade de se prejudicarem.<sup>359</sup>

Essa integração ocorre sob o fundamento da cláusula de boa-fé objetiva, a qual amplia as obrigações contratuais já existentes, acrescentando deveres cujo conteúdo é prevalentemente de conservação e respeito ao direito do outro.<sup>360</sup>

Ensina Judith Martins-Costa que integra-se, em um contrato, *o que deveria estar nele contido, ou dele ser deduzido, não porque haja uma omissão, mas porque há uma incompletude que deve ser preenchida para atingir-se o adimplemento satisfativo segundo a normalidade da operação econômica realidade, a utilidade visada pelas partes e o mandamento legal, imposto a todos os contraentes, de agir na conclusão e na execução de um contrato segundo a boa-fé, com lealdade e probidade.*<sup>361</sup> Em razão disso, explica-se porque a boa-fé, quando chamada à função de integrar, *em vista de sua incidência à*

<sup>356</sup>LAMBO, Luigi. *Obblighi di protezione*, cit. p. 113-114.

<sup>357</sup>VIEIRA, Iacyr de Aguiar. Deveres de proteção e contrato, cit., p. 70.

<sup>358</sup>CASTRONOVO, Carlo. *Obblighi di protezione*, cit., v. 21, p. 7.

<sup>359</sup>BETTI, Emilio. *Teoria generale delle obbligazioni*: prolegomeni: funzione economico-sociale dei rapporti d'obbligazione, cit., v. 1, p. 99.

<sup>360</sup>Id. *Ibid.*, p. 90.

<sup>361</sup>MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*: critérios para a sua aplicação, cit., p. 565.

*relação contratual, permitirá detectar quais deveres são necessários para o correto adimplemento do contrato, para a otimização do programa contratual e - no que diz respeito ao presente trabalho - para a proteção das pessoas e bens jurídicos envolvidos.*<sup>362</sup>

No que diz respeito a operacionalidade das cláusulas gerais, de se estabelecer que elas não são princípios dedutivos, nem princípios de argumentação dialética, mas dão ao juiz uma medida, uma diretriz para a busca da regra da decisão: são uma técnica de formação judicial da regra a ser aplicada ao caso concreto, sem modelo de decisão pré-estabelecida por um modelo normativo abstrato. Para esse fim, o juiz deve dispor de uma relação de tipos normativos de comportamento e de *standards* valorativos socialmente aceitos, que lhe forneçam as linhas diretivas, os critérios orientativos para a busca da decisão,<sup>363</sup> uma vez que à cláusula geral, compreendida como um processo técnico, faltam tais dados.<sup>364</sup>

E, por *standard* valorativo, entende-se o modelo jurídico de comportamento que o direito extrai da ética social, o qual, em uma relação de permanente recepção, efetiva o processo de especificação das situações normativas e a completa determinação dos valores que lhe são subjacentes, com peculiar adaptabilidade no sentido de adequar o efeito jurídico às exigências singulares do fato concreto.<sup>365</sup>

Nessa perspectiva do sistema, é possível qualificar o dever de proteção no âmbito conceitual de *standard* valorativo,<sup>366</sup> que, desse modo, operacionaliza a atuação da cláusula geral de boa-fé objetiva, servindo de diretriz (valoração normativa) para a concretização do modelo de comportamento referente à regra de decisão haurida para uma específica relação jurídica. Um modelo de comportamento, cujo senso comum é inserir no conteúdo contratual o respeito à pessoa humana e seus bens, a par do interesse de prestação. Assim, enriquece a estrutura da relação jurídica contratual.<sup>367</sup>

A concretização dos deveres depende, pela natureza das coisas, do concreto vínculo que esteja em causa, ostentando cada tipo contratual um conjunto de regras próprias de

---

<sup>362</sup>MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*, cit., p. 566-567.

<sup>363</sup>MENGONI, Luigi. *Spunti per una teoria delle clausole generali*, cit., p. 10 e ss.

<sup>364</sup>CICCARELLO, Sebastiano. *Dovere di protezione e valore della persona*, cit., p. 257.

<sup>365</sup>FALZEA, Angelo. *Gli standards valutativi e la loro applicazione*. *Rivista di Diritto Civile*, v. 33, n. 1, p. 1 ss., genn./febb. 1987.

<sup>366</sup>CICCARELLO, Sebastiano. *Dovere di protezione e valore della persona*, cit., p. 249 e ss.

<sup>367</sup>CABANILLAS SANCHEZ, Antonio. *Los deberes de protección del deudor en el derecho civil, en el mercantil y en el laboral*, cit., p. 241.



execução e, naquilo que não tenham de específico, deixam margem à aplicação dos preceitos das obrigações em geral.<sup>368</sup>

O conteúdo e os limites dos deveres de proteção são, pois, estruturados em razão dos dados da relação obrigacional específica em que estão inseridos,<sup>369</sup> havendo, ainda, a necessidade de se realizar de maneira diversa a proteção da coisa e a proteção da pessoa enquanto valores heterogêneos em uma graduação axiológica.<sup>370</sup>

Na proteção do *status quo*, cujo conteúdo é determinado caso a caso conforme a possibilidade concreta de cada parte para intervir na esfera jurídica da outra, os deveres de proteção, ensina Judith Martins-Costa, *apresentam graus escalonados de intensidade conforme o dinâmico desenrolar da relação obrigacional, e segundo as situações jurídicas subjetivas em causa.*<sup>371</sup>

Depara-se, nesse ponto, com a difícil tarefa concernente à indicação de critérios científicos seguros para a concretização dos modelos de comportamentos da categoria dos *deveres de proteção*.

Socorre-se da lição de Giovanna Visintini para afirmar que, desde que seja lembrado o caráter de série aberta dos deveres de proteção, a melhor maneira de racionalizar e esclarecer o conteúdo excessivamente elásticos das regras decorrentes da cláusula geral de boa-fé objetiva, é a técnica de exemplificar os deveres concretizados por meio de sua aplicação.<sup>372</sup>

Nessa ordem de ideias é digna de atenção a classificação construída pela doutrina de separar os deveres de proteção em quatro categorias: deveres de aviso ou de comunicação; deveres de custódia, deveres de conservação e deveres de resgate.<sup>373</sup>

Carneiro da Frada, por seu turno, afirma que o conteúdo diversificado pode se manifestar por meio de uma atividade de informação, de conselho, de cooperação, de segredo, de não concorrência, de custódia e vigilância, de lealdade, etc.<sup>374</sup>

A título exemplificativo, sem, portanto, nenhum intuito de esgotar a matéria, a análise das hipóteses mais comuns dos deveres de proteção atípicos.

<sup>368</sup>CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Tratado de direito civil português: direito das obrigações*, cit., v. 2, t. 4, p. 31.

<sup>369</sup>CUCCU, Vanna. *Gli obblighi di protezione (profili in tema di contratto di trasporto)*, cit., p. 35.

<sup>370</sup>CICCARELLO, Sebastiano. *Dovere di protezione e valore della persona*, cit., p. 61.

<sup>371</sup>MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*, cit., p. 245.

<sup>372</sup>VISINTINI, Giovanna. *Inadempimento e mora del debitore*, cit., p. 241.

<sup>373</sup>Id. *Ibid.*, p. 242. BENATTI, Francesco. *Osservazioni in tema di doveri di protezioni*, cit., p. 1355. CABANILLAS SANCHEZ, Antonio. *Los deberes de protección del deudor en el derecho civil, en el mercantil y en el laboral*, cit., p. 240.

<sup>374</sup>FRADA, Manuel António de Castro Portugal Carneiro da. *Contrato e deveres de proteção*, cit., p. 40-41.

O dever de organizar a atividade de forma segura representa um dos mais importantes deveres de proteção da atualidade, uma vez que toda atividade empresarial é desenvolvida em uma dimensão espacial física ou virtual. No que diz respeito à organização, representa ela uma prestação secundária instrumental da prestação principal e, conforme ensina Menezes Cordeiro, tem um aspecto característico, de conduzir à montagem de uma estrutura que, depois, vai articular os interesses das pessoas envolvidas.<sup>375</sup>

A atividade pode ser organizada em um espaço físico de estabelecimento comercial, como um supermercado, uma loja, um consultório, um hospital, etc., ou ainda em um ambiente virtual, como um sítio eletrônico, um aplicativo, etc. Em qualquer um deles, o contratante deve organizar o cumprimento de sua prestação de modo idôneo a prevenir o perigo de dano.<sup>376</sup> Na lição de Francesco Benatti, consiste na obrigação de tomar todas as medidas necessárias para garantir que os clientes possam se mover sem qualquer perigo nas instalações colocadas à disposição deles.<sup>377</sup> É a responsabilidade pelo espaço: quem controla um espaço deve prevenir perigos que lá ocorram ou possam ocorrer, quem tem a vantagem do lugar deve assumir os deveres que daí decorram.<sup>378</sup>

Aquele primeiro julgado francês (*arret jand'heur*), cujo fato sob análise consistia em um passageiro gravemente ferido no pé pela queda de um barril mal fixado no pavimento inferior da embarcação,<sup>379</sup> é exemplo claro de problema de falha na organização da atividade empresarial, pois não se observou a criação de um espaço seguro para o desenvolvimento da atividade de transporte.

De se recordar que a ideia de um ambiente seguro surge, primeiramente, em sede de contrato de trabalho, conforme aponta Gérard Lardennois, fazendo menção aos trabalhos de Saintelette (*De la responsabilité de la garantie*, 1884) e Sauzet (*De la responsabilité des patrons vis-à-vis des ouvriers*, *Revue Critique*, 1883), a respeito da proteção contratual do trabalhador pelo fato de o empregador ter assumido tacitamente a obrigação de garantir

---

<sup>375</sup>CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Tratado de direito civil português: direito das obrigações: introdução, sistemas e direito europeu das obrigações, dogmática geral*, cit., v. 2, t. 1, p. 518.

<sup>376</sup>LAMBO, Luigi. *Obblighi di protezione*, cit., p. 153.

<sup>377</sup>Francesco Benatti menciona como hipótese do descumprimento do dever de proteção, gerando a responsabilização do estabelecimento comercial, a situação de um cliente que entrou de noite em uma taverna para beber cerveja e tropeçou na escada de acesso devido à má iluminação do local. (BENATTI, Francesco. *Osservazioni in tema di doveri di protezioni*, cit., p. 1342-1363).

<sup>378</sup>CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Tratado de direito civil português: direito das obrigações: introdução, sistemas e direito europeu das obrigações, dogmática geral*, cit., v. 2, t. 1, p. 375.

<sup>379</sup>Cass. Civ. 21 novembre 1911, *Gaz. Pal.* 1912.1.20 (30 novembre 1911 et 4 janvier 1912).

a segurança do trabalhador.<sup>380</sup> Nesse particular, Antonio Cabanillas Sánchez esclarece que o dever de proteção se traduz na adoção de medidas gerais (segurança dos locais de trabalho, máquinas e ferramentas, avisos e cursos de prevenção de acidentes, etc.) e medidas individuais de proteção pessoal (capacetes, cintos de segurança, luvas, calçados isolante, etc.).<sup>381</sup>

Tal situação hodiernamente dá ensejo inclusive à denominada engenharia de segurança do trabalho, uma área de especialização que estuda a responsabilidade de zelar pela saúde e pela integridade física do trabalhador, reduzindo ou eliminando o risco de acidentes no ambiente de trabalho.<sup>382</sup> E a preocupação nos demais contratos não deve ser diferente, impondo-se a consciência dessa engenharia de segurança contratual em virtude dos riscos decorrentes do ambiente no qual se estrutura a execução das prestações devidas, com adoção de medidas preventivas.

Conclui-se que não se trata da mera disposição de objetos em um espaço de modo a impedir danos, mas contempla uma série de medidas de segurança que se complementam, tais como informação, disponibilização de aparelhos, equipamentos e profissionais (médicos, salva-vidas, bombeiros, etc.)<sup>383</sup> e, em certos casos, também a atividade específica de vigias e seguranças.<sup>384</sup> Atividade perigosa, por exemplo, deve ser executada

---

<sup>380</sup>LARDENNOIS, Gérard. *De l'application de l'article 1384, §1º* (Responsabilité du fait des choses) en matière contractuelle, cit., p. 152.

<sup>381</sup>CABANILLAS SANCHEZ, Antonio. *Los deberes de protección del deudor en el derecho civil, en el mercantil y en el laboral*, cit., p. 335.

<sup>382</sup>A importância do tema de proteção é bem sentida no âmbito do contrato de trabalho, principalmente, considerando a existência de dois regimes protetivos para as ações de acidente de trabalho, um objetivo (seguridade social) e outro subjetivo.

<sup>383</sup>Veja-se julgado do Superior Tribunal de Justiça quanto à responsabilidade pelo afogamento e óbito de criança em virtude de falha na organização do serviço de forma segura: *quando comprovada falha na prestação do serviço, configurada pela não adoção de medidas preventivas adequadas ao risco de sua fruição: segurança dos banhistas, salva-vidas, bóias para a indicação da parte funda da rasa do lago, profissional médico, aparelho de respiração artificial*. (REsp 1332366/MS; Recurso Especial 2012/0138177-2, Rel. Min. Luis Felipe Salomão. Órgão Julgador: Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça. Data do julgamento: 10/11/2016. Data da publicação/Fonte: DJe 07/12/2016).

<sup>384</sup>Veja-se julgado do Superior Tribunal de Justiça quanto à responsabilidade de parque de diversões por roubos ocorridos em suas dependências: *o serviço por ela disponibilizado ao mercado de consumo apresentou menos segurança do que aquela razoavelmente esperada pelos consumidores, levando-se em conta o modo de seu fornecimento, o resultado e os riscos razoavelmente esperados e a época da respectiva prestação (art. 14, §1º, incisos I, II e III, do Código de Defesa do Consumidor). Não é razoável esperar que, ao frequentar um parque de diversões do porte e com as condições de segurança ofertadas pelo estabelecimento em questão, o consumidor ou seus acompanhantes irão se deparar com roubos e agressões em sistema caracterizado como de arrastão. (...) caracterizada a falha na prestação do serviço, a fornecedora é responsável pela indenização de eventuais danos causados aos seus consumidores (art. 14, caput, do Código de Defesa do Consumidor). Como se vê, diante das peculiaridades do caso concreto e da análise do conteúdo fático e probatório dos autos, o órgão julgador constatou o defeito dos serviços prestados pelo recorrente, decorrentes da ineficácia do sistema de segurança, e atestou a responsabilidade da empresa pela indenização de eventuais danos causados aos consumidores*. (AREsp 1.310.297/SP. Agravo em Recurso Especial 2018/0144732-8. Relator Ministro Marco Buzzi. Superior Tribunal de Justiça. Data do julgamento: 5/09/2018, Data da Publicação/Fonte: DJe 14/09/2018).

por pessoal treinado e devidamente equipado vinculado ao próprio fornecedor e não ser permitida ao consumidor.<sup>385</sup> Um específico dever de averiguação, por exemplo, grava as agências de viagens, aqueles que promovem excursões e serviços de lazer.<sup>386</sup> O dever de manutenção é aplicado em relação ao transporte<sup>387</sup> e ao espaço físico que recebe pessoas.<sup>388</sup> Controle rigoroso de colaboradores.<sup>389</sup> E, no ambiente virtual, aquele que

<sup>385</sup> Interessante julgado a respeito considerou que a solução da questão referente ao manuseio de água fervente que acarretou queimaduras em usuário de sauna não se resumia ao dever de informação, mas ao dever mais amplo da própria organização de um serviço seguro: (...) *existe o único cartaz dentro da sauna finlandesa, que se resume a dizer que: "Cuidado! Água quente!". Não se trata apenas de água quente, mas de água escaldante e o aviso deveria conter mensagem acerca da possibilidade de danos corporais. Na verdade, o aviso deveria proibir o manejo da água quente pelos consumidores; até mesmo a estrutura da sauna deveria impedir e inviabilizar o acesso e/ou o contato dos clientes com os equipamentos de água escaldante (...) para que o ambiente da sauna seja realmente seguro, os consumidores não podem ter contato ou acesso a nenhum equipamento de água escaldante.* Processo nº 1001306-95.2016.8.26.0011. Juiz Prolator: Régis Rodrigues Bonvicino. 1ª Vara Cível do Foro Regional de Pinheiros – Comarca de São Paulo – Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Data da Publicação: DJe de 20/07/2017.

<sup>386</sup> Luigi Lambo cita julgado francês (Appel Paris, 20 novembre 1985, in D., 1986, 231) em que agência de viagem foi responsabilizada, pois não averiguou que os serviços de hotelaria incluídos na viagem estavam privados de perigos para a saúde e para a vida de cliente, o qual se queimou em virtude de falha no funcionamento do aquecedor de água do banheiro do quarto. (LAMBO, Luigi. *Obblighi di protezione*, cit., p. 168). Traz, ainda, julgado italiano (Cass. 1re civ, 5 gennaio 1961, in D., 1961, 145), em que dois turistas franceses perderam a vida em virtude de graves ferimentos decorrentes de acidente automobilístico na cidade do Rio de Janeiro quando estavam em trânsito no interior de um taxi, cujo motorista não ostentava seguro por responsabilidade civil. A corte entendeu que a agência de viagem era responsável pois deveria ter averiguado, antes, o fato de o taxista indicado não ostentar seguro por responsabilidade civil. (Id. Ibid., p. 167). Em relação aos organizadores de serviço de lazer, devem eles inspecionar os locais, fornecer avisos e comunicar a existência dos perigos presentes. (Id. Ibid., p. 184).

<sup>387</sup> Veja-se, a respeito, julgado do Superior Tribunal de Justiça: A empresa ferroviária responde civilmente pelo descumprimento do dever de manutenção e conservação, em local de intenso trânsito de pedestres, de cercas ou muros em volta de suas linhas férreas. (REsp 107230/RJ; Recurso Especial 1996/0057093-0. Relator Ministro Cesar Asfor Rocha. Órgão Julgador: Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça. Data do Julgamento: 22/06/1999. Data da Publicação/Fonte: DJ 18/10/1999, p. 234, RT vol. 773 p. 182).

<sup>388</sup> Luigi Lambo menciona julgado italiano em caso de jovem que se feriu por causa de fragmento de vidro no chão do banheiro de um complexo esportivo (Cass. 14 aprile 1981, n. 2242, in *Foro it.*, Rep. 1981, voce *Responsabilità civile*, n. 46) : *se o gestor, por meio de um contrato, permite o uso de instalações esportivas, deve estar obrigado a executar os serviços de vigilância e manutenção necessários para salvaguardar a integridade física dos clientes.* (LAMBO, Luigi. *Obblighi di protezione*, cit., p. 151).

<sup>389</sup> Exemplo rico tem sido a questão jurídica dos aplicativos de transporte. Por um lado, tem sido reconhecida a legitimidade do titular do aplicativo, que organiza o serviço, para responder pelos riscos e danos dele decorrentes (Transporte. Uber. Ação de indenização por danos morais e materiais. Legitimidade passiva. Transporte particular de passageiros. Empresa que inseriu o aplicativo no mercado que integra a cadeia de fornecimento do serviço prestado pelo motorista, mediante remuneração. Relação de consumo caracterizada. Integrantes da cadeia de fornecimento que respondem solidariamente por prejuízos causados ao consumidor. Inteligência dos artigos 2º, 3º, 7º e 14, todos, do Código de Defesa do Consumidor. Pertinência subjetiva passiva. Ilegitimidade afastada. Apelação nº 1023935-25.2017.8.26.0562. Relator(a): Fernando Sastre Redondo. Órgão julgador: 38ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Data do julgamento: 17/10/2018. Data de publicação: 19/10/2018.). Em contrapartida, tem sido conferida ao titular do aplicativo a possibilidade de descredenciamento do colaborador que não atua em observância às diretrizes de segurança (Prestação de serviços de transporte de passageiros. UBER. Descredenciamento de motorista colaborador. Queixa da clientela sobre cometimento de infrações graves no trânsito por este. Denúncias sobre excesso de velocidade, embriaguez e tratamento indelicado aos passageiros. Motivos suficientes para o descredenciamento. Necessidade de preservação da boa qualidade da prestação de serviços. Tutela provisória para manutenção do credenciamento que assim não pode ser acolhida. Acerto da decisão de primeiro grau em tal sentido. Pretensão à revogação descabida. Recurso Improvido. Agravo de Instrumento

oferece o serviço ostenta o dever de implantar um sistema não suscetível a ação de terceiros a fim de proteger os dados e o patrimônio dos usuários.<sup>390</sup>

Ponto de reflexão necessário diz respeito à extensão territorial que desperta a atuação do contratante no cumprimento desse dever de proteção. A mera entrada em um estabelecimento comercial já configura o contato negocial apto à tutela, pois nessa circunstância já existe a possibilidade de ingerência de uma parte em relação aos bens jurídicos da outra. O dever de proteção existe, portanto, desde o momento em que o eventual cliente entra no estabelecimento comercial até o instante em que o abandona,<sup>391</sup> excluindo-se, pois, quando a vítima já está na via pública em frente à empresa.<sup>392</sup>

Tem se discutido a extensão dessa responsabilidade ao espaço do estacionamento do estabelecimento comercial, cuja análise tem sido casuística. Interessante julgado do

---

nº 2106661-42.2018.8.26.0000. Relator(a): Sebastião Flávio. Órgão julgador: 23ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Data do julgamento: 06/08/2018. Data de publicação: 06/08/2018). E a questão global de dever de organizar a atividade com segurança é explicitada no seguinte julgado: “a montagem de estrutura mais ou menos segura, mais ou menos eficiente - para o atendimento de quem contrata seus serviços - é escolha da ré e reflete nas suas margens de lucro. Assim, se escolhe estrutura que leva a atendimento precário, que não zela pela segurança do usuário (tanto motorista quanto passageiro), o faz por livre opção e, de fato, porque estruturas melhores viriam a custar mais e, por isso, reduziriam sua margem de lucro. Auferindo melhores resultados financeiros, arca, porém, com os ônus dos erros provocados pelo sistema eleito. No caso em tela, a ré auferiu lucro com a intermediação entre motorista e passageiro, e atrai sua clientela sob a alegação de que não há viagens anônimas e que conhece quem está utilizando seu aplicativo, logo, ao ocorrer tamanho dano ao motorista que utiliza a plataforma, deve se responsabilizar por ele” (Processo nº 1034896-11.2017.8.26.0114, 4ª turma Cível do Colégio Recursal de Campinas/SP. Relatora Juíza Renata Manzini. Data do julgamento: 20/04/2018. Data de publicação: DJe 26/04/2018).

<sup>390</sup>Veja-se, a respeito, julgado do Superior Tribunal de Justiça: *É o próprio banco que, fornecendo esse tipo de serviço on line, e incentivando a sua clientela a utilizá-lo deve zelar pela segurança das transações que realiza, adotando medidas que evitem a invasão das máquinas de seus clientes. Não havendo negligência do consumidor, resta caracterizada a falta de segurança do sistema utilizado pelo banco, para o seu benefício, pois dispensa o atendimento pessoal, incentivando a clientela a sua utilização via da rede mundial da internet* (AREsp Nº 14.284/MG, Agravo em Recurso Especial 2011/0061741-7. Relator Ministro Sidnei Beneti. Superior Tribunal de Justiça. Data do julgamento: 28/06/2011, Data da Publicação/Fonte: DJe 30/06/2011).

<sup>391</sup>CABANILLAS SANCHEZ, Antonio. *Los deberes de protección del deudor en el derecho civil, en el mercantil y en el laboral*, cit., p. 82.

<sup>392</sup>Veja-se, a respeito, julgado do Superior Tribunal de Justiça: o legislador impôs aos estabelecimentos financeiros em geral a obrigação de manter um sistema de segurança adequado, haja vista que, dentro das agências, a responsabilidade de zelar pela incolumidade física e patrimonial dos usuários do serviço bancário é da própria instituição. Todavia, na via pública, incumbe ao Estado, e não à instituição financeira, o dever de garantir a segurança dos cidadãos e evitar a atuação de criminosos. O risco inerente à atividade bancária não torna o fornecedor responsável por atos criminosos perpetrados fora de suas dependências. REsp 1.621.868/SP, Recurso Especial 2016/0223343-6. Rel(a). Ministra Nancy Andrighi. Órgão Julgador: Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça. Data do Julgamento: 05/12/2017. Data da Publicação/Fonte: DJe 18/12/2017. E, ainda: *O ilícito ocorreu na via pública, sendo do Estado, e não da instituição financeira o dever de garantir a segurança dos cidadãos e de evitar a atuação dos criminosos. O risco inerente à atividade exercida pela instituição financeira não a torna responsável pelo assalto sofrido fora de suas dependências.* (REsp 1.284962/MG, Recurso Especial 2011/0082173-4. Rel(a). Ministra Nancy Andrighi. Órgão Julgador: Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça. Data do Julgamento: 11/12/2012. Data da Publicação/Fonte: DJe 04/02/2013).

Superior Tribunal de Justiça apresenta circunstâncias relevantes para a assunção de responsabilidade pelo fornecedor do serviço, dentre as quais: pagamento direto pelo uso do espaço para estacionamento; natureza da atividade exercida (se empresarial ou não, se de interesse social); ramo do negócio; porte do estabelecimento; nível de acesso ao estacionamento (fato de o estacionamento ser ou não exclusivo para clientes ou usuários do serviço); controle de entrada e saída por meio de cancelas ou entrega de tickets; aparatos físicos de segurança na área de estacionamento (muros, cercas, grades, guaritas e sistema de vídeo-vigilância); presença de guardas ou vigilantes no local; nível de iluminação.<sup>393</sup>

O dever de proteção organizacional tem se estendido, ademais, às áreas de venda pelo sistema *Drive-Thru*, localizadas do lado externo do estabelecimento comercial, em que o cliente pede e recebe o produto sem precisar sair de seu automóvel.<sup>394</sup>

Quanto ao dever de informação, se, em relação às relações de consumo decorre de expressa previsão legal, no bojo das relações civis e empresariais tem fundamento na cláusula geral de *boa-fé objetiva, verdadeira regra de conduta, estabelecida no art. 422 do Código Civil, que se reveste da função criadora de deveres laterais ou acessórios, como o de informar, para que a relação não seja fonte de prejuízo ou decepção para uma das partes*.<sup>395</sup> Neste ponto, aquilo que já foi dito em relação ao dever de informação referente às relações de consumo pode ser aplicável no âmbito das demais categorias relacionais, desde que respeitadas as diversidades decorrentes do menor ou maior déficit informacional, que implementa uma intensidade diferente ao conteúdo do correlato dever.

O dever de vigilância (*sorveglianza/surveillance*) também é mencionado como medida de implementação do interesse de proteção, a fim de lhe aumentar os efeitos.<sup>396</sup>

<sup>393</sup>REsp 1.426.598/PR, Recurso Especial 2013/0264467-5. Rel(a). Ministra Nancy Andrighi. Órgão Julgador: Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça. Data do Julgamento: 19/10/2017. Data da Publicação/Fonte: DJe 30/10/2017.

<sup>394</sup>A respeito, julgado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo: (...) *não se é de esperar segurança nenhuma. Não há qualquer sistema de vigilância, sequer de câmaras, quando não de funcionários especialmente alocados para este mister. (...) Depois, isto se agrava na medida em que, diferentemente de outros estabelecimentos, o réu disponibiliza serviço especial, que atrai a clientela e incrementa seus lucros, porém que propicia ou facilita às ações violentas. Os veículos permanecem, no 'drive-thru', como que encurralados, enfileirados em um estreito corredor, funcionando, com os consumidores em seu interior, até bem tarde da noite, insista-se, sem qualquer mínimo dispositivo de segurança.* (Apelação nº 0017651-82.2013.8.26.0004. Relator: Desembargador Claudio Godoy. Órgão julgador: 1ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Data do julgamento: 27/01/2015. Data de publicação: 29/01/2015).

<sup>395</sup>REsp 830526/RJ; Recurso Especial 2006/0047143-8, Rel(a). Ministra Nancy Andrighi. Órgão Julgador: Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça. Data do julgamento: 03/09/2009. Data da publicação/Fonte: DJe 29/10/2009.

<sup>396</sup>VINEY, Geneviève. *Introduction à la responsabilité*, cit., p. 502.

Segue a ideia do artigo 491 do Código Civil Português,<sup>397</sup> dizendo, pois, respeito ao ato de orientar e manter sob observação aqueles que estão sob seu cuidado para que não produzam danos em relação a terceiros, tal como sucede ao hospital psiquiátrico em relação ao interno deficiente mental com comportamento agressivo, a fim de não causar danos aos funcionários, visitantes ou outros pacientes.

O dever de cuidado faz referência à prática de atos de assistência e preservação daquele que está sob a proteção de alguém contra os riscos e perigos que possam lhe advir durante o período de cuidado, como é o caso da escola em relação aos alunos,<sup>398</sup> em que se pugna pela natureza objetiva da obrigação.

Decorre, também, da cláusula geral de boa-fé, o dever de confidencialidade, que consiste em manter segredo das informações relacionadas ao outro contratante, obtidas no curso do contato negocial, cuja divulgação possa causar danos.<sup>399</sup> Judith Martins-Costa apresenta o exemplo de um pintor de parede, que ingressa na residência do contratante para execução do serviço e, em razão dessa circunstância, toma conhecimento de fato da vida privada da família. Se houver a violação da privacidade, revelando-se a terceiros aquele determinado fato conhecido em razão do serviço na residência do contratante, estará configurado o descumprimento do dever de proteção, ensejando a indenização dos danos causados.<sup>400</sup> É instrumental para a proteção da contraparte, com aplicação destacada em diversos contratos interempresariais em que a colaboração por meio da troca de dados é elemento fundamental para o negócio jurídico, como ocorre, por exemplo, em contrato de franquia, know-how, etc.

---

<sup>397</sup>Artigo 491. As pessoas que, por lei ou negócio jurídico, forem obrigadas a vigiar outras, por virtude da incapacidade natural destas, são responsáveis pelos danos que elas causem a terceiro, salvo se mostrarem que cumpriram o seu dever de vigilância ou que os danos se teriam produzido ainda que o tivessem cumprido.

<sup>398</sup>Veja-se, a respeito, o seguinte julgado: (...) *o serviço prestado pela escola maternal foi defeituoso, a qual tem o dever de zelar pela segurança das crianças no período em que estão sob seus cuidados, de modo que, frustrada essa expectativa, deve a instituição responder objetivamente pelos danos ocorridos, em consonância com o art. 14 do Código de Defesa do Consumidor e 933 do Código Civil, sendo prescindível perquirir acerca da existência da culpa. Embora fosse desnecessário enfrentar a questão sob a ótica da responsabilidade subjetiva, concluiu o Tribunal de origem, ao interpretar as provas produzidas no processo, pela existência de conduta negligente por parte dos prepostos da escola, estabelecendo o seu nexo causal com a morte do menor, por asfixia mecânica proveniente de aspiração de alimento, quando ele contava com apenas 5 meses de vida* (REsp 1376460/RS, Recurso Especial 2013/0087314-0, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Órgão Julgador: Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, Data do Julgamento: 23/09/2014, Data da Publicação/Fonte: DJe 30/09/2014).

<sup>399</sup>LORENZETTI, Luis Ricardo. *Tratado de los contratos*: parte general. 2. ed. Santa Fé: Rubinzal - Culzoni Editores, 2010. p. 336.

<sup>400</sup>MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*: critérios para a sua aplicação, cit., p. 246.

Dever de assistência médica tem sido objeto de várias situações em que um dos contratantes, notadamente em contratos de consumo, ostenta problemas de saúde com necessidade de atendimento médico de urgência quando do curso da execução do contrato ou, mesmo em virtude do mero contato negocial. Exemplo se extrai da obra de Marco Fábio Morsello, o qual, sob o fundamento do dever de proteção ao passageiro, destaca os procedimentos médicos emergenciais a bordo de aeronaves, impondo-se, em razão do princípio da prevenção, a verificação e adequação do treinamento da tripulação e equipamentos disponíveis a bordo.<sup>401</sup>

Aponta-se, ainda, o dever de mitigar os danos no âmbito dos deveres de proteção.<sup>402</sup> No direito brasileiro, não existe nenhum dispositivo específico a respeito do tema, cuja aplicação socorre-se ao fundamento da boa-fé objetiva, conforme, inclusive, indicava o Enunciado 169 da III Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal: *o princípio da boa-fé objetiva deve levar o credor a evitar o agravamento do próprio prejuízo*.<sup>403</sup>

Tem origem no direito anglo-saxão a partir da doutrina do *duty to mitigate the loss*, alcançando maior abrangência quando de sua positivação no artigo 77 da Convenção de Viena sobre Compra e Venda Internacional de Mercadorias (CISG).<sup>404</sup>

No direito italiano, o artigo 1.227, segunda parte, do *Codice Civile*<sup>405</sup> reconhece ao credor o dever de mitigar os danos que poderiam ser evitados segundo uma ordinária diligência. Em análise a referido dispositivo, Massimo Bianca compreende que tal dever do lesado de cooperar para limitar a responsabilidade da parte lesionada se enquadra no dever geral de *correttezza*, como um compromisso de solidariedade que exige que a parte proteja

<sup>401</sup>MORSELLO, Marco Fábio. *Responsabilidade civil no transporte aéreo*, cit., p. 308-309.

<sup>402</sup>Em julgado, que se fez expressa menção à teoria, compreendeu-se, quando da análise da responsabilidade por vício, que teria havido pelo consumidor o descumprimento do dever de mitigar os danos, caracterizado pelo uso "severo" infligido ao bem pelo adquirente, desacompanhado de manutenção preditiva condizente e revisões em período adequado, restando as condições de uso do bem, não obstante, reestabelecidas após a última revisão realizada dentro da garantia (Apelação nº 0047170-40.2010.8.26.0576. Relator: Desembargador Hugo Crepaldi. Órgão julgador: 25ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Data do julgamento: 03/12/2015. Data de publicação: 03/12/2015).

<sup>403</sup>A orientação atual está explicitada no Enunciado 629 da VIII Jornada de Direito Civil do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal: *Art. 944: A indenização não inclui os prejuízos agravados, nem os que poderiam ser evitados ou reduzidos mediante esforço razoável da vítima. Os custos da mitigação devem ser considerados no cálculo da indenização*. ENUNCIADO 629. In: JORNADA DE DIREITO CIVIL, 8., (26-27 abr. 2018). Brasília-DF: Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal (CEJ/CJF), 2018. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/viii-enunciados-publicacao-site-com-justificativa.pdf>>.

<sup>404</sup>MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*, cit., p. 611-612.

<sup>405</sup>Art. 1227. Concorso del fatto colposo del creditore.

Se il fatto colposo del creditore ha concorso a cagionare il danno, il risarcimento è diminuito secondo la gravità della colpa e l'entità delle conseguenze che ne sono derivate.

Il risarcimento non è dovuto per i danni che il creditore avrebbe potuto evitare usando l'ordinaria diligenza.



a utilidade da outra dentro dos limites de um sacrifício apreciável, ou seja, não ao ponto de prejudicar um relevante interesse pessoal e patrimonial próprio.<sup>406</sup>

De se observar, contudo, sua discutível natureza, tanto que Judith Martins-Costa apresenta o dever de mitigar a meio caminho entre as categorias do ônus jurídico e a do dever de proteção, razão pela qual se deveria admitir a categoria do encargo de direito material ou expressar a particularidade pela díade ônus/dever de proteção.<sup>407</sup>

Após os vários exemplos de deveres de proteção, importante mencionar que a tarefa não se encerra exaustiva, mas meramente exemplificativa. De todo modo, perceptível, por conta dos exemplos apresentados, mas não é demais afirmar, que existe a incidência dos deveres de proteção (deveres laterais) em todas as relações contratuais (civis, comerciais, consumeristas), por força da cláusula geral de boa-fé objetiva, inclusive em relação aos contratos em que a prestação de proteção qualifica a obrigação principal, como, por exemplo, no contrato de transporte, em que, a par do dever de condução diligente do veículo, existem os deveres laterais de informação, de assistência, etc.

Os deveres de proteção são caracterizados pela dinâmica do conteúdo obrigacional, que se mostra possível porquanto hauridos no bojo da cláusula geral de boa-fé objetiva. São corporificados de modo a fazer frente às variações circunstanciais dos perigos que se apresentam aos contratantes.<sup>408</sup> No contexto da dinâmica da atividade empresarial, por exemplo, impõe ao empresário um papel ativo frente a evolução dos riscos, obrigando-o a uma progressiva adaptação das medidas adotadas em matéria de saúde e segurança, incluindo ações permanentes para aperfeiçoar os níveis de proteção existentes.<sup>409</sup> Um perigo, antes desconhecido, a partir do momento em que se torna previsível e faz parte do risco de determinada atividade, deve ser enfrentado sob o fundamento do princípio da prevenção.<sup>410</sup> Quanto ao critério para tal raciocínio, André Rodrigues Corrêa, em análise

<sup>406</sup>BIANCA, Cesare Massimo. *Diritto civile: la responsabilità*, cit., v. 5, p. 160-161.

<sup>407</sup>MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*, cit., p. 610.

<sup>408</sup>Ensina Carlos Alberto da Mota Pinto que o surgimento dos deveres de proteção, melhor, a sua concretização, depende da verificação de pressupostos variáveis que, à luz do fim do contrato, adquirem essa eficácia. E não só o seu aparecimento: também o seu conteúdo interno, intensidade e duração dependem das circunstâncias atuais. (PINTO, Carlos Alberto Mota. *Cessão da posição contratual*, cit., p. 346).

<sup>409</sup>CABANILLAS SANCHEZ, Antonio. *Los deberes de protección del deudor en el derecho civil, en el mercantil y en el laboral*, cit., p. 381 e 385.

<sup>410</sup>Conduta que se coaduna com o dever de proteção, em decorrência do princípio da prevenção, é aquela objeto da notícia referente ao hotel que, logo depois do suicídio de uma cliente, que saltou para a morte do alto do vão livre central interno, mandou instalar uma rede de proteção antiqueda na base do referido vão. (SAMPAIO, Paulo. Após suicídio de jovem, hotel instala rede proteção antiqueda no hall. *Blog do Paulo Sampaio*, 12 jul. 2017. Disponível em: <<https://paulosampaio.blogosfera.uol.com.br/2017/07/12/apos-suicidio-de-jovem-hotel-instala-rede-protecao-anti-queda-no-hall>>).

do problema da violência urbana e seus efeitos em relação ao transporte de ônibus na cidade do Rio de Janeiro, oferece o seguinte contorno: *interessa identificar se o evento lesivo em questão possui uma ocorrência quantitativa relevante, isto é, se é um fenômeno recorrente na sociedade, se corresponde a um risco com probabilidade significativa de ocorrência.*<sup>411</sup>

---

A esse respeito, oportuno mencionar recente julgado do Superior Tribunal de Justiça: (...) por força do art. 13 da Lei 11.442/2007, "toda operação de transporte contará com o seguro contra perdas ou danos causados à carga", o que, ao meu sentir, corrobora a alegação da empresa autora de que o prejuízo financeiro era, sim, evitável e previsível. (...) por entender que a ré não adotou as cautelas que razoavelmente dela se poderia esperar para evitar o prejuízo financeiro advindos do roubo da carga. Não se exige, com isso, da transportadora que necessariamente adquira escolta armada. Entretanto, poder-se-ia esperar dela razoavelmente o seguinte: (1) contratação do seguro obrigatório com apólice de valor suficiente para cobrir a carga, conforme a lei; (2) parcelamento da carga até o limite da apólice durante a rota; (3) comunicação à autora e à seguradora da subcontratação de terceiro para realização do serviço (evitando-se agravamento do risco); (4) comunicação da rota, com utilização de rastreamento do veículo. O que se propõe é uma nova leitura desse requisito jurisprudencial, em conformidade com a realidade atual, superando aquela criada sob o prisma do antigo Decreto n. 2.681 de 1912, tendo por base a vigência do seguro de contrato de transporte de carga imposto pela Lei 11.442/2007. No caso concreto, o comportamento da ré, como já aludido, destoou das cautelas que razoavelmente se pode esperar para evitar o prejuízo. Acrescente-se que esse padrão de conduta exigível das transportadoras tem seu fundamento também na boa-fé objetiva, com a incidência dos artigos 422, 113 e 187 do Código Civil. Há evidente previsibilidade do risco de roubo de mercadorias na realização do contrato de transporte carga, tanto é assim, que há obrigatoriedade na realização de seguro. E há, também, evitabilidade, se não do roubo em si, mas de seus efeitos, especialmente a atenuação dos prejuízos causados. Insisto que não há mudança na orientação jurisprudencial firmada pelos doutos votos dos eminentes Ministros Sálvio F. Teixeira e Barros Monteiro. Inclusive é deles a exigência da demonstração por parte das transportadoras da adoção de cautelas que razoavelmente se pode esperar para evitar os efeitos do roubo da carga. O que se propõe é uma nova leitura desse requisito jurisprudencial, em conformidade com a realidade atual, superando aquela criada sob o prisma do antigo Decreto n. 2.681 de 1912, tendo por base a vigência do seguro de contrato de transporte de carga imposto pela Lei 11.442/2007. No caso concreto, o comportamento da ré, como já aludido, destoou das cautelas que razoavelmente se pode esperar para evitar o prejuízo. Acrescente-se que esse padrão de conduta exigível das transportadoras tem seu fundamento também na boa-fé objetiva, com a incidência dos artigos 422, 113 e 187 do Código Civil. Relembre-se que a boa-fé objetiva, como padrão ético de conduta, exige de todos integrantes da relação obrigacional (devedor e credor) a busca do correto adimplemento da obrigação, que é sua finalidade (SILVA, Clóvis do Couto e. O princípio da boa-fé no direito brasileiro e português. In: JORNADA LUSO-BRASILEIRA DE DIREITO CIVIL, 1., 1979, Porto Alegre. *Estudos de direito civil brasileiro e português*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980. p. 30). Pergunta-se: quais as cautelas devem ser tomadas por uma transportadora para o cumprimento do contrato de transporte de uma carga de valor estimado em R\$ 341.000,00 pelas Regiões Sudeste e Sul do Brasil? A resposta necessariamente passa por um standard de conduta ou um padrão ético-jurídico que tem sua matriz na boa-fé objetiva. E as cautelas exigidas não se restringem a verificar a rota tradicionalmente utilizada. Passa pelo cumprimento da Lei 11.442/2007, com a realização de seguro pelo real valor da carga transportada, atendendo às exigências das seguradoras para tal cobertura, especialmente as informações necessárias e completas para cobertura integral do valor transportado. Passa por informar a seguradora e o dono da carga da subcontratação do transporte para verificação de eventual agravamento do risco. Finalmente, considerando os deveres recíprocos de prevenção e atenuação dos efeitos do ato ilícito, que era previsível, sugere-se a fixação do valor da indenização em 50% do prejuízo advindo com o roubo da carga transportada, dividindo-se as responsabilidades por igual. (Recurso Especial nº 1.676.764 - RS (2014/0068964-2). Relatora Ministra Nancy Andrighi. Relator para o acórdão Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Órgão Julgador: Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, Data do Julgamento: 23 de outubro de 2018).

<sup>411</sup>CORREA, André Rodrigues. Ato violento de terceiro como excludente de responsabilidade do transportador: qual a causa desse entendimento jurisprudencial defeituoso? In: MARTINS-COSTA, Judith (Coord.). *Modelos de direito privado*. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 341-384.

Indagação que exige resposta diz respeito aos limites temporais da incidência dos deveres de proteção. Neste particular, de se estabelecer logo de início a ausência de um critério único, simples e claro para a questão, tendo em vista a modalidade particular de execução de cada tipo contratual, a diversidade de conteúdo obrigacional das várias categorias do dever de proteção, bem como a variedade de situações fáticas que os sujeitos estão inseridos quando da prática de atos contratuais.

Considerada como processo, a relação obrigacional passa por distintas fases, não se podendo excluir a incidência do princípio da boa-fé objetiva em todas elas: pré-contratual (negociações preliminares); contratual (proposta, aceitação, execução); e, pós-contratual (a partir da extinção contratual).<sup>412</sup>

De se aplicar, portanto, esse raciocínio ao interesse de proteção (e, conseqüentemente, os deveres de proteção), que não está limitado à vigência da relação contratual, estendendo-se para a fase de formação do contrato, isto é, ao período pré-negocial, com incidência mesmo depois de satisfeita a prestação, pelo adimplemento.<sup>413</sup>

As questões relacionadas à problemática da aplicação do dever de proteção durante a fase de execução do contrato serão analisadas nos tópicos subsequentes, reservando-se este ponto apenas às fases anterior e posterior ao vínculo contratual.

Antes de concluído o contrato, desde a teoria da *culpa in contrahendo*, desenvolvida por Jhering, já se admitia a existência de deveres para as partes, sob pena de responsabilidade.<sup>414</sup>

Na fase pré-contratual, há especial destaque para os deveres laterais (*Nebenpflichten*), no sentido de exigir dos candidatos a contratantes o dever de se portar como pessoas honestas e probas, e, no que diz respeito aos deveres de proteção, o mister de evitar lesões ao patrimônio e à integridade física das partes, impondo-se o fornecimento de esclarecimentos sobre todas as circunstâncias relevantes ao futuro contrato e o respeito ao dever de sigilo quanto às informações obtidas na mencionada fase.<sup>415</sup>

Em relação à fase pós-contratual, não existe uma fundamentação nítida quanto à subsistência dos deveres laterais após o efeito extintivo decorrente do cumprimento da

<sup>412</sup>Nesse sentido: Marco Fábio Morsello (Da boa-fé nas fases pré e pós-contratuais no direito brasileiro. In: PEREIRA JÚNIOR, Antonio Jorge Pereira; HADDAD JÚNIOR, Gilberto (Coords.). *Direito dos contratos II*. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2008. p. 295-310); Francisco Amaral (*Direito civil*: introdução, cit., p. 90).

<sup>413</sup>MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*: critérios para a sua aplicação, cit., p. 245.

<sup>414</sup>CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Tratado de direito civil português*: direito das obrigações, cit., v. 2, t. 4, p. 61.

<sup>415</sup>MORSELLLO, Marco Fábio. Da boa-fé nas fases pré e pós-contratuais no direito brasileiro, cit., p. 295-310.

prestação principal e das prestações secundárias que venham a ser executadas, cujo destaque, contudo, dedica-se à teoria da *culpa post pactum finitum* ou da pós-eficácia.<sup>416</sup>

Após a extinção da obrigação principal, ensina Marco Fábio Morsello, os contratantes não se desvinculam integralmente, subsistindo liame de maior alcance que o dever genérico do *neminem laedere*, havendo efetiva proeminência dos deveres de proteção, cuja concretização em sede pós-contratual pode ser exemplificada pelo dever do sócio que deixa a sociedade de revelar circunstância que só podia saber em razão de sua qualidade de sócio; pela obrigação do empregado, após cessado o vínculo, de silenciar sobre um segredo de fabricação, etc.<sup>417</sup>

Nessa fase, localiza-se ainda, o *dever de chamamento*, como é conhecido a expressão de língua inglesa *recall*, cujo conteúdo consiste em chamar a contraparte e corrigir os defeitos descobertos após a entrega do produto.<sup>418</sup>

Exemplo de dever de proteção na fase pós-contratual é oferecido por Bruno Miragem, quando menciona a necessidade de descarte de sobras, embalagens e demais resíduos do mesmo, após a colocação do produto no mercado de consumo.<sup>419</sup>

Em síntese, nessas fases anterior e posterior à vida de um contrato, ensina Judith Martins-Costa, devem ser observados os deveres de proteção aos legítimos interesses do *alter* e de respeito à confiança legitimamente despertada (englobando lealdade, vedação à contradição, sigilo, correção de conduta, informação e esclarecimento).<sup>420</sup>

Antonio Cabanillas Sánchez apresenta alguns elementos para se definir os pressupostos para o termo inicial de incidência do dever de proteção, os quais não se mostram dissonante com o entendimento jurisprudencial pátrio. O primeiro consiste na existência de algum contato negocial, ou seja, o início de conversas entre as partes dirigidas à celebração de um contrato,<sup>421</sup> seja por meio de reunião presencial ou virtual, comunicação eletrônica (e-mail), telefonema, etc., em que se compartilhem informações ou bens, cujo uso possa de algum modo causar danos à pessoa ou ao patrimônio da outra parte.

<sup>416</sup>CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Tratado de direito civil português: direito das obrigações*, cit., v. 2, t. 4, p. 61.

<sup>417</sup>MORSELLO, Marco Fábio. Da boa-fé nas fases pré e pós-contratuais no direito brasileiro, cit., p. 295-310.

<sup>418</sup>ARAUJO, Paulo Dóron Rehder de. Tratamento contemporâneo do princípio da boa-fé objetiva nos contratos. In: PEREIRA JÚNIOR, Antonio Jorge Pereira; HADDAD JÚNIOR, Gilberto (Coords.). *Direito dos contratos II*. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2008. p. 311-335.

<sup>419</sup>MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*, cit., p. 212.

<sup>420</sup>MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*, cit., p. 421.

<sup>421</sup>CABANILLAS SANCHEZ, Antonio. *Los deberes de protección del deudor en el derecho civil, en el mercantil y en el laboral*, cit., p. 79.

A esse fator, agrega-se aquele aspecto espacial já mencionado, referente ao ingresso de um contratante em um estabelecimento comercial como possível cliente, o que já configura contato negocial, pois nessa circunstância já existe a possibilidade de ingerência de uma parte em relação aos bens jurídicos da outra. O dever de proteção existe, portanto, desde o momento em que o eventual cliente entra no estabelecimento comercial até o instante em que o abandona.<sup>422 e 423</sup>

Na análise da responsabilidade do transportador aéreo de pessoas, por exemplo, Gerardo Mastrandrea indica a extensão temporal do dever de proteção do passageiro a partir do início da operação de embarque até a finalização da operação de desembarque. A questão temporal, contudo, deve ser conciliada com o âmbito espacial, pois não se deve exigir da transportadora a obrigação de controle e supervisão, durante o período de permanência ou o trânsito do passageiro no hall de entrada do terminal, ou em qualquer caso em locais abertos ao público, antes da partida ou após a chegada.<sup>424</sup>

Impõe-se, como afirma Sebastiano Ciccarello, a aplicação do dever de proteção na fase preparatória e formativa do vínculo contratual, bem como sua ultratividade, quando o contrato tenha exaurido sua vigência, devendo, contudo, variar os efeitos a partir de uma dimensão subjetiva e espacial do problema, ou seja, em função dos diversos tipos contratuais, do vínculo relacionado aos sujeitos e do local em que o contato se desenvolve. Não se pode, de qualquer modo, postular uma regra de comportamento igual para todos os casos.<sup>425</sup>

---

<sup>422</sup>CABANILLAS SANCHEZ, Antonio. *Los deberes de protección del deudor en el derecho civil, en el mercantil y en el laboral*, cit., p. 80-82.

<sup>423</sup>Cabanillas traz exceções da jurisprudência alemã (BGH NJW, 1962, 31; BGHZ 66, 51, 54 e ss), que enquadra no âmbito da responsabilidade civil delitual certos contatos sociais, como por exemplo, a situação daquele que, não sendo um cliente potencial, protege-se da chuva em um edifício comercial e acaba ferido por ruína do prédio. No âmbito do direito brasileiro, seriam aplicáveis os artigos 936, 937 do Código Civil, que contemplam hipóteses de responsabilidade objetiva decorrente do dever de proteção, mas não contratual. (Id. Ibid., p. 80-82).

<sup>424</sup>MASTRANDREA, Gerardo. *L'obbligo di protezione nel trasporto aereo di persone*, cit., p. 155-156.

<sup>425</sup>CICCARELLO, Sebastiano. *Dovere di protezione e valore della persona*, cit., p. 69.



### 3 PERFIL FUNCIONAL DO DEVER DE PROTEÇÃO CONTRATUAL

#### 3.1 Dever de proteção e seus efeitos contratuais

A questão da fundamentação dogmática e a clarificação da natureza jurídica do dever de proteção tomam vulto e buscam contornos mais precisos justamente quando da análise dos efeitos gerados pela violação da norma protetiva.<sup>426</sup>

Deduzido o comportamento ao objeto de um dever de proteção contratual, possível, então, partir para a identificação dos efeitos jurídicos relacionados ao contrato, quando as condutas não são colocadas em prática, ainda que não tenham elas causado algum dano.<sup>427</sup>

Se, em um primeiro momento, conforme exposto anteriormente quando da análise da matéria no direito alemão e no direito francês, o nascimento do dever de proteção sob a égide da natureza contratual teve por mérito facilitar, quando não viabilizar, a tutela indenizatória dos danos pessoais causados por ocasião do vínculo negocial, em momento subsequente, o desenvolvimento da teoria internamente ao âmbito do contrato permitiu a expansão dos modos de incidência do modelo jurídico do dever de proteção.

O dever de proteção contratual deriva de fonte de natureza legal, que enseja redução no âmbito da autonomia privada e integração heterônoma do negócio jurídico. Na lei, essa fonte pode ser imediata ou mediata. Tem a qualidade de produzir efeitos contratuais, respeitada a disciplina como ato autônomo que em alguns casos caracteriza o dever de proteção.<sup>428</sup>

Integrado ao contrato, o dever de proteção passa a ter sua funcionalidade vinculada aos institutos próprios do regime contratual, razão pela qual a execução danosa do vínculo contratual impõe a tutela do credor não somente por meio da sanção correspondente ao ressarcimento do dano, mas também considerando os outros remédios em face do inadimplemento.<sup>429</sup>

---

<sup>426</sup>VIEIRA, Iacyr de Aguiar. Deveres de proteção e contrato, cit., p. 81.

<sup>427</sup>BENATTI, Francesco. Osservazioni in tema di doveri di protezioni, cit., p. 1363.

<sup>428</sup>CASTRONOVO, Carlo. Obblighi di protezione, cit., v. 21, p. 4.

<sup>429</sup>BIANCA, Cesare Massimo. *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, cit., p. 34.

A execução forçada da conduta protetiva específica, a exceção de contrato não cumprido, a resolução do contrato e a redução da contraprestação<sup>430</sup> são faculdades contratuais, cujos limites de exercício devem ser estabelecidos ante a violação do dever de proteção.<sup>431</sup>

A teoria do dever de proteção, ao permitir a interação do conteúdo jurídico do interesse protetivo aos direitos subjetivos típicos da relação contratual, responde, assim, uma exigência de natureza sistêmica,<sup>432</sup>

De se direcionar, pois, a atenção dos efeitos decorrentes da violação dos deveres de proteção ao âmbito das relações contratuais.<sup>433</sup>

### 3.1.1 Execução forçada específica do dever de proteção

Ponto de partida da análise funcional diz respeito ao problema da exigibilidade do dever de proteção. Devem ser admitidos os meios de tutela para execução forçada em forma específica<sup>434</sup> ou existe somente a possibilidade de se invocar a tutela indenizatória em decorrência de sua violação?

Enquanto acolhida a teoria da violação positiva do contrato na Alemanha, Larenz afirmava que uma obrigação jurídica somente era exigível, em caso necessário, por meio de uma execução, em sendo a prestação determinada ou determinável ao menos, situação em que a *boa conduta* imposta aos contratantes em decorrência dos deveres de proteção não teria a aptidão de proporcional, ensejando a violação dos aludidos deveres somente o dever de indenizar.<sup>435</sup>

Relevante parte da doutrina alemã, porém, tinha posicionamento favorável à execução forçada em forma específica. Frost, Löwisch, Stürner e Gernhuber são citados por Antonio Cabanillas Sánchez dentre aqueles que entendiam essa possibilidade de o credor postular o cumprimento da conduta devida, inclusive coercitivamente, como uma

---

<sup>430</sup>FRADA, Manuel António de Castro Portugal Carneiro da. *Contrato e deveres de proteção*, cit., p. 34.

<sup>431</sup>Existe, ainda, repercussão quanto à cláusula de não indenizar, à indenização dos danos autônomos, ao ônus da prova, cujo exame se realiza em sede de responsabilidade civil.

<sup>432</sup>LAMBO, Luigi. *Obblighi di protezione*, cit., p. 196.

<sup>433</sup>VIEIRA, Iacyr de Aguiar. *Deveres de proteção e contrato*, cit., p. 82.

<sup>434</sup>Execução forçada em forma específica diz respeito às obrigações para entregar, fazer ou não, e consiste na obtenção do resultado devido mediante a direta ingerência na esfera jurídica do devedor ou mediante atuação substitutiva de outrem. (BIANCA, Cesare Massimo. *Diritto civile: la responsabilità*, cit., v. 5, p. 270-271).

<sup>435</sup>LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*, cit., t. 1, p. 20-22.



das características mais importantes dos deveres contratuais, admitindo, por consequência, a pretensão de cumprimento específico ao dever de proteção se existente a necessidade de proteção jurídica. Faculdade limitada, segundo visão de Stürner, às hipóteses em que o conteúdo do dever de proteção estivesse suficientemente concretado.<sup>436</sup>

Não obstante, mesmo após superada a tese da violação positiva do contrato e quando já vigente a modernização do direito das obrigações (*Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts*), a questão da inexigibilidade do dever de proteção voltou a ser sustentada, desta feita, com base no próprio texto legal dos §§ 323 e 324 do BGB. Isto porque, somente o primeiro, que faz referência à obrigação de prestação, estipula ao credor o dever de estipular prazo razoável para o devedor adimplir o comportamento devido, antes de exercitar a faculdade de resolução contratual, situação que não é contemplada no parágrafo sucessivo (324), relativo ao interesse de proteção, que, em outros termos, permite ao credor resolver o contrato sem tal exigência precedente, bastando a simples violação do dever.<sup>437</sup>

Na Itália, a posição de Ugo Majello também foi de restringir o dever de proteção somente à tutela ressarcitória, admitindo diferença estrutural e funcional daquele em relação à obrigação decorrente do interesse à prestação. Segundo o autor italiano, o interesse à prestação principal sobrevive à inadimplência da obrigação principal, de modo a fazer sentido o nascimento do direito subjetivo à prestação, pois a possibilidade da satisfação patrimonial almejada ainda existe e decorre justamente do cumprimento da obrigação. Diversamente ocorre no dever de proteção, em que se busca apenas a manutenção do *status quo* e tem na lesão do bem tutelado a perda daquilo que se pretendia preservar, do que se origina apenas o direito à indenização.<sup>438</sup>

Di Majo posicionou-se em sentido contrário, entendendo que, uma vez aceita a ideia de configurar o dever de proteção como parte do conteúdo da relação contratual, seja ele de conteúdo positivo (fazer) ou negativo (não fazer/dever de abstenção), não seria lógico negar a tutela específica correspondente ao dever de prestação, assim como o recurso à tutela inibitória verificada uma situação de perigo.<sup>439</sup>

---

<sup>436</sup>CABANILLAS SANCHEZ, Antonio. *Los deberes de protección del deudor en el derecho civil, en el mercantil y en el laboral*, cit., p. 440.

<sup>437</sup>LAMBO, Luigi. *Obblighi di protezione*, cit., p. 216.

<sup>438</sup>MAJELLO, Ugo. *Custodia e deposito*, cit., p. 59 e ss.

<sup>439</sup>DI MAJO, Adolfo. *Delle obbligazioni in generale*, cit., p. 126-127.

Luigi Lambo também acolheu entendimento favoravelmente à execução específica no que diz respeito à violação do dever de proteção, apesar de reconhecer a dificuldade de se aplicar a medida à lógica das obrigações de não fazer, que acarretam subitamente um grave dano à saúde. Segundo o jurista italiano, nos casos em que o dever de proteção pode ser individualizado pela via da integração da relação contratual segundo o artigo 1175 do *Codice Civile*, a inobservância da norma deve permitir a ação de execução específica.<sup>440</sup>

Benatti, nessa mesma corrente, exemplifica algumas hipóteses de aplicação da execução específica ao dever de proteção, de modo a facilitar a compreensão da aplicação da medida: o cliente de um hotel tem o direito de ser alojado em um quarto não somente confortável mas também seguro, logo, sem dúvida pode pedir para trocar de aposento, caso aquele que lhe foi disponibilizado tenha, por exemplo, um teto com risco de desabar; direito análogo ostenta o doente internado em hospital que pode exigir a mudança do quarto para outro que seja distante daquele em que se encontra uma pessoa com doença contagiosa.<sup>441</sup>

Diferente não é o pensamento de Antonio Cabanillas Sánchez, em relação ao direito espanhol, ao afirmar que fazendo o dever de proteção parte do conteúdo da relação contratual, é lógico que seja exigível de forma análoga à obrigação principal. É factível, portanto, a ação de cumprimento de forma específica, exigindo a necessária concretude do dever de proteção.<sup>442</sup>

Em nosso ordenamento, falta uma fórmula geral que estabeleça as consequências jurídicas à não observância do dever de proteção.

Da leitura do artigo 497 do Código de Processo Civil, conclui-se que o sistema jurídico pátrio admite a viabilidade da tutela específica para obrigações de fazer ou não fazer. Em tese, não se verifica nenhum óbice para a execução coercitiva específica às diversas hipóteses de fragmentação normativa do dever de proteção.

Eventual ameaça ou lesão ao dever de proteção, pode ensejar tanto a imposição da prática de atos que tenham por objeto implementar a segurança do contratante, quanto à cessação dos comportamentos que constituam causa da situação de perigo, caso exista o fundado temor da violação do dever de proteção ou do dano de difícil reparação a ele conexo.

---

<sup>440</sup>LAMBO, Luigi. *Obblighi di protezione*, cit., p. 217 e 220.

<sup>441</sup>BENATTI, Francesco. Osservazioni in tema di doveri di protezioni, cit., p. 1362.

<sup>442</sup>CABANILLAS SANCHEZ, Antonio. *Los deberes de protección del deudor en el derecho civil, en el mercantil y en el laboral*, cit., p. 464.

Com exceção das figuras típicas de dever de proteção, nas demais categorias o específico comportamento a ser adotado pelo devedor não está explicitado pela norma, que deriva da cláusula de boa-fé, ostentando aquele caráter da generalidade.

Aplicável, pois, a teoria alemã acolhida por Antonio Cabanillas Sánchez que, para a execução forçada, exige por pressuposto a *concretização da conduta* e o *perigo de dano concreto*, ou seja, dever ser suficientemente concreto o dever de proteção para justificar a pretensão de cumprimento, não sendo suficiente a genérica possibilidade de perigos e danos.<sup>443</sup>

O primeiro pressuposto está relacionado ao *princípio da concretização*, que consiste na reunião do conjunto dos parâmetros necessários para transmutar o teórico comportamento devido, previsto na obrigação, numa atitude concreta, real e efetiva, conforme lição de Menezes Cordeiro.<sup>444</sup>

Quanto à possibilidade de perigos e danos, acolhe-se a teoria da responsabilidade civil preventiva, por meio das tutelas processuais ressarcitórias e antecipatórias.<sup>445</sup> Irrelevante, assim, a demonstração da ocorrência efetiva do dano ou da existência de culpa ou dolo para a concessão da tutela específica destinada a inibir a prática, a reiteração ou a continuação de um ilícito, nos termos do artigo 497, parágrafo único, do Código de Processo Civil.

De se recordar que o Código Civil de 2002 separa sistematicamente o ato ilícito da obrigação de indenizar, justamente, para permitir gerar outros tipos de sanções, além da indenização, como, por exemplo, a nulidade naquelas hipóteses de cláusula abusiva do Código de Defesa do Consumidor e em outros o direito de fazer cessar as interferências prejudiciais à segurança, ao sossego e à saúde.<sup>446</sup>

Aos dois pressupostos acima mencionados deve ser acrescido um outro: a *evitabilidade*. O dano súbito - impossível de ser previsto antecipadamente com suas consequências evitadas ou revertidas - não permitirá logicamente a invocação da execução específica, hipótese em que restará ao lesado a tutela indenizatória.

---

<sup>443</sup>CABANILLAS SANCHEZ, Antonio. *Los deberes de protección del deudor en el derecho civil, en el mercantil y en el laboral*, cit., p. 441.

<sup>444</sup>CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Tratado de direito civil português: direito das obrigações*, cit., v. 2, t. 4, p. 33.

<sup>445</sup>LOPEZ, Teresa Ancona. Principais linhas da responsabilidade civil no direito brasileiro contemporâneo. In: JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio Junqueira; TORRES, Heleno Taveira; CARBONE, Paolo (Coords.). *Princípios do novo Código Civil brasileiro e outros temas: homenagem a Tullio Ascarelli*. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 709.

<sup>446</sup>Id. Ibid., p. 672-673.

A concretização da conduta, o perigo de dano concreto e a inevitabilidade são pressupostos que norteiam todos os regimes de dever de proteção, independente da modalidade normativa.<sup>447</sup>

Em se tratando da cláusula de incolumidade, ou seja, quando a tutela da integridade física da pessoa integra o conteúdo da obrigação principal, nem sempre se poderá concluir pela autonomização da execução específica, porquanto, em tal circunstância, cumpre ao devedor praticar os atos necessários para a realização da obrigação principal sem causar nenhum dano ao outro contratante, exigindo-se, desse modo, a simultaneidade das condutas relativas ao interesse principal e ao interesse protetivo, a fim de se reconhecer o adimplemento da prestação devida.

Em face do conceito de mora adotado em nosso direito, *ex vi* o artigo 394 do Código Civil, que não se restringe ao retardamento, pois representado pela *imperfeição no cumprimento da obrigação (tempo, lugar e forma)*,<sup>448</sup> possível qualificar essa necessidade de se cuidar da incolumidade da pessoa como parte da forma do adimplemento da prestação principal.

A execução específica do dever de proteção nessa figura deve ser exigível juntamente com o objeto da prestação principal.

Recorda-se, neste ponto, a lição de Gerardo Mastrandrea no que concerne ao contrato de transporte aéreo de pessoas, quando afirma que a obrigação de cuidar da incolumidade do passageiro é um elemento que caracteriza intimamente o transporte de pessoa, assumindo a conotação de uma obrigação fundamental, conexas à execução da obrigação principal.

Oportuna, ainda, a afirmação de Mengoni, em relação ao contrato de prestação de serviço médico, quando esclarece que a prestação principal devida pelo médico envolve por sua natureza a observância de certas regras técnicas-científicas em conexão a um esforço constante de prudência, de atenção, de diligência, sem o qual o conceito de cuidado médico deixaria de ser essencialmente de uma boa cura.<sup>449</sup> Trata-se de diligência vinculada à prestação primária.

---

<sup>447</sup>De se recordar a lição de Carlos Alberto da Mota Pinto ao mencionar que a impossibilidade de cumprimento específico, ou seja, não ser possível normalmente obter coercitivamente o seu cumprimento decorre justamente por ter por objeto uma prestação determinada antecipadamente com clareza. (PINTO, Carlos Alberto Mota. *Cessão da posição contratual*, cit., p. 347).

<sup>448</sup>ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*, cit., p. 18.

<sup>449</sup>MENCONI, Luigi. *Obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi: studio critico*, cit., p. 71.

Nas situações, portanto, em que não se consegue separar as condutas protetivas da prestação principal para cumprimento independente, deve-se observar que a ausência da diligência necessária com vistas a não causar danos ao outro contratante configura o modo pelo qual a prestação principal deve ser adimplida e eventual descumprimento caracteriza a mora.

Por outro lado, a locação de imóvel é um exemplo em que eventual reparo do bem, cuja realização incumba ao locador, portanto, em cumprimento ao dever de proteção, pode ser, em diversos casos, autonomizada sem prejuízo da continuidade do uso do imóvel pelo locatário, aplicando-se, no que couber, as faculdades previstas no artigo 26, parágrafo único, da Lei nº 8.245/91.<sup>450</sup>

De se mencionar, ainda, a figura parcelar prevista no inciso II, do §6, do artigo 18, do Código de Defesa do Consumidor, que estabelece o direito de ter a substituição do produto que não observar a *obrigação de conformidade* quanto às normas regulamentares de fabricação, distribuição ou apresentação relacionadas à segurança.

A maior parte das condutas autonomizadas, entretanto, são observadas nas hipóteses normativas específicas de um dever de proteção (típico) ou no âmbito dos deveres laterais (deveres de proteção), neste último, desde que presentes os pressupostos da *concretização da conduta*, do *perigo de dano concreto* e da *evitabilidade*. São exemplos, o fornecimento de manual de informação a respeito dos efeitos colaterais de uma substância medicamentosa; o fornecimento de equipamento de proteção, como salva-vidas, em passeio de barco; etc.

### **3.1.2 Resolução do contrato decorrente da violação do dever de proteção**

Admite-se, ainda, a resolução contratual tendo por pressuposto o descumprimento de um dever de proteção.

Ao analisar as teorias de Hermann Staub e Heinrich Stoll, Larenz sustentava a possibilidade de resolução contratual, quando, das consequências da violação do dever de

---

<sup>450</sup>Art. 26. Necessitando o imóvel de reparos urgentes, cuja realização incumba ao locador, o locatário é obrigado a consenti-los.

Parágrafo único. Se os reparos durarem mais de dez dias, o locatário terá direito ao abatimento do aluguel, proporcional ao período excedente; se mais de trinta dias, poderá rescindir o contrato.

proteção, também desaparece o interesse do credor à prestação por arriscar consideravelmente a finalidade do contrato ou não ser possível exigir sua continuidade.<sup>451</sup>

Antonio Cabanillas Sánchez menciona que tal posicionamento não sofria grandes críticas na doutrina alemã, citando, por exemplo, o pensamento de Frost, a quem o descumprimento de um dever de proteção deveria certamente constituir fundamento da resolução antecipada de uma relação contratual, tendo em conta a possibilidade de destruição da confiança (*Vertrauen*) necessária para a cooperação duradoura.<sup>452</sup>

Tanto que, no direito alemão, não existe mais discussão a respeito da questão, pois, quando da modernização do direito das obrigações (*Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts*), contemplou-se, por meio do § 324 do BGB, expressa previsão de resolução contratual em caso de violação do dever de proteção. Trata-se de um modelo de recesso em que se dispensa a intervenção judicial e contempla a resolução exclusivamente como efeito da liberdade de decisão da parte. O critério adotado tem por pressuposto a essencialidade do inadimplemento, ou seja, quando não se mostrar razoável exigir do lesado permanecer vinculado ao contrato.

Da leitura do dispositivo legal, ponto de reflexão passa a ser a gravidade do inadimplemento apto a autorizar a resolução do contrato. Como se trata de tornar ineficaz toda a operação econômica contratual programada, somente a violação que se apresentar inaceitável à relação obrigacional deverá legitimar o exercício da resolução, serão casos excepcionais.<sup>453</sup>

Na doutrina italiana, Mengoni admitia que um comportamento contrário ao dever de proteção assumisse relevância jurídica independente da produção de um dano atual, a fim de funcionar como meio de resolução contratual ou fundamento para a exceção de contrato não cumprido.<sup>454</sup>

Benatti posicionou-se nesse mesmo sentido, enfatizando que o aspecto mais importante da construção dos deveres de proteção é justamente representado pelo fato que, presenciada sua violação, pode se exigir a resolução do contrato.<sup>455</sup>

Sebastiano Ciccarello, com entendimento diverso, fez distinção entre os deveres acessórios que fazem parte do sinalagma contratual e, em caso de inadimplência, autorizam

---

<sup>451</sup>LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*, cit., t. 1, p. 367.

<sup>452</sup>CABANILLAS SANCHEZ, Antonio. *Los deberes de protección del deudor en el derecho civil, en el mercantil y en el laboral*, cit., p. 442.

<sup>453</sup>LAMBO, Luigi. *Obblighi di protezione*, cit., p. 222.

<sup>454</sup>MENGONI, Luigi. *Scritti: obbligazioni e negozio*, cit., v. 2, p. 286.

<sup>455</sup>BENATTI, Francesco. *Doveri di protezione. Dig. Disc. Priv.*, Torino, Sezione Civile, v. 7, p. 225, 1991.

postular a resolução do contrato, e os deveres de proteção, cuja violação deve autorizar apenas uma ação de ressarcimento dos danos.<sup>456</sup>

Aponta Castronovo que o problema da resolução contratual decorrente da violação dos deveres de proteção deve ser dirimido sob o fundamento nas medidas sinalagmáticas,<sup>457</sup> enfrentando a redação do artigo 1453 do *Codice Civile*,<sup>458</sup> segundo o qual a resolução contratual somente pode ser exercitada quando existe a corresponsabilidade das prestações, o que não é o caso do dever de proteção que não ostenta sinalagma em relação à obrigação principal.

Fundamentado nessa norma específica, Di Majo posiciona-se por afastar o sinalagma frente ao dever de proteção, mas entende aplicável por analogia a regra relativa à impossibilidade parcial da prestação devida, disposta no artigo 1.464 do *Codice Civile*,<sup>459</sup> a fim de justificar a resolução, hipótese em que a extinção do contrato se mostra possível caso não haja um interesse apreciável da outra parte para o cumprimento parcial.

Castronovo enfrenta o problema do sinalagma e sustenta a necessidade de alargamento de sua concepção para uma visão mais realista e completa da relação contratual. Nega a restrição do sinalagma à prestação principal e à correlata contraprestação, o qual deve ser expresso pela equivalência global dos custos a que cada uma das partes necessita observar para a plena execução do contrato, incluindo os riscos. Em se compreendendo essa estrutura complexa, o inadimplemento do dever de proteção passa a ser idôneo para ativar os remédios sinalagmáticos. A resolução contratual não pode ser operacionalizada quando se tratar de situação de escassa importância, seguindo a regra do artigo 1.455 do *Codice Civile*,<sup>460</sup> e em observância à função limitadora do princípio da boa-fé.<sup>461</sup>

---

<sup>456</sup>CICCARELLO, Sebastiano. *Dovere di protezione e valore della persona*, cit., p. 28.

<sup>457</sup>CASTRONOVO, Carlo. *Obblighi di protezione*, cit., v. 21, p. 6.

<sup>458</sup>Art. 1453. (Risolubilità del contratto per inadempimento). Nei contratti con prestazioni corrispettive, quando uno dei contraenti non adempie le sue obbligazioni, l'altro puo' a sua scelta chiedere l'adempimento o la risoluzione del contratto, salvo, in ogni caso, il risarcimento del danno. La risoluzione puo' essere domandata anche quando il giudizio e' stato promosso per ottenere l'adempimento; ma non puo' piu' chiedersi l'adempimento quando e' stata domandata la risoluzione. Dalla data della domanda di risoluzione l'inadempiente non puo' piu' adempiere la propria obbligazione.

<sup>459</sup>Art. 1464. (Impossibilita' parziale). Quando la prestazione di una parte e' divenuta solo parzialmente impossibile, l'altra parte ha diritto a una corrispondente riduzione della prestazione da essa dovuta, e puo' anche recedere dal contratto qualora non abbia un interesse apprezzabile all'adempimento parziale.

<sup>460</sup>Art. 1455. (Importanza dell'inadempimento). Il contratto non si puo' risolvere se l'inadempimento di una delle parti ha scarsa importanza, avuto riguardo all'interesse dell'altra.

<sup>461</sup>CASTRONOVO, Carlo. *Obblighi di protezione*, cit., v. 21, p. 6.

Esse entendimento é acolhido por Luigi Lambo ao afirmar a necessidade de se abandonar a teoria que faz coincidir o sinalagma ao nexo de corresponsabilidade entre as prestações, a fim de permitir a resolução do contrato em caso de violação grave do dever de proteção, com menção aos “Princípios de Direito Europeu dos Contratos”, em cujo artigo 9:301 faz referência à necessidade da configuração do *inadimplemento essencial*, que é o mesmo que serve de base ao novo §324 do BGB.<sup>462</sup>

A doutrina italiana fornece alguns exemplos esclarecedores a respeito da admissão da resolução contratual em virtude da inobservância dos deveres de proteção. Benatti menciona a situação do cliente de um hotel que tem direito de ser alojado em um quarto não somente confortável, mas também seguro, e, em constatando a possibilidade de ruína do teto do quarto, poderá exigir sua mudança de alojamento, sob pena de resolução do contrato, pois não se pode exigir a permanência no local a espera de eventual fato lesivo, somente com o direito de pleitear a satisfação do ressarcimento aos danos. O mesmo autor traz, ainda, um exemplo de Asquini: Tizio estipula um contrato com Caio, segundo o qual Caio se compromete a transportar Tizio todos os dias de carro da residência ao local de trabalho e vice-versa. Tizio percebe que Caio dirige perigosamente (ultrapassagens imprudentes, velocidade excessiva, etc). Embora a obrigação principal tenha sempre sido adimplida e nenhum dano tenha ocorrido, no entanto, ela está prejudicada na confiança em relação às obrigações sucessivas. Como poder-se-ia negar a Tizio o direito de desistir do contrato? A observância de certas precauções durante o transporte assume importância, portanto, independentemente da ocorrência de um evento prejudicial.<sup>463</sup>

No direito francês, o artigo 1.217 do *Code Civil* estabelece as consequências do descumprimento das obrigações contratuais, sem fazer menção ao sinalagma, razão pela qual se admite o regime geral de responsabilidade contratual em caso de descumprimento da obrigação de segurança de igual maneira àquela de descumprimento de qualquer obrigação contratual.<sup>464</sup>

Geneviève Viney lembra que, em certos casos, é a própria lei que estabelece a resolução, como a hipótese de descumprimento da obrigação de conformidade de bem móvel vendido ao consumidor que autoriza a resolução do contrato (*article 211-10 Code de la consommation*). Reconhece, contudo, a timidez em se ampliar as hipóteses.<sup>465</sup>

---

<sup>462</sup>LAMBO, Luigi. *Obblighi di protezione*, cit., p. 223.

<sup>463</sup>BENATTI, Francesco. Osservazioni in tema di doveri di protezioni, cit., p. 1360.

<sup>464</sup>CABANILLAS SANCHEZ, Antonio. *Los deberes de protección del deudor en el derecho civil, en el mercantil y en el laboral*, cit., p. 445.

<sup>465</sup>VINEY, Geneviève. *Introduction à la responsabilité*, cit., p. 448.



No direito português, Menezes Cordeiro sustenta a aplicação por analogia do artigo 802, segunda parte, do Código Civil,<sup>466</sup> como fundamento para a resolução contratual na hipótese de descumprimento dos deveres laterais, desde que o não cumprimento parcial tenha considerável importância,<sup>467</sup> critério consonante ao ordenamento alemão. Ensejam, pois, sob certas circunstâncias, o direito de resolução, tal como se tratasse do não cumprimento do dever de prestação.<sup>468</sup> Além disso, de se lembrar a existência de regra específica para a resolução do contrato de locação prevista no artigo 1.050, do Código Civil,<sup>469</sup> caso a exista ou sobrevenha à coisa locada defeito que ponha em perigo a vida ou a saúde do locatário ou dos seus familiares.

Para Antonio Cabanillas Sánchez, já no âmbito do direito espanhol, parece certo ao credor exercitar a ação resolutória quando se infringe um dever de proteção, pois se entende que se produz um grave descumprimento contratual no caso, sendo assim de se compreender pela aplicabilidade a este tipo de conduta do regime resolutório por inexecução ou defeituosa execução das obrigações conforme artigos 1.101 e 1.124 do Código Civil espanhol.<sup>470</sup> Menciona, ainda, que o legislador espanhol<sup>471</sup> também contempla a previsão da faculdade resolutiva para o contrato de locação em caso de descumprimento do dever de proteção relativo aos reparos do imóvel para o fim de conservar ao estado para o qual está destinado.<sup>472</sup>

Da análise do direito estrangeiro, parece praticamente incontroversa a possibilidade de resolução do contrato sob o fundamento de violação do dever de proteção, com a ressalva dos pressupostos mencionados.

---

<sup>466</sup>Artigo 802º (Impossibilidade parcial) 1. Se a prestação se tornar parcialmente impossível, o credor tem a faculdade de resolver o negócio ou de exigir o cumprimento do que for possível, reduzindo neste caso a sua contraprestação, se for devida; em qualquer dos casos o credor mantém o direito à indemnização. 2. O credor não pode, todavia, resolver o negócio, se o não cumprimento parcial, atendendo ao seu interesse, tiver escassa importância.

<sup>467</sup>CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Tratado de direito civil português: direito das obrigações*, cit., v. 2, t. 4, p. 201.

<sup>468</sup>PINTO, Carlos Alberto Mota. *Cessão da posição contratual*, cit., p. 342.

<sup>469</sup>Artigo 1050º (Resolução do contrato pelo locatário) O locatário pode resolver o contrato, independentemente de responsabilidade do locador: a) Se, por motivo estranho à sua própria pessoa ou à dos seus familiares, for privado do gozo da coisa, ainda que só temporariamente; b) Se na coisa locada existir ou sobrevier defeito que ponha em perigo a vida ou a saúde do locatário ou dos seus familiares.

<sup>470</sup>CABANILLAS SANCHEZ, Antonio. *Los deberes de protección del deudor en el derecho civil, en el mercantil y en el laboral*, cit., p. 460.

<sup>471</sup>Art. 1554. El arrendador está obligado: 2. A hacer en ella durante el arrendamiento todas las reparaciones necesarias a fin de conservarla en estado de servir para el uso a que ha sido destinada.

Art. 1556. Si el arrendador o el arrendatario no cumplieren las obligaciones expresadas en los artículos anteriores, podrán pedir la rescisión del contrato y la indemnización de daños y perjuicios, o sólo esto último, dejando el contrato subsistente

<sup>472</sup>CABANILLAS SANCHEZ, Antonio. *Los deberes de protección del deudor en el derecho civil, en el mercantil y en el laboral*, cit., p. 462.

No ordenamento pátrio, o entendimento não deve ser diferente. A dispersão normativa, contudo, exige a análise das diversas tipologias do dever de proteção, colocando à prova a autonomia do dever de proteção.

Posicionado no contexto da prestação principal, o dever de proteção pode representar, em um primeiro momento, a própria conduta devida, situação em que o interesse de proteção é espelho do adimplemento contratual. Em um segundo perfil vinculado à prestação principal, o dever de proteção enriquece a estrutura dos tipos obrigacionais (fazer, não-fazer, entrega de coisa), trazendo novos contornos à *forma* de cumprimento dos modelos legais de comportamento no intuito de atender ao interesse protetivo. De se recordar que, sob pena de *imperfeição no cumprimento da obrigação*,<sup>473</sup> os modelos obrigacionais de comportamento observam os pressupostos de *tempo, lugar e forma*, em face do conceito de mora adotado em nosso direito, *ex vi* o artigo 394 do Código Civil, que não se restringe ao retardamento. Nesta circunstância, o disposto no artigo 475 do Código Civil oferece raciocínio direto e imediato de subsunção normativa ao fato, a permitir a resolução do contrato.

Não obstante, existem previsões legais específicas para a resolução contratual, sob o fundamento de violação do dever de proteção, *v.g.*, o artigo 9º, inciso II, da Lei de Locações (8.245/91) que autoriza a resolução do contrato em caso de infração legal, no que se insere o descumprimento do dever de manter o imóvel em condições de uso do locatário previsto no artigo 22 do mesmo diploma legal.

Em se tratando de relação de consumo, caracterizada a *falha do dever de segurança, ou seja, de oferecer o produto ou serviço a segurança legitimamente esperada*,<sup>474</sup> faculta-se também ao consumidor o direito de pleitear a resolução do contrato em virtude de vício do produto, nos termos do artigo 18, do Código de Defesa do Consumidor,<sup>475</sup> considerando-se

---

<sup>473</sup>ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*, cit., p. 18.

<sup>474</sup>MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*, cit., p. 585.

<sup>475</sup>Art. 18. Os fornecedores de produtos de consumo duráveis ou não duráveis respondem solidariamente pelos vícios de qualidade ou quantidade que os tornem impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade, com a indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou mensagem publicitária, respeitadas as variações decorrentes de sua natureza, podendo o consumidor exigir a substituição das partes viciadas.

§ 1º Não sendo o vício sanado no prazo máximo de trinta dias, pode o consumidor exigir, alternativamente e à sua escolha:

I - a substituição do produto por outro da mesma espécie, em perfeitas condições de uso;

II - a restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos;

III - o abatimento proporcional do preço.

§ 2º (...)

vício de qualidade que torna o produto impróprio ao consumo aquele que acarreta perigo ou nocividade à vida ou à saúde (art. 18, §6º, II, CDC).

Presume o legislador que a primeira intenção do consumidor é manter o contrato e receber um produto sem vícios, razão pela qual oferece o sistema de garantia e a reparação do problema no prazo máximo de 30 dias, antes de se pleitear a resolução do contrato. Se, porém, a substituição das partes viciadas puder comprometer a qualidade ou característica do produto ou se tratar de produto essencial,<sup>476</sup> a resolução contratual pode ser pleiteada de imediato, conforme disposto no §3º, do artigo 18, do Código de Defesa do Consumidor. Em qualquer dos casos, em decorrência da resolução contratual e da restituição da quantia paga, supõe-se, conforme explicita Zelmo Denari, a obrigação de se proceder a restituição do produto defeituoso.<sup>477</sup>

Quanto aos deveres de proteção, decorre da função integrativa da boa-fé objetiva, com expressa disposição do artigo 422 do Código Civil, a recepção da teoria dos referidos deveres laterais no âmbito do contrato.

Não há disposição expressa, em nosso direito, a respeito da violação dos deveres laterais oriundos da boa-fé.

§ 3º O consumidor poderá fazer uso imediato das alternativas do § 1º deste artigo sempre que, em razão da extensão do vício, a substituição das partes viciadas puder comprometer a qualidade ou características do produto, diminuir-lhe o valor ou se tratar de produto essencial.

§ 4º (...)

§ 5º (...)

§ 6º São impróprios ao uso e consumo:

I - (...)

II - os produtos deteriorados, alterados, adulterados, avariados, falsificados, corrompidos, fraudados, nocivos à vida ou à saúde, perigosos ou, ainda, aqueles em desacordo com as normas regulamentares de fabricação, distribuição ou apresentação;

III - (...)

<sup>476</sup>Zelmo Denari considera essencial aquele produto industrializado insusceptível de dissociação, formado pela mistura ou reunião dos respectivos componentes – v.g., produtos alimentares, medicamentos, peças de vestuário ou de toucador -, bem como os produtos *in natura* – v.g., os comercializados no estado de natureza, como os animais e vegetais. (DENARI, Zelmo; GRINOVER, Ada Pellegrini; BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e; FINK, Daniel Roberto; FILOMENTO, José Geraldo Brito; NERY JUNIOR, Nelson. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*: comentado pelos autores do anteprojeto, cit., p. 226). Claudia Lima Marques, por seu turno, compreende a expressão essencial a partir do princípio da confiança: *O CDC não define o que é um produto essencial: em princípio, todos os produtos comestíveis e de uso pessoal básico já podem ser aí incluídos. O critério deve ser lido sob o impacto do princípio da proteção da confiança; assim, se o consumidor compra um sapato, mesmo que para utilizar em festas, e o sapato apresenta um vício de inadequação, a loja não pode exigir, o prazo legal de 30 dias para consertar o sapato ou talvez depois substituí-lo por outro semelhante. O produto é essencial, quanto à expectativa do consumidor em usá-lo de pronto; logo, tem ele o poder de exigir, de pronto, a substituição do produto.* MIRAGEM, Bruno; BENJAMIN, Antônio Herman; MARQUES, Claudia Lima. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*, cit., p. 568.

<sup>477</sup>DENARI, Zelmo; GRINOVER, Ada Pellegrini; BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e; FINK, Daniel Roberto; FILOMENTO, José Geraldo Brito; NERY JUNIOR, Nelson. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*: comentado pelos autores do anteprojeto, cit., p. 225.

A violação dos deveres de proteção, no âmbito do contrato, tem sido considerada pela doutrina como uma das hipóteses de violação positiva do contrato.<sup>478</sup>

Realmente, em determinado momento histórico do direito alemão, foi sob o fundamento da violação positiva do contrato formulada por Staub, que se permitiu conciliar certos deveres de comportamento, de conduta ou deveres laterais, distintos do dever de prestação, no âmbito do conceito de relação contratual.<sup>479</sup>

Admitida que as hipóteses de cumprimento defeituoso, imperfeito, inclusive por defeitos qualitativos em relação às obrigações convencionadas, principais ou acessórias, são absorvidas pelo conceito de mora do artigo 394 do Código Civil,<sup>480</sup> referida fórmula genérica dispensaria a modalidade denominada violação positiva do contrato.<sup>481</sup>

Judith Martins-Costa, entretanto, entende pertinente, dentre nós, a aplicação da figura da violação positiva do contrato, a partir do momento em que se faz distinção entre as prestações secundárias (deveres anexos de prestação) e os deveres de proteção. Compreende que o conceito de mora amplo no Direito brasileiro, englobando tempo, lugar e modo da obrigação só faz sentido em relação ao interesse de prestação, sejam principais, secundários ou anexos, e não diretamente aos interesses de proteção; é a violação desses interesses de proteção que é apanhada pela noção de violação positiva do contrato.<sup>482</sup> Classificação esta que não visa somente a tutela indenizatória, mas sobretudo a aplicação dos outros efeitos decorrentes do descumprimento, tais como a possibilidade de resolver o contrato ou de opor a exceção de contrato não cumprido.<sup>483</sup>

Seja pela regra da mora do artigo 394 do Código Civil, seja pela figura da violação positiva do contrato, de se reconhecer que a não observância dos deveres de proteção enseja a possibilidade de resolução contratual por parte do lesado.

---

<sup>478</sup>VIEIRA, Iacyr de Aguiar. Deveres de proteção e contrato, cit., p. 85.

<sup>479</sup>PINTO, Carlos Alberto Mota. *Cessão da posição contratual*, cit., p. 402-403.

<sup>480</sup>VIEIRA, Iacyr de Aguiar. Deveres de proteção e contrato, cit., p. 86.

<sup>481</sup>Como esclarece Carlos Alberto Mota Pinto existe primeiro uma questão de tradição ou não, na literatura ou na prática, no que diz respeito ao uso da expressão violação positiva do contrato. Além disso, de se observar que a figura do cumprimento defeituoso ou imperfeito está compreendida na concepção de *não cumprimento exato* do art. 1268 do Código italiano, ou do *não cumprimento pelo modo* devido do Código Civil brasileiro. (PINTO, Carlos Alberto Mota. *Cessão da posição contratual*, cit., p. 405).

<sup>482</sup>MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*: critérios para a sua aplicação, cit., p. 772.

<sup>483</sup>SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *A boa-fé e a violação positiva do contrato*, cit., p. 273.

Volta-se a concepção do sinalagma contratual em uma relação obrigacional complexa, cuja relação de dependência deve ter um sentido mais amplo, exigindo um pensamento dinâmico, no sentido de atuar e relacionar as coisas em seu funcionamento.<sup>484</sup>

Esse nexos de interdependência, conforme menciona Francesco Camilletti, não se identifica exclusivamente com a reciprocidade intrínseca à prestação principal, mas envolve cada face do recíproco adimplemento, em função dos interesses de cada um dos contratantes à execução do contrato.<sup>485</sup>

Conclui-se com o pensamento de Castronovo no que diz respeito ao alargamento da concepção do sinalagma, o qual deve ser expresso pela equivalência global dos custos a que cada uma das partes necessita observar para a plena execução do contrato, incluindo os riscos. Em se compreendendo essa estrutura complexa, o inadimplemento do dever de proteção passa a ser idôneo para ativar os remédios sinalagmáticos, incluindo a resolução contratual.<sup>486</sup>

A resolução contratual, entretanto, não pode ser operacionalizada sem observância à função limitadora do princípio da boa-fé,<sup>487</sup> de modo a evitar abusos pelo credor quando reduzida a violação do dever de proteção em relação à globalidade do contrato. Útil, nesse sentido, parece ser a adoção do pressuposto da essencialidade, prevista no § 324 do BGB, ou do termo *escassa importância* dos artigos 1.455 do *Codice Civile*<sup>488</sup> e 802 do Código Civil português.<sup>489</sup>

### 3.1.3 Exceção de contrato não cumprido e outras figuras

Se cabe a resolução do contrato e em medida que o dever de proteção tem natureza contratual, de se afirmar que também não pode haver dúvidas quanto à possibilidade de invocar a exceção de contrato não cumprido em caso de violação do dever de proteção.<sup>490</sup>

<sup>484</sup>REZZÓNICO, Juan Carlos. *Principios fundamentales de los contratos*. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1999. p. 325.

<sup>485</sup>CAMILLETTI, Francesco. *Profili del problema dell'equilibrio contrattuale*. Milano: Giuffrè, 2004. p. 22.

<sup>486</sup>CASTRONOVO, Carlo. *Obblighi di protezione*, cit., v. 21, p. 6.

<sup>487</sup>Id. *Ibid.*, p. 6.

<sup>488</sup>Art. 1455. (Importanza dell'inadempimento). Il contratto non si puo' risolvere se l'inadempimento di una delle parti ha scarsa importanza, avuto riguardo all'interesse dell'altra.

<sup>489</sup>Artigo 802º (Impossibilidade parcial) 1. Se a prestação se tornar parcialmente impossível, o credor tem a faculdade de resolver o negócio ou de exigir o cumprimento do que for possível, reduzindo neste caso a sua contraprestação, se for devida; em qualquer dos casos o credor mantém o direito à indemnização. 2. O credor não pode, todavia, resolver o negócio, se o não cumprimento parcial, atendendo ao seu interesse, tiver escassa importância.

<sup>490</sup>CABANILLAS SANCHEZ, Antonio. *Los deberes de protección del deudor en el derecho civil, en el mercantil y en el laboral*, cit., p. 462-463.

Posicionado no contexto da prestação principal, a bilateralidade do dever de proteção enseja a aplicação do disposto no artigo 476 do Código Civil, que oferece raciocínio direto e imediato de subsunção normativa ao fato, a permitir a exceção de contrato não cumprido.

Diferentemente, os deveres de proteção laterais se enquadram na teoria das relações obrigacionais sem deveres primários de prestação, cujo conteúdo é constituído por simples deveres de comportamento entre determinadas pessoas não analisáveis em prestações.<sup>491</sup> Nessa figura, portanto, necessário se socorrer daquela mesma concepção ampliada de sinalagma utilizada para justificar a resolução contratual, para fundamentar a faculdade de exceção de contrato não cumprido quando da não observância de alguma conduta protetiva dos deveres de proteção.<sup>492</sup>

Para tanto, o comportamento contrário ao dever de proteção deve assumir relevância jurídica independente da produção de um dano atual, a fim de funcionar como fundamento para a exceção de contrato não cumprido.<sup>493</sup>

Na lição de Pontes de Miranda, a *exceção de contrato não cumprido* configura exceção dilatória, que tem qualquer figurante de contrato bilateral para se recusar a adimplir, se não lhe incumbia prestar primeiro, até que simultaneamente preste o figurante contra quem se opõe.<sup>494</sup>

Trata-se da faculdade de se opor à exigência do cumprimento de uma obrigação sinalagmática, lembrando-se que esse conceito de sinalagma, na acertada lição de Rafael Villar Galiardi, merece a amplificação acima mencionada, a fim de compreender em seu conteúdo o inadimplemento também dos deveres laterais.<sup>495</sup>

Desde que a lesão assuma relevância jurídica independente da produção de um dano atual, estará o dever de proteção apto a justificar a exceção de contrato não cumprido a fim de permitir ao lesado suspender o cumprimento da obrigação que lhe cabe no bojo da prestação principal.

---

<sup>491</sup>FRADA, Manuel António de Castro Portugal Carneiro da. *Contrato e deveres de proteção*, cit., p. 37.

<sup>492</sup>Nesse sentido, Carlo Castronovo (*Obblighi di protezione*, cit., v. 21, p. 6); Luigi Lambo (*Obblighi di protezione*, cit., p. 223); Antonio Cabanillas Sánchez (*Los deberes de protección del deudor en el derecho civil, en el mercantil y en el laboral*, cit., p. 462-463).

<sup>493</sup>MENGONI, Luigi. *Scritti: obbligazioni e negozio*, cit., v. 2, p. 286.

<sup>494</sup>PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Campinas: Bookseller, 2003. t. 26, p. 122.

<sup>495</sup>GAGLIARDI, Rafael Villar. *Exceção de contrato não cumprido*. 1. ed. 2. tir. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 209.

Conforme menciona Jorge Cesa Ferreira da Silva, a ideia de se explicitar a figura da violação positiva do contrato, em relação aos deveres de proteção, não visa somente a tutela indenizatória, mas sobretudo a aplicação dos outros efeitos decorrentes do descumprimento, tais como a possibilidade de opor a exceção de contrato não cumprido.<sup>496</sup>

O dever de proteção também produz efeito quanto ao conteúdo da prestação principal, permitindo, em determinadas circunstâncias, a redução do preço.

A figura típica prevista artigo 26, parágrafo único, da Lei nº 8.245/90,<sup>497</sup> por exemplo, autoriza a redução do preço do aluguel locativo em caso de reparo urgente no imóvel.

Outro exemplo é aquele consagrado no inciso III, do §1º, do artigo 18, do Código de Defesa do Consumidor, que estabelece a possibilidade de se pleitear abatimento do preço contrato em virtude de vício do produto,<sup>498</sup> considerando-se vício de qualidade que torna o produto impróprio ao consumo aquele que acarreta perigo ou nocividade à vida ou à saúde.

Por fim, o interesse protetivo exercido no âmbito da autotutela. Porquanto um modo axiológico de comportamento, o interesse protetivo pode ser orientado, por vezes, para o dever (em função de uma norma que impõe a conduta de proteger) e, por vezes,

---

<sup>496</sup>SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *A boa-fé e a violação positiva do contrato*, cit., p. 273.

<sup>497</sup>Art. 26. Necessitando o imóvel de reparos urgentes, cuja realização incumba ao locador, o locatário é obrigado a consenti-los.

Parágrafo único. Se os reparos durarem mais de dez dias, o locatário terá direito ao abatimento do aluguel, proporcional ao período excedente; se mais de trinta dias, poderá rescindir o contrato.

<sup>498</sup>Art. 18. Os fornecedores de produtos de consumo duráveis ou não duráveis respondem solidariamente pelos vícios de qualidade ou quantidade que os tornem impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade, com a indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou mensagem publicitária, respeitadas as variações decorrentes de sua natureza, podendo o consumidor exigir a substituição das partes viciadas.

§ 1º Não sendo o vício sanado no prazo máximo de trinta dias, pode o consumidor exigir, alternativamente e à sua escolha:

I - a substituição do produto por outro da mesma espécie, em perfeitas condições de uso;

II - a restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos;

III - o abatimento proporcional do preço.

§ 2º (...)

§ 3º O consumidor poderá fazer uso imediato das alternativas do § 1º deste artigo sempre que, em razão da extensão do vício, a substituição das partes viciadas puder comprometer a qualidade ou características do produto, diminuir-lhe o valor ou se tratar de produto essencial.

§ 4º (...)

§ 5º (...)

§ 6º São impróprios ao uso e consumo:

I - (...)

II - os produtos deteriorados, alterados, adulterados, avariados, falsificados, corrompidos, fraudados, nocivos à vida ou à saúde, perigosos ou, ainda, aqueles em desacordo com as normas regulamentares de fabricação, distribuição ou apresentação;

III - (...)

orientado para o poder (em função de uma norma que possibilita a autoproteção, como é o caso da legítima defesa).<sup>499</sup>

E, no que diz respeito à autotutela, o bem pessoa e o bem coisa, enquanto objeto do direito de propriedade, são certamente dois bens cuja lesão ensejará certamente um dano relevante, respeito a estes dois bens certamente existe um poder de autoproteção.<sup>500</sup>

Uma autotutela que passa pela mais simples ideia - como a possibilidade de o passageiro descer do veículo de transporte quando da primeira próxima parada, caso observe que o motorista até aquele momento tenha conduzido o veículo de maneira imprudente, com excesso de velocidade, manobras arriscadas ou ultrapassagens perigosas, quiçá sob efeito de álcool, substância entorpecente ou simplesmente dominado pelo sono e cansaço – até as mais indesejadas – como quebrar uma janela para descer do veículo que se incendia ou defender-se, com atos de violência física, contra a ação daquele que intenta abuso sexual em um vagão de trem.

### **3.2 A responsabilidade civil fundada na violação do dever de proteção contratual**

A responsabilidade civil deve ser analisada com o aviso de se fazer referência a uma moralidade de conteúdo social, moldada de acordo com a razão e os propósitos ideais, em que se concilia a liberdade individual - que pode trazer como elemento a atividade prejudicial ao interesse de outrem - e o inderrogável objetivo de uma pacífica e solidária convivência de todos.

Uma responsabilidade civil que traz em seu conteúdo um motivo de reprovação, mas, em dose maior, um dever positivo de reparação, considerando a realidade social na qual as pessoas sofrem danos porquanto realizam a finalidade essencial da vida em grupo.<sup>501</sup>

Nesse particular, necessário se afastar o mito, conforme aponta Guido Calabrese, de que a sociedade deseja a todo custo evitar os acidentes,<sup>502</sup> a par da função preventiva da

---

<sup>499</sup>CICCARELLO, Sebastiano. *Dovere di protezione e valore della persona*, cit., p. 9.

<sup>500</sup>Id. *Ibid.*, p. 15.

<sup>501</sup>SCOGNAMIGLIO, Renato. *Responsabilità civile e danno*. Torino: G. Giappichelli, 2010. p. 40.

<sup>502</sup>Guido Calabrese coloca em pauta tal propósito da sociedade de evitar danos, quando se constrói um túnel sob uma montanha nos Alpes, para facilitar a comunicação entre Roma e Paris, mesmo sendo certo que haverá mortes de pessoas a cada quilômetro e apesar de existir meios de transportes mais seguros. (CALABRESE, Guido. *Costo degli incidenti e responsabilità civile*. Traduzione di Anna de Vita, Vincenzo Varano, Vincenzo Vigoriti, con la partecipazione dell'autore. Milano: Giuffrè, 2015. p. 37-38).



responsabilidade civil,<sup>503</sup> ou ainda pensar que seja função do instituto eliminar todos os danos decorrentes de acidentes.<sup>504</sup>

A função fundamental da responsabilidade civil é, pois, indenizar da vítima,<sup>505</sup> o que não deve ser efetivado com desprezo ao valor social da prevenção das lesões<sup>506</sup> ou da repercussão econômica derivada da diluição da carga dos danos,<sup>507</sup> até porque esses dois fatores geram o importante efeito paralegal de redução dos custos dos acidentes em relação à sociedade, ao lesado e aos responsáveis,<sup>508</sup> com destacado papel no equilíbrio do sistema jurídico-social-econômico.

O dever de indenizar representa, pois, a reação estabelecida pelo ordenamento jurídico às ofensas dos interesses dignos de proteção, por meio de medida de repercussão obrigacional.<sup>509</sup> Em outras palavras, segundo a pragmática da responsabilidade civil, significa estabelecer aquele que em definitivo deve suportar o dano.<sup>510</sup>

Quando se estuda a responsabilidade civil em sua função primária, percebe-se como o modo de se imputar os custos dos acidentes são virtualmente ilimitados.<sup>511</sup> Destacar, em primeiro plano, os critérios cujos elementos apresentem maior ressonância e sejam de indiscutível sugestão permite restringir tal universo.<sup>512</sup> Os pontos focais de discussão doutrinária sugerem dois critérios indiscutíveis, que prospecta a divisão da matéria em

---

<sup>503</sup>Como bem elucida Teresa Ancona Lopez, a responsabilidade civil, que tem como primeira função a reparação de danos, também deve exercer seu papel preventivo, enquanto função automática do instituto, pela crença legítima da sanção pecuniária que ela engendra, mais ainda enquanto instrumento anterior ao dano, a fim de se evitar as lesões iminentes, o que se efetiva por meio da edição de obrigações gerais de segurança, que tem como um de seus desdobramentos o dever de proteção contratual. (*Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil*, cit., p. 78-79).

<sup>504</sup>CALABRESE, Guido. *Costo degli incidenti e responsabilità civile*, cit., p. 56.

<sup>505</sup>TUNC, André. *La responsabilité civile*. 2. ed. Paris: Economica, 1989. p. 142.

<sup>506</sup>Um sistema que ressarce completamente o dano produzido, mas não faz nada para preveni-lo, não é obviamente um sistema ideal. (CALABRESE, Guido. *Costo degli incidenti e responsabilità civile*, cit., p. 96).

<sup>507</sup>São citados, como os principais mecanismos de diluição da carga dos danos, os seguros sociais; os contratos de seguro, facultativos ou obrigatórios; e, a técnica de imputar a responsabilidade de indenizar àquele que está em posição de redistribuir a carga no fator de produção, como, por exemplo, um fornecedor que pode dividir o custo em uma conta infinitesimal em cada produto. (TUNC, André. *La responsabilité civile*, cit., p. 146-147).

<sup>508</sup>Guido Calabrese entende que a função primária da responsabilidade civil seja mais a redução dos custos dos acidentes e menos indenizar a vítima (*Costo degli incidenti e responsabilità civile*, cit., p. 47).

<sup>509</sup>LALOU, Henri. *La responsabilité civile: principes élémentaires et applications pratiques*, cit., p. 2.

<sup>510</sup>Conceito de Louis Josserand, adotado por Aguiar Dias, que não faz separação, para efeito de responsabilidade civil, entre a obrigação de indenizar fundada na culpa (imputabilidade e capacidade) e a obrigação de reparar o dano, por dever de assistência, solidariedade, garantia, etc. (DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*, cit., p. 15-16).

<sup>511</sup>Id. *Ibid.*, p. 45.

<sup>512</sup>SCOGNAMIGLIO, Renato. *Responsabilità civile e danno*, cit., p. 43.

duas grandes áreas ou troncos,<sup>513</sup> cada qual representando um distinto regime jurídico de indenização: a responsabilidade civil subjetiva e a responsabilidade civil objetiva.

Em um panorama de responsabilidade civil subjetiva, o fundamento do dever de indenizar reside no elemento culpa, que *engloba o dolo (intencionalidade) e a culpa em sentido estrito (negligência, imprudência ou imperícia)*.<sup>514</sup>

No âmbito da responsabilidade objetiva, risco<sup>515</sup> e garantia<sup>516</sup> são noções delineadas como pressupostos de aplicação. A maior parte das hipóteses encontram seu fundamento e limites qualificantes na teoria do risco, segundo a qual quem com sua atividade cria as condições de um risco, deve suportar suas consequências.<sup>517</sup>

Não se tratando de hipótese de reparação civil por ato lícito, o fundamento da indenização pressupõe a transgressão de uma regra de comportamento, que, necessariamente, não segue um perfil de voluntariedade,<sup>518</sup> mas representa sempre a violação de um dever jurídico (de não causar dano a outrem). Acolhe-se uma noção de ilicitude que considera a conduta objetivamente, como negação dos valores tutelados pela ordem jurídica, distinta, desse modo, do conceito de culpabilidade,<sup>519</sup> uma concepção, portanto, aplicável tanto para a responsabilidade subjetiva quanto para a responsabilidade objetiva.<sup>520</sup> Ilícito é, pois, a transgressão de um dever jurídico.<sup>521</sup>

<sup>513</sup>SCOGNAMIGLIO, Renato. *Responsabilità civile e danno*, cit., p. 46.

<sup>514</sup>DUARTE, Nestor. *Código Civil comentado*, cit., p. 116.

<sup>515</sup>Nesse sentido, Renato Scognamiglio (*Responsabilità civile e danno*, cit.); Pietro Trimarchi (*La responsabilità civile: atti illeciti, rischio, danno*. Milano: Giuffrè, 2017. p. 275-276); LIMA, Alvino. *Culpa e risco*, cit.).

<sup>516</sup>STARCK, Boris. *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*. Paris: L. Rodstein, 1947.

<sup>517</sup>Afasta-se a teoria que identifica as noções de responsabilidade civil e de culpa, por meio do método artificioso da presunção absoluta de culpa que não comporta prova liberatória. (SCOGNAMIGLIO, Renato. *Responsabilità civile e danno*, cit., p. 45).

<sup>518</sup>Id. Ibid., p. 43 e 49.

<sup>519</sup>VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. 10. ed. rev. e atual. 13. reimpr. Coimbra: Almedina, 2016. v. 1, p. 586.

<sup>520</sup>Assim, seguindo a lição de Massimo Bianca, a responsabilidade objetiva insere-se na noção e na disciplina do ilícito, sob o mesmo fundamento da responsabilidade subjetiva: a violação do dever de não lesar outrem. (BIANCA, Cesare Massimo. *Diritto civile: la responsabilità*, cit., v. 5, p. 689). Em regra, as definições dadas ao ato ilícito seguem a linha de íntima ligação entre o seu conceito e o de culpa, critério, entretanto, que cria enorme dificuldade em sede de responsabilidade objetiva. A respeito, ver Fernando Noronha (*in Direito das obrigações*, cit., p. 385 e ss.) e Claudio Luiz Bueno de Godoy (*in Responsabilidade civil pelo risco da atividade*, cit., p. 32 e ss.). Para solucionar o problema da sistematização, partiu-se para a objetivação do conceito de ilicitude, compreendendo-se o ato ilícito como sinônimo de ato antijurídico. Haveria, assim, a ilicitude objetiva e a ilicitude subjetiva. Nessa visão, ilicitude objetiva representa apenas a ação que não seja conforme o direito (a circunstância de ser proibida), enquanto a ilicitude subjetiva corresponde às ações de violação de direitos de outrem que sejam subjetivamente reprováveis (culpáveis), compreendendo, portanto, a antijuridicidade (toda ação ofensiva ao direito alheio, proibida pela ordem jurídica) e a culpabilidade (censurabilidade de alguém, imputável a título de culpa ou dolo), seguindo aquela definição tradicional do termo jurídico. (NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*, cit., p. 382-384).

Em nosso caso, o ilícito decorre da violação do dever de proteção contratual, ou seja, um ilícito contratual que é resultado do não cumprimento, *lato sensu*, dos deveres próprios das obrigações, no que se incluem a prestação principal, as prestações secundárias e os deveres acessórios de conduta, ainda que impostos por lei, no seio da complexa relação obrigacional.<sup>522 e 523</sup>

Porquanto uma modalidade de comportamento do sujeito,<sup>524</sup> algum conteúdo obrigacional deve ser extraído da essência do dever de proteção, que sirva como pressuposto e referência de análise para a aplicação da responsabilidade civil.

A responsabilidade contratual observa às regras comuns dos contratos, razão pela qual importa indagar em que medida o devedor se acha vinculado.<sup>525</sup> Decisivo é o tipo de obrigação assumida no contrato, conforme lição de Luigi Mengoni: na obrigação de resultado, é devido um certo resultado, uma realização final, em que se resolve, com plena satisfação, a finalidade econômica do credor, que representa o interesse que determinou o surgimento do vínculo; na obrigação de meios, o objeto é um comportamento qualificado por um certo grau de conveniência ou utilidade ordenado para alcançar um propósito, cuja realização não está, por si, incluída na órbita da relação obrigatória.<sup>526</sup>

Uma unívoca qualificação do dever de proteção contratual é proposta por relevante doutrina, o que teria o efeito de simplificar o tratamento da matéria.

Essa posição é explicitada por Antonio Cabanillas Sánchez quando argumenta que o dever de proteção somente tem sentido se configurado como obrigação de resultado, tal

Outra alternativa para sistematizar a matéria a partir do ato ilícito foi observada na Itália, em que parte da doutrina considerou como sinônimos os conceitos de ato antijurídico (ilícito objetivo) e de dano injusto. Conforme esclarece Giuseppe Tucci, um dos primeiros problemas do dano injusto diz respeito à sua identificação como a antijuridicidade do ato que o causa e então a configuração do ilícito civil como pressuposto indispensável da tutela aquiliana (TUCCI, Giuseppe. *Il danno ingiusto*. Napoli: Casa Editrice Jovene, 1970. p. 2-3). Entretanto, adverte Claudio Luiz Bueno de Godoy que, no atual modelo de responsabilidade civil, ato ilícito e dano ilícito deixam de ser expressões sinônimas, ou seja, “a injustiça do dano deixa de ser enfocada do ponto de vista apenas da ilicitude da conduta que o determinou, de tal arte que mesmo conduta lícita passa a ser apta à causação de um dano que, ainda assim, possa dizer-se injusto. (GODOY, Cláudio Luiz Bueno. *Responsabilidade civil pelo risco da atividade*, cit., p. 34).

<sup>521</sup>CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de reponsabilidade civil*, cit., p. 334.

<sup>522</sup>VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*, cit., v. 1, p. 521-522.

<sup>523</sup>No âmbito das relações de consumo, de se recordar o tratamento unitário que se submete a responsabilidade do fornecedor, ante a equiparação de todas as vítimas do acidente de consumo à figura do consumidor (art. 17, do Código de Defesa do Consumidor), sendo fundamento da responsabilidade a violação da obrigação de segurança – o defeito do produto ou serviço lançado no mercado e que, numa relação de consumo, contratual ou não, dá causa a um acidente de consumo. (CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de reponsabilidade civil*, cit., p. 335).

<sup>524</sup>CICCARELLO, Sebastiano. *Dovere di protezione e valore della persona*, cit., p. 78.

<sup>525</sup>DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*, cit., p. 133.

<sup>526</sup>MENGGONI, Luigi. *Scritti: obbligazioni e negozio*, cit., v. 2, p. 148.

como foi contemplado em sua origem, pois, enquanto obrigação de meios, não é eficaz para proteger o credor, na medida que lhe impõe o ônus de provar a negligência ou a imprudência da outra parte, ensejando uma situação pior que se aplicado o regime da responsabilidade extracontratual.<sup>527</sup>

A questão, entretanto, não pode ser resumida ao critério da opção mais benéfica ao lesado, com sobreposição à adequada qualificação do fenômeno protetivo. A posição unívoca não atende aquela diversidade de conteúdo obrigacional antes apresentada, nem há fundamento jurídico para qualificar toda obrigação de fazer como *de resultado* ou observar em toda obrigação de entrega de coisa a responsabilidade objetiva.

Apesar de criticada,<sup>528</sup> a jurisprudência francesa não cessa a tarefa de identificar, caso a caso, a categoria obrigacional do dever de proteção em debate, a fim de estabelecer qual o pressuposto de aplicação do correlato dever de indenizar. Entendimento tal que, em princípio, deve ser adotado também no contexto do ordenamento jurídico pátrio.

Ponto de partida é o conceito unitário de responsabilidade civil, que consiste na ideia de *reação a um dano injusto mediante a atribuição de uma obrigação ressarcitória a determinado sujeito, por intermédio de um dos diversos critérios de imputação oferecidos pelo sistema normativo*.<sup>529</sup>

Onde preexiste uma relação contratual, este vínculo constitui o critério segundo o qual deve realizar-se a organização dos interesses da parte. A responsabilidade civil necessita considerar, nesse contexto, a inobservância da relação contratual e servir de meio sucedâneo para restabelecer-la em sua força efetiva.<sup>530</sup>

No âmbito do sistema normativo contratual, o critério de imputação, como dito, deve ser revelado pela própria regra comum dos contratos, que se traduz na noção de inadimplemento. Em sendo o inadimplemento o fundamento unitário da responsabilidade civil contratual,<sup>531</sup> importante estabelecer em que medida o devedor se acha vinculado, o que, sob o fundamento da classificação das obrigações segundo o conteúdo, enseja três

---

<sup>527</sup>CABANILLAS SANCHEZ, Antonio. *Los deberes de protección del deudor en el derecho civil, en el mercantil y en el laboral*, cit., p. 268.

<sup>528</sup>A crítica da doutrina francesa baseia-se na reduzida eficácia na segurança do contratante caso adotado um regime de obrigação de meios. Nesse sentido, Viney (VINEY, Geneviève. Rapport de synthèse, en La naissance de l'obligation de sécurité. *Gazette du Palais*, n. 264/266, 21 au 23 sept. 1997) e Patrice Jourdain (JOURDAIN, Patrice. Le fondement de l'obligation de sécurité. *Gazette du Palais*, n. 264/266, 21 au 23 sept. 1997).

<sup>529</sup>COMPORITI, Marco. *Esposizione al pericolo e responsabilità civile*. Napoli: Morano, 1965. p. 40.

<sup>530</sup>SCOGNAMIGLIO, Renato. *Responsabilità civile e danno*, cit., p. 97.

<sup>531</sup>CASTRONOVO, Carlo. *La nuova responsabilità civile*. 3. ed. Milano: Giuffrè, 2006. p. 450-451.

regimes jurídicos distintos para efeito de responsabilidade civil: obrigação de meios, obrigação de resultado e obrigação de garantia.<sup>532</sup>

Uma noção inicial, extraída da obra de Emilio Betti, informa que a primeira (obrigação de meios) consiste simplesmente no desenvolvimento de uma atividade no interesse do credor, se a atividade produzirá em concreto o efeito útil, é coisa que não diz respeito ao devedor, somente ao credor, cujo exemplo é a causa confiada ao patrocínio de um advogado, do qual se exige empenho na atividade profissional, mas não se imputa a ausência de vitória; a segunda (obrigação de resultado) implica disponibilizar ao credor o resultado útil de uma atuação, como, por exemplo, o edifício em um contrato de empreitada; na terceira espécie de relação obrigacional (garantia) a expectativa do credor é direcionada a uma utilidade que não pode ser incluída nem em um comportamento controlável por um grau de diligência, nem mesmo no resultado útil de um trabalho, mas uma garantia em relação a um evento temido, um risco que, confirmado, assegurará ao credor o direito de ser indenizado, total ou parcialmente, do dano que venha a sofrer.<sup>533</sup>

Ainda que nascida a distinção a partir da funcionalização das obrigações de fazer, a doutrina considera o estudo aplicável a todos os tipos obrigacionais, cujos parâmetros autorizariam, inclusive, a qualificação *a priori* dos regimes, segundo a diversidade dos tipos, sem negar a possibilidade de exceções. Seguindo tal posicionamento doutrinário, como regra geral, as obrigações de fazer comportariam qualificação tano no regime das obrigações de meios, quanto no regime das obrigações de resultado, enquanto os demais tipos obrigacionais (não fazer e dar) apenas a qualificação no regime das obrigações de resultado.<sup>534</sup> Em que pese o respeito que se dedica aos doutrinadores, a fragmentação do dever de proteção no ordenamento pátrio dificulta a aplicação da aludida regra geral.

De se lembrar que toda prestação, enquanto objeto da obrigação, nunca é uma entidade ou um fenômeno abstrato, mas sempre aparece como causa de realização de

---

<sup>532</sup>Esclarece Fábio Konder Comparato que a terminologia ainda é flutuante. "Obrigações de meios" e "obrigações de resultado" foram as denominações empregadas por Demogue. André Tunc prefere as expressões "obrigações determinadas" e "obrigações gerais de prudência e diligência. As obrigações de meios para Mengoni são "obrigações de simples comportamento" e para Betti "obrigações de conduta". (COMPARATO, Fábio Konder. *Obrigações de meios, de resultado e de garantia*. In: WALD, Arnaldo (Org.). *Direito empresarial: contratos mercantis e outros temas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. 4, p. 65).

<sup>533</sup>BETTI, Emilio. *Teoria generale delle obbligazioni: prolegomeni: funzione economico-sociale dei rapporti d'obbligazione*, cit., v. 1, p. 40-42.

<sup>534</sup>Nesse sentido, Menezes Cordeiro (*Tratado de direito civil português: direito das obrigações: introdução, sistemas e direito europeu das obrigações, dogmática geral*, cit., v. 2, t. 1, p. 446) e Díez-Picazo (*Fundamentos del derecho civil patrimonial: las relaciones obligatorias*. 6. ed. Navarra: Thomson Civitas, 2008. v. 2, p. 271-282).

propósitos e interesses de tipo empírico ou prático,<sup>535</sup> ou seja, a obrigação, ainda que de meios, irá representar um comportamento idôneo a dar início a um processo de alteração ou conservação da realidade.<sup>536</sup> O credor contrata para obter um certo resultado, e não com o desejo de impor uma diligência ao seu devedor.<sup>537</sup>

Toda ação humana, portanto, é uma ação final; a prestação engloba sempre seu próprio fim, apenas por análise abstrata pode-se, numa conduta, distinguir a atuação e o resultado tal qual a classificação a ser analisada.<sup>538</sup>

No que diz respeito ao interesse de proteção, a ação final consiste naquele escopo negativo de não causar danos a pessoa e aos bens do outro contratante. Um escopo negativo concretizado por meio de condutas positivas e negativas. Qualificado tal interesse no âmbito da obrigação de meios, responderá o devedor caso não atue diligentemente para o resultado de conservar indene a pessoa ou o patrimônio do outro contratante. Em se tratando de obrigação de resultado, a imputação da responsabilidade civil ao devedor decorrerá, salvo comprovado caso fortuito ou força maior, da simples lesão à pessoa ou ao patrimônio do outro contratante, uma vez que não alcançado o resultado de conservar a realidade de interesse do credor. Na hipótese de obrigação de garantia, em havendo a ausência do resultado de conservar indene a pessoa ou ao patrimônio do outro contratante, responderá o devedor por todos os riscos abrangidos na cláusula de incolumidade, cuja extensão pode ou não incluir hipóteses de caso fortuito ou força maior.

A partir da distinção dos regimes, possível observar melhores critérios para a repartição do ônus da prova;<sup>539</sup> a produção de efeitos diferenciados em relação à assunção dos riscos; e as hipóteses em que se nega eficácia à exoneração da responsabilidade civil.<sup>540</sup> Proporciona, ainda, bom auxílio na compreensão do conteúdo obrigacional dos contratos, uma vez que a distinção não se funda necessariamente numa diferença de intensidade ou grau na diligência, mas resulta em prestações de natureza sensivelmente distintas em função do caráter aleatório (a obrigação tem por objeto um resultado quando

---

<sup>535</sup>DÍEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos del derecho civil patrimonial*: las relaciones obligatorias, cit., v. 2, p. 271.

<sup>536</sup>MENGONI, Luigi. *Scritti*: obbligazioni e negozio, cit., v. 2, p. 146.

<sup>537</sup>TUNC, André. A distinção entre obrigações de resultado e obrigações de diligência. Tradução de Vera Jacob de Fradera. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 89, n. 778, p. 755-764, ago. 2000. p. 756.

<sup>538</sup>CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e Menezes. *Tratado de direito civil português*: direito das obrigações: introdução, sistemas e direito europeu das obrigações, dogmática geral, cit., v. 2, t. 1, p. 446.

<sup>539</sup>DEMOGUE, René. *Traité des obligations en general*. Paris: Librairie Arthur Rousseau, 1923. t. 5, p. 537-539.

<sup>540</sup>DÍEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos del derecho civil patrimonial*: las relaciones obligatorias, cit., v. 2, p. 281-282.

pode se presumir que a diligência do devedor irá atingi-lo; no caso contrário, ela tem por objeto a própria diligência).<sup>541</sup>

De todo modo, sendo a diligência parte indisponível de qualquer obrigação, independentemente de seu conteúdo, a mais valiosa distinção prática entre as obrigações de meio, de resultado e garantia consistirá na distribuição do ônus da prova.<sup>542</sup>

### 3.2.1 Obrigação de meios

No regime jurídico contratual de obrigação de meios, na medida em que o devedor está vinculado não consiste em uma prestação de resultado certo e determinado a ser produzido pelo devedor, mas simplesmente uma atividade diligente em benefício do credor. O resultado final sequer pode entrar no vínculo, pelo fato de depender normalmente, de fatores estranhos à vontade do devedor, motivo pelo qual a prestação compreenderá tão-só um comportamento diligente e honesto do devedor em vista da obtenção do resultado.<sup>543</sup> O critério de imputação, portanto, diz respeito à conduta do devedor, quando não espelhar a diligência que reflete o adimplemento das obrigações contratuais.

A diligência pode ser revelada por diferentes modelos de conduta, conforme apresenta Díez-Picazo: 1º) um modelo abstrato não profissional de conduta, reconhecido em vários ordenamentos pela regra geral do bom pai de família; 2º) o modelo profissional ou artífice;<sup>544</sup> 3º) o modelo derivado do modo habitual de comportamento de uma pessoa a respeito de seus próprios interesses, conhecido como diligência *quam in suis*;<sup>545</sup> 4º) o modelo de conduta resultante da concreta obrigação que se trata regular, quanto à natureza, circunstâncias das pessoas, tempo e lugar. Trata-se de um primeiro plano de análise, que enseja a identificação da diligência pautada por um dos modelos de conduta aplicável ao caso concreto, cuja escolha decorre de uma interpretação sistemática do ordenamento jurídico.<sup>546</sup>

<sup>541</sup>TUNC, André. A distinção entre obrigações de resultado e obrigações de diligência, cit., p. 755-764.

<sup>542</sup>ROSENVALD, Nelson. Obrigações de meio, de resultado e de garantia. In: LOTUFO, Renan; MARTINS, Fernando Rodrigues (Coord.). *20 anos do Código de Defesa do Consumidor: conquistas, desafios e perspectivas*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 295.

<sup>543</sup>COMPARATO, Fábio Konder. Obrigações de meios, de resultado e de garantia, cit., v. 4, p. 74.

<sup>544</sup>São exemplos as hipóteses encontradas nos artigos 667, 696, 712, 723, 866, todos do Código Civil.

<sup>545</sup>Exemplo, no direito brasileiro, encontra-se no art. 629 do Código Civil, em relação à diligência do depositário.

<sup>546</sup>DÍEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos del derecho civil patrimonial: las relaciones obligatorias*, cit., v. 2, p. 118-119.

Nesse contexto, o inadimplemento, que representa o critério de imputação da responsabilidade civil contratual, estará caracterizado pela total ausência do comportamento exigido, ou um comportamento pouco diligente, em que se dedica papel de relevo à imprudência, negligência ou à falta de perícia ou habilidade técnica do devedor, com relação ao resultado que constitui a causa do negócio.<sup>547</sup> Isso significa que a *atividade tem de ser desempenhada da melhor maneira possível, com a diligência necessária para o melhor resultado, embora este não seja a meta optada nem o objeto da avença*.<sup>548</sup> A falta do resultado não entra no âmbito do critério de imputação, pois representa o dano, um outro e distinto pressuposto do dever de indenizar.

Nesse sentido, a compreensão de conduta culposa, que se revela pela imprudência, imperícia e negligência, é idêntica àquela da teoria do tipo penal. Isto porque, quando se afirma que a culpa é elemento do tipo penal, faz-se referência à inobservância do dever de diligência, um cuidado objetivo, consistente na obrigação de realizar condutas de forma a não produzir danos a terceiros. Um cuidado necessário objetivo, não subjetivo.<sup>549</sup>

Há, então, a necessidade de comparação de duas condutas a fim de se averiguar o descumprimento do dever de diligência: a conduta concreta do sujeito e a conduta modelo, que seria aquela dotada de discernimento e prudência. Por conta disso, possível se falar em cuidado objetivo, na medida em que se considera a previsibilidade objetiva, ou seja, a previsibilidade do resultado pelo homem comum, nas circunstâncias em que o sujeito realizou a conduta.<sup>550</sup>

Concentrada a análise na diligência exteriorizada, o que se observa é a conduta culposa (imprudência, imperícia e negligência) incorporada à própria inadimplência. A conduta de inadimplência contratual já traz ínsita a ideia de culpa em sua própria narrativa, ou, como normalmente afirma-se, tem-se, no contrato, uma *culpa presumida*. A diligência em senso técnico é essencialmente uma medida de culpa, a qual acaba por se identificar com a noção objetiva de inadimplemento.<sup>551</sup>

Nesse sentido, merece deferência o posicionamento de Castronovo, quando pugna pela suficiência do *inadimplemento*, enquanto critério único e unitário, para fundamentar a

---

<sup>547</sup>COMPARATO, Fábio Konder. Obrigações de meios, de resultado e de garantia, cit., v. 4, p. 77.

<sup>548</sup>STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência*. 8. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 547.

<sup>549</sup>JESUS, Damásio E. de. *Direito penal: parte geral*. 22. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1993. v. 1, p. 291-293.

<sup>550</sup>Id. Ibid., p. 291-293.

<sup>551</sup>MENGONI, Luigi. *Scritti: obbligazioni e negozio*, cit., v. 2, p. 158-159.



responsabilidade civil contratual, compreendendo eventual elemento subjetivo apenas em sede de excludente do dever de indenizar.<sup>552</sup>

Esse raciocínio fica evidente na lição de Luigi Mengoni, a partir da seguinte colocação: quando o resultado que atrai o interesse primário do credor não é deduzido da obrigação, estando o devedor vinculado apenas a uma atividade idônea a produzir referido escopo, o critério objetivo do resultado final não é suficiente, porque a falta de tal resultado não exclui, por si só, o adimplemento, nesse caso, para decidir se a obrigação está adimplida, é necessário verificar a conduta do devedor, se observou ele o comportamento devido, de exata diligência.<sup>553</sup>

Em relação à responsabilidade contratual, portanto, havendo a lesão da pessoa ou dos bens do contratante, o pressuposto de imputação do dever de indenizar é a figura do inadimplemento do contrato, em que se tem a culpa incorporada.

Nesse ponto, a análise do regime da obrigação de meios deve retornar ao âmbito da discussão destacada por Demogue, que tratou da classificação das figuras obrigacionais incidentalmente à repartição do ônus da prova.<sup>554</sup>

E, no regime da obrigação de meios, a orientação da doutrina é no sentido de atribuir ao credor o ônus da prova dos três pressupostos do dever de indenizar que o sistema de responsabilidade civil contratual comporta: o inadimplemento; o dano patrimonial ou extrapatrimonial; e o nexo causal entre o inadimplemento e o dano.

A obrigação de meios, ensina Rui Stoco, é o tipo obrigacional que aparece em todos os contratos de prestação de serviços de médicos, advogados, publicitários, etc., onde é a própria atividade do devedor que está sendo objeto de contrato.<sup>555</sup>

A primeira hipótese de obrigatória análise diz respeito àquela previsão do artigo 14, §4º, do Código de Defesa do Consumidor, que estabelece a apuração da responsabilidade pessoal dos profissionais liberais mediante a verificação de culpa, em qualquer de suas modalidades: negligência, imprudência ou imperícia.<sup>556</sup>

---

<sup>552</sup>CASTRONOVO, Carlo. *La nuova responsabilità civile*, cit., p. 450-451.

<sup>553</sup>MENGONI, Luigi. *Scritti: obbligazioni e negozio*, cit., v. 2, p. 161-162.

<sup>554</sup>DEMOGUE, René. *Traité des obligations en general*, cit., t. 5, p. 537-539.

<sup>555</sup>STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência*, cit., p. 547.

<sup>556</sup>DENARI, Zelmo; GRINOVER, Ada Pellegrini; BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e; FINK, Daniel Roberto; FILOMENTO, José Geraldo Brito; NERY JUNIOR, Nelson. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*, cit., p. 213.

Um regime que contempla as hipóteses de responsabilidade contratual e extracontratual, mas que não se pode afirmar unitário. A partir de exemplo de serviço médico, Bruno Miragem afirma que, no caso de responsabilidade contratual, de se admitir a presunção da culpa, bastando à vítima demonstrar a existência do contrato, o dano e o nexo causal com a conduta do profissional, enquanto, na hipótese de responsabilidade extracontratual, necessita em acréscimo demonstrar o dolo, a negligência, a imprudência ou imperícia do médico.<sup>557</sup>

Apesar de se concordar com a duplicidade de regime, afirmar a presunção de culpa na obrigação de meios pode não ser a maneira mais adequada de se compreender a situação, preferindo-se aquela ideia de culpa ínsita à narrativa do inadimplemento contratual, a fim de não se esvaziar a eficácia do artigo 14, §4º, do Código de Defesa do Consumidor.

Seguimos, pois, uma compreensão que, qualificado o contrato de serviço médico como uma obrigação de meio, caberá ao credor provar a conduta ilícita do obrigado, isto é, que o devedor não agiu com atenção, diligência e cuidados adequados na execução do contrato,<sup>558</sup> circunstâncias que representam o conteúdo do inadimplemento obrigacional. Se a questão da qualidade da execução se coloca (o que ocorre normalmente em matéria de responsabilidade médica), é ao credor que incumbe o ônus da prova: ele deve estabelecer o vício da execução.<sup>559</sup>

No adimplemento da obrigação inerente ao exercício de uma atividade profissional, a diligência deve ser valorada de acordo com a natureza da atividade exercitada, conforme regra geral enunciada pelo artigo 1.176, segunda parte, do Código Civil italiano, cuja importação pode ser realizada sem qualquer óbice.<sup>560</sup>

Ademais, possível conciliar a responsabilidade civil subjetiva do profissional liberal nas relações de consumo com a regra do artigo do 6º, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor, ou seja, aplicar a inversão do ônus da prova quanto à conduta diligente, tal qual sustenta Sérgio Cavalieri Filho:

*Não se olvide que o médico é prestador de serviço pelo que, não obstante subjetiva a sua responsabilidade, está sujeito à disciplina do Código do Consumidor. Pode conseqüentemente o juiz, em face da complexidade*

---

<sup>557</sup>MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*, cit., p. 633.

<sup>558</sup>STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência*, cit., p. 548.

<sup>559</sup>TUNC, André. A distinção entre obrigações de resultado e obrigações de diligência, cit., p. 759.

<sup>560</sup>Art. 1176. *Diligenza nell'adempimento.*

*Nell'adempiere l'obbligazione il debitore deve usare la diligenza del buon padre di famiglia.*

*Nell'adempimento delle obbligazioni inerenti all'esercizio di un'attività professionale, la diligenza deve valutarsi con riguardo alla natura dell'attività esercitata.*

*técnica da prova da culpa, inverter o ônus dessa prova e favor do consumidor conforme autoriza o art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor.*<sup>561</sup>

Portanto, mesmo em sede de relações de consumo, a aferição da ausência de diligência devida pelo profissional liberal será decisiva para a fixação da obrigação de indenizar, sendo possível a inversão do ônus da prova, desde que, alternativamente, se admita verossímil a alegação ou se considere o consumidor como hipossuficiente.<sup>562</sup> Como ressalta André Tunc, o doente deve normalmente provar a culpa do médico, contudo, por que não se pensar que o médico deveria antes provar pelo menos que prestou cuidados?<sup>563</sup>

Na hipótese de inversão do ônus da prova, a inadimplência contratual restará deduzida da ausência do resultado de conservar indene a pessoa ou ao patrimônio do outro contratante, resultado que, apesar de não devido na obrigação de meios, será suficiente ao dever de indenizar enquanto não provado o adimplemento por meio da conduta diligente. Trata-se de hipótese de uma *obrigação de meios reforçada*, conforme qualificação utilizada por Muriel Fabre-Magnan.<sup>564</sup>

Em relação ao interesse de proteção, pode ocorrer a atuação negligente ou imprudente de um dos contratantes que coloque em perigo a pessoa ou os bens do outro, mas sem causar qualquer resultado lesivo. Naturalmente, se nenhum dano foi causado, não surgirá a responsabilidade civil, o que não significa a possibilidade de sanção de outra natureza, em razão da grave violação da diligência.<sup>565</sup>

### 3.2.2 Obrigação de resultado

Por uma construção técnico-jurídica, anteriormente já mencionada quando da análise da modalidade obrigacional (fazer, não-fazer e dar), pode-se afirmar que a maioria das obrigações tem por objeto um resultado, ou mais precisamente, são de resultado.<sup>566</sup>

Na obrigação de resultado, a problemática aparenta ser mais linear, pois se considera a inadimplência da prestação pela simples falta de produção do resultado. Certa dose de complexidade, contudo, não tarda a aparecer.

<sup>561</sup>CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de reponsabilidade civil*, cit., p. 438.

<sup>562</sup>ROSENVALD, Nelson. *Obrigações de meio, de resultado e de garantia*, cit., p. 298.

<sup>563</sup>TUNC, André. *A distinção entre obrigações de resultado e obrigações de diligência*, cit., p. 759.

<sup>564</sup>FABRE-MAGNAN, Muriel. *Droit des obligations*, cit., p. 541.

<sup>565</sup>MENGONI, Luigi. *Scritti: obbligazioni e negozio*, cit., v. 2, p. 154-155, nota.

<sup>566</sup>TUNC, André. *A distinção entre obrigações de resultado e obrigações de diligência*, cit., p. 756.

Se o contratante assumiu a obrigação de alcançar um certo resultado e não conseguiu, duas soluções são apontadas pela doutrina: ou haverá culpa presumida ou a responsabilidade objetiva.<sup>567</sup> Tal ambivalência, em verdade, revela que, no âmbito da obrigação de resultado, existem dois regimes diversos de responsabilidade civil, um subjetivo e um objetivo, ou, segundo qualificação utilizada por Muriel Fabre-Magnan, o regime tradicional de *obrigação de resultado* e aquele denominado de *obrigação de resultado atenuada*.<sup>568</sup> A diferença repercute nas hipóteses de exclusão de responsabilidade, em especial no que diz respeito à consideração do elemento culpa.

No regime da obrigação de resultado de forma atenuada, acolhe-se a ideia de culpa presumida em caso de não obtenção do resultado, admitindo-se, em certa medida, a discussão da culpa para o devedor se exonerar da responsabilidade. Configura uma categoria intermediária entre o regime da falta comprovada (obrigação de meios) e aquela da responsabilidade objetiva (obrigação de resultado tradicional).<sup>569</sup> Nesse particular, a responsabilidade independentemente de qualquer investigação da diligência empregada pelo devedor, é verdade apenas enquanto o devedor não provar que ele estava em situação de impossibilidade objetiva de cumprir a obrigação e a atuação desenvolvida preservava a possibilidade da prestação, ou seja, a não realização do resultado devido somente pode ser qualificado como inadimplemento obrigacional se a causa do impedimento seja imputável ao devedor.<sup>570</sup>

A atuação desenvolvida de modo a preservar a possibilidade da prestação indica a existência de uma leve diversidade na análise da culpa entre o regime da obrigação de meios e o regime da obrigação de resultado atenuada. Enquanto o adimplemento da primeira passa pela demonstração do comportamento diligente e honesto do devedor, na segunda, considerando o ingresso do resultado final no vínculo, a análise da culpa reside mais na existência ou ausência de atos do devedor que, em uma relação de causalidade, teriam o efeito de impedir a obtenção do resultado.

Enquanto relativa essa presunção, esclarece Claudio Luiz Bueno de Godoy, admite-se prova em contrário, pois toda a discussão do nexo de imputação permanece no campo da culpa, havendo apenas a inversão do ônus probatório.<sup>571</sup>

---

<sup>567</sup>CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de reponsabilidade civil*, cit., p. 336.

<sup>568</sup>FABRE-MAGNAN, Muriel. *Droit des obligations*, cit., p. 541-542.

<sup>569</sup>Id. *Ibid.*, p. 542.

<sup>570</sup>MENGONI, Luigi. *Scritti: obbligazioni e negozio*, cit., v. 2, p. 164.

<sup>571</sup>GODOY, Cláudio Luiz Bueno. *Responsabilidade civil pelo risco da atividade*, cit., p. 78.

Nessa modalidade subjetiva de obrigação de resultado, portanto, inverte-se ônus probatório, incumbindo ao devedor demonstrar a existência de uma causa diversa que frustrou o resultado comprometido e afastar a sua culpa, revelando a ausência de defasagem entre o comportamento havido e aquele esperado (devido), assim, o inadimplemento não derivará da simples frustração do desiderato do credor, o que afasta a obrigação objetiva de indenizar.<sup>572</sup> Considera-se a melhor aptidão do devedor para a prova, pois o credor se depararia, geralmente, diante de uma prova negativa indefinida, dizendo respeito, além disto, a atitude de outrem.<sup>573</sup>

O acidente de serviço causado por profissional liberal, sendo disciplinado pela teoria subjetiva, nos termos do artigo 14, § da Lei nº 8.078/90, observa, na situação de obrigação de resultado, essa incidência da culpa presumida e consequente inversão do ônus da prova.<sup>574</sup>

No regime tradicional de obrigação de resultado, a ausência do efeito útil constitui, por si só, o devedor em mora, sem indagação da diligência empregada pelo contratante, ao qual cabe o ônus da prova de caso fortuito ou força maior para se exonerar de responsabilidade.<sup>575</sup> É a hipótese de responsabilidade objetiva, em que a obrigação de ressarcimento não tem relação causalista fundada na culpa, cuja discussão não se admite para exclusão do dever de indenizar, o critério de imputação decorre exclusivamente da vontade da lei, isto é, a lei opera como critério de imputação ou qualificação causal.<sup>576</sup>

Nessa hipótese, subsume-se a responsabilidade civil fundada na cláusula implícita de incolumidade decorrente do fato da coisa nos contratos de locação de imóveis, de modo a se exigir do locador o resultado de se abster da entrega de um imóvel que ofereça perigo ao locatário.

O mesmo raciocínio é válido para a responsabilidade por fato decorrente dos instrumentos, aparelhos, objetos, maquinários, dentre outros, utilizados na execução de uma obrigação contratual. Conforme exemplifica Fábio Konder Comparato, é evidente que os materiais especiais empregados são coisas tangíveis, incorporadas ao resultado objetivo estipulado no contrato; a obrigação na hipótese é de resultado e não simplesmente de meios.

O contratante responde não apenas por sua falta, mas pelo vício da coisa que ele usa para a execução do contrato, que venha a causar danos, mesmo que tal problema não

---

<sup>572</sup>ROSENVALD, Nelson. Obrigações de meio, de resultado e de garantia, cit., p. 292.

<sup>573</sup>TUNC, André. A distinção entre obrigações de resultado e obrigações de diligência, cit., p. 757.

<sup>574</sup>ROSENVALD, Nelson. Obrigações de meio, de resultado e de garantia, cit., p. 287-302.

<sup>575</sup>COMPARATO, Fábio Konder. Obrigações de meios, de resultado e de garantia, cit., v. 4, p. 77-78.

<sup>576</sup>COMPORTI, Marco. *Esposizione al pericolo e responsabilità civile*, cit., p. 136-137.

resulte de uma falta de manutenção de seu fato ou quando o vício sequer possa ser detectado. Cumpre ao devedor, nesse regime de obrigação de resultado objetivada, o ônus da prova de caso fortuito ou força maior para se exonerar de responsabilidade.

### 3.2.3 Obrigação de garantia

Na obrigação de garantia, a prestação não consiste numa simples atividade diligente e honesta do devedor em vista de um resultado, nem na efetiva produção de um resultado determinado. Seu conteúdo é a eliminação de um risco que pesa sobre o credor. Eliminar um risco significa *a fortiori* reparar as consequências de sua realização. A não realização do risco representa o adimplemento da prestação pelo devedor, tendo direito à eventual contraprestação pactuada.<sup>577</sup> Concretizado o risco da não verificação do resultado, o devedor, sem possibilidade de invocar a "causa estranha" que tenha tornado a prestação impossível, obriga-se a transmitir determinada quantia pecuniária ao credor da obrigação garantida.<sup>578</sup>

Uma obrigação de garantia, assim, é ainda mais vinculativa do que uma obrigação de resultado, porque o devedor nem sempre poderá se exonerar sob alegação de força maior.<sup>579</sup>

Isto porque, o risco assumido não pode ser qualificado como impossibilidade objetiva da prestação (caso fortuito ou força maior) para eximir o devedor de sua prestação, afinal, o conteúdo deste tipo de obrigação é a eliminação de um risco que, por definição, é um evento de realização fortuita, independente, portanto, da vontade do devedor.<sup>580</sup>

O garante, contudo, não assume a totalidade dos riscos relativos à frustração das expectativas do outro contratante, mas apenas daqueles que resultarem da verificação dos eventos abrangidos pelo acordo, ou seja, não será correto afirmar que o garante assume os riscos por todos os "acazos atípicos".<sup>581</sup>

A obrigação de garantia propriamente dita reside, pois, em um fato objetivo com subtração, no todo ou em parte, do poder de controle e da influência do devedor para a ocorrência do dano.<sup>582</sup> Assim, a responsabilidade do fornecedor pelo fortuito interno,

---

<sup>577</sup>COMPARATO, Fábio Konder. Obrigações de meios, de resultado e de garantia, cit., v. 4, p. 76.

<sup>578</sup>ROSENVALD, Nelson. Obrigações de meio, de resultado e de garantia, cit., p. 300.

<sup>579</sup>FABRE-MAGNAN, Muriel. *Droit des obligations*, cit., p. 542.

<sup>580</sup>COMPARATO, Fábio Konder. Obrigações de meios, de resultado e de garantia, cit., v. 4, p. 78.

<sup>581</sup>ROSENVALD, Nelson. Obrigações de meio, de resultado e de garantia, cit., p. 301.

<sup>582</sup>BETTI, Emilio. *Teoria generale delle obbligazioni: struttura dei rapporti d'obbligazione*. Milano: Giuffrè, 1953. v. 2, p. 83.

como, por exemplo, na ocorrência de fraude contra o sistema bancário, não é afetada pela possibilidade ou não de o devedor evitar o fato que desencadeia o evento danoso. Não se discute a impossibilidade física da obrigação de se evitar o dano, uma vez que a situação é distinta da responsabilidade por atos próprios do causador do dano, não obstante tais lesões estejam compreendidas dentro do risco coberto.

Observa-se, portanto, a extensão da responsabilidade do contratante para alcançar situações além daquelas decorrentes do comportamento do devedor, compreendidas entre o termo final da diligência e uma nova fronteira traçada para as hipóteses de força maior ou caso fortuito (impossibilidade objetiva da prestação). Uma área na qual se nega eficácia liberatória à impotência do devedor quanto à não obtenção do resultado final de interesse do credor, no que diz respeito aos eventos que, em uma relação de causalidade, decorram da ação de terceiro ou de fato da natureza. Uma responsabilidade que prescinde da culpa, portanto de caráter objetivo, fundada na garantia; um resultado garantido que, por definição, é um resultado não devido, pois não decorre de obrigação, mas de uma condição.<sup>583</sup>

Não se materializando nenhum dos riscos assumidos pelo garante, a recusa da prestação será lícita, razão pela qual há que se delimitar quais as espécies de riscos que o garante assumirá, o que só pode ser feito no caso concreto, perante cada contrato de garantia.<sup>584</sup>

O acréscimo da garantia à obrigação de resultado intensifica a figura da responsabilidade pelo risco, em que o dano indenizável tanto pode provir de fato praticado pela pessoa do responsável, como de fato praticado por terceiro, de fatos naturais ou até de fatos do próprio lesado. Diverge, assim, da responsabilidade baseada em fatos ilícitos, que se assenta sempre, no todo ou em parte, sobre um fato da pessoa obrigada a indenizar.<sup>585</sup>

Por conta disso, parte da doutrina considera a obrigação de garantia uma subespécie de obrigação de resultado, fala-se assim de um fim de garantia. O devedor não apenas se compromete, mas garante o cumprimento.<sup>586</sup>

Em se tratando de responsabilidade por risco, a imputação é mais intensa, primeiro, a partir do ponto de vista social a respeito de uma determinada esfera de riscos e, segundo, a fim de se distribuir o risco de dano relativo a uma determinada atividade segundo os

---

<sup>583</sup>MENGGONI, Luigi. *Scritti: obbligazioni e negozio*, cit., v. 2, p. 199, nota.

<sup>584</sup>ROSENVALD, Nelson. *Obrigações de meio, de resultado e de garantia*, cit., p. 301.

<sup>585</sup>VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*, cit., v. 1, p. 527.

<sup>586</sup>ROSENVALD, Nelson. *Obrigações de meio, de resultado e de garantia*, cit., p. 300-301.

padrões ou medidas, não de imputabilidade e de culpa, senão da assunção dos riscos a quem o cria ou domina.<sup>587</sup>

O principal critério de aplicação da obrigação de garantia é o risco. Marco Comporti esclarece que a teoria do risco surgiu a partir dos estudos do jurista austríaco Unger, que propôs a máxima *Eigene Initiative, eigene Gefahr*, ou seja, quem age a próprio risco deve suportar a consequência da própria atividade, critério de imputação que foi imediatamente acolhida nos sistemas germânico, francês, italiano e anglo-saxão.<sup>588</sup>

De fato, a ideia não é diferente daquela apresenta por Josserand quando destaca que *quem cria um risco deve, se esse risco vem a verificar-se à custa de outrem, suportar as consequências, abstração feita de qualquer falta cometida*.<sup>589</sup> Essa, pois, é a síntese desse regime de responsabilidade civil, de natureza objetiva e fundada no critério risco.

No âmbito da teoria do risco, é possível a distinção de dois perfis. Um primeiro é aquele denominado risco-proveito, em que se fundamenta a responsabilidade objetiva em contrapartida da utilidade ou do proveito daquele que exercita uma determinada atividade e o risco-criado. O outro decorre da figura do risco-criado, cuja premissa não diz respeito apenas ao interesse econômico, mas coloca em evidência para justificar a responsabilidade objetiva qualquer atividade do sujeito que tenha a possibilidade de criar um risco a outrem, ou seja, tem em conta apenas o perigo.<sup>590</sup> Se o risco-proveito fundamenta a responsabilidade objetiva da empresa, o risco-criado não afasta a responsabilidade das atividades sem finalidade lucrativa.

No que concerne ao interesse de proteção, essa responsabilidade objetiva por riscos formatada em uma obrigação de garantia é o critério aplicável aos acidentes de consumo por fato do produto ou serviço, nos termos dos artigos 12 e 14 do Código de Defesa do Consumidor.

Nesse regime, o critério de imputação da responsabilidade civil é representado pela noção de produto ou serviço defeituoso. O defeito evidencia a ausência do resultado de conservar indene a pessoa e os bens do consumidor, a partir da concretização de um risco contra o qual o consumidor tinha uma legítima expectativa de estar seguro, protegido. O defeito de segurança, na lição de Claudio Luiz Bueno de Godoy, pressupõe uma

---

<sup>587</sup>LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Version española y notas de Jaime Santos Briz. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1959. t. 2, p. 665.

<sup>588</sup>COMPORTI, Marco. *Esposizione al pericolo e responsabilità civile*, cit., p. 148.

<sup>589</sup>JOSSERAND, Louis. *Evolução da responsabilidade civil*, cit., p. 548-559.

<sup>590</sup>COMPORTI, Marco. *Esposizione al pericolo e responsabilità civile*, cit., p. 167.



periculosidade adquirida acima do normal, do previsível, quebrando a expectativa do destinatário.<sup>591</sup> Havendo um acidente relativo a um risco contemplado pela garantia, nasce o direito à indenização do correlato dano.

A proteção da segurança visa à preservação da integridade física, em que pese os danos indenizáveis não se restrinjam à ofensa corporal, podendo decorrer do agravo físico, ofensa à própria integridade moral, ou mesmo o reconhecimento exclusivo, de modo autônomo, de danos à integridade moral do consumidor.

Essa ideia de garantia é própria do contrato de seguro,<sup>592</sup> cujos riscos assegurados são expressamente previstos de forma específica pelas próprias partes. Na relação contratual de consumo, o raciocínio é diverso, pois a extensão da garantia quanto aos riscos não decorre de manifestação de vontade das partes, integra o contrato em virtude e nos termos da lei. Observa-se uma cláusula de garantia aberta, que, de modo genérico, contempla os riscos contra os quais o consumidor tinha uma legítima expectativa de estar seguro (arts. 12, §1º, II e 14, §1º, II, CDC).

Não se cuida, ademais, de risco integral, conforme esclarece Claudio Luiz Bueno de Godoy, *tem-se hipótese de risco mitigado, em que a causalidade se qualifica por elemento específico que integra o nexo de imputação, qual seja o defeito que se exige seja identificado no produto ou no serviço*. O dever jurídico que se contrapõe a esse risco é o dever de segurança,<sup>593</sup> ou, conforme denominação aqui acolhida, o dever de proteção.

O conceito jurídico indeterminado que categoriza a expressão *segurança legitimamente esperada* encontra maior objetivação no regime geral de periculosidade vigente no âmbito específico das relações de consumo, que revela os critérios para aferição dos produtos ou serviços com potencial de causar danos corporais aos consumidores. A previsão normativa específica está nos artigos 8º, 9º e 10 do CDC.

De se destacar que tal responsabilidade transcende as limitações decorrentes da distinção entre os regimes contratual e delitual de indenização, a fim de favorecer a reparação dos danos decorrentes de produtos ou serviços.<sup>594</sup> A reduzida importância do vínculo contratual decorre das características próprias do produto, cujo uso naturalmente ocorre para além da esfera de controle do empreendedor, ou seja, o dano se provoca já

---

<sup>591</sup>GODOY, Cláudio Luiz Bueno. *Responsabilidade civil pelo risco da atividade*, cit., p. 109.

<sup>592</sup>ROSENVALD, Nelson. Obrigações de meio, de resultado e de garantia, cit., p. 300.

<sup>593</sup>GODOY, Cláudio Luiz Bueno. *Responsabilidade civil pelo risco da atividade*, cit., p. 90-91.

<sup>594</sup>SAUPHANOR-BROUILLAUD, Natacha; VINCELLES, Carole Aubert de; BRUNAUX, Geoffray; USUNIER, Laurence. *Les contrats de consommation règles communes*, cit., p. 650.

quando a coisa não mais está sob o controle direto daquele.<sup>595</sup> Assim, aquele a quem se imputa a responsabilidade pela garantia nem sempre ostentará vínculo contratual com o lesado, ocorrendo o fenômeno que Patrice Jourdain denomina de desconstratualização do dever de segurança.<sup>596</sup> Por outro lado, pode ocorrer a ausência de responsabilidade de quem ostenta vínculo contratual, como é o caso do comerciante em relação ao fato do produto, se não verificadas as hipóteses do artigo 13 do Código de Defesa do Consumidor.

A desconstratualização, ainda, permite a proteção de todas as vítimas do evento danoso e não somente dos contratantes, *ex vi* artigo 17 do Código de Defesa do Consumidor. Um regime unitário de responsabilidade civil, em que reduzido o papel da natureza do vínculo negocial para efeito de indenização. O interesse protetivo contratual, cujo fundamento de distinção decorre da intensidade do perigo que o simples contato fundado no vínculo negocial enseja às esferas jurídicas envolvidas, é absorvido pelo interesse de proteção nas relações de consumo, que compreende não somente aquelas derivadas de vínculo contratual, mas todas as outras relações jurídicas que o perigo dos produtos ou serviços colocados no mercado origina. Havendo fundamento legal, não há necessidade de se invocar a teoria do contrato com eficácia de proteção de terceiro, como sucedâneo da boa-fé objetiva, que a doutrina sustenta para fundamentar a responsabilidade civil do contratante quando a vítima da atividade contratual não integra o vínculo negocial.<sup>597</sup>

Alguma dificuldade vai ser enfrentada pela jurisprudência para definir a extensão do dever de segurança do fornecedor, ou seja, o que se considera defeito do produto ou serviço, havendo o entendimento de que o mesmo será determinado de acordo com as circunstâncias de fato relacionadas à atividade de fornecimento de bens e serviços.<sup>598</sup>

---

<sup>595</sup>GODOY, Cláudio Luiz Bueno. *Responsabilidade civil pelo risco da atividade*, cit., p. 100.

<sup>596</sup>JOURDAIN, Patrice. *Le fondement de l'obligation de sécurité*, cit.

<sup>597</sup>Nessa situação, em que se fundamenta o dever de proteção de terceiro na boa-fé, o terceiro é tutelado nos mesmos moldes daquela obrigação que pesa sob uma parte do contrato em confronto com a outra, vez que a fonte legal esvazia a importância da origem do vínculo, seja de contrato seja de outra fonte. Também não se discute a exigência de uma posição especial do terceiro, na qual, por exemplo, estão os familiares e os empregados do contratante, que, segundo a teoria do contrato com eficácia de proteção de terceiro ostentam algum tipo de vínculo com a relação jurídica ou com uma das partes, justificando essa proximidade qualificada com relação ao comportamento danoso a proteção intensa que é própria dos contratantes. (CASTRONOVO, Carlo. *Obblighi di protezione e tutela del terzo*, cit., p. 123-179). De se destacar que a consciência da autonomia do interesse de proteção foi o que possibilitou um alargamento quanto aos seus sujeitos ativos ou passivos, de modo a alcançar certos terceiros em atenção à sua exposição (fática ou típica) aos riscos de danos pessoais ou patrimoniais advindas da execução de um determinado contrato, os quais o devedor deve prevenir. Admitiu, então, a possibilidade de se tutelar o terceiro, em razão da proximidade deste à esfera de uma das partes. O contrato com eficácia de proteção para terceiros foi expressão deste desenvolvimento. Nesse sentido, a posição de Luciano de Camargo Penteado. (PENTEADO, Luciano de Camargo. *Efeitos contratuais perante terceiros*. 2006. Tese (Doutorado) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006. p. 135-143.

<sup>598</sup>Id. *Ibid.*, p. 213.

O dano pode provir, em primeiro lugar, de fato praticado pelo próprio fornecedor, ou seus prepostos, como também decorrer diretamente do produto entregue ou dos equipamentos, aparelhos, objetos ou qualquer tipo de instrumento utilizado na prestação obrigacional. O dano pode provir, em primeiro lugar, de fato praticado pelo próprio fornecedor, ou seus prepostos, como também decorrer diretamente do produto entregue ou dos equipamentos, aparelhos, objetos ou qualquer tipo de instrumento utilizado na prestação obrigacional. Exigível tão somente a aplicação linear do critério fundamental: aquele que por seu comportamento cria um risco deve suportar as consequências de sua realização,<sup>599</sup> regra aplicável a riscos criados por uma atividade e àqueles criados por coisas perigosas.<sup>600</sup> São riscos vinculados diretamente ao fornecedor, em relação aos quais responde objetivamente, sem indagação da culpa.

Existem, ainda, os riscos decorrentes de fato de terceiro ou de eventos naturais, relacionados às circunstâncias vinculadas à esfera do fornecedor ou à atividade em si mesma.<sup>601</sup> São as circunstâncias qualificadas de fortuito interno, aquelas ligadas aos riscos do empreendimento.<sup>602</sup>

---

<sup>599</sup>TUNC, André. *La responsabilité civile*, cit., p. 150.

<sup>600</sup>Id. *Ibid.*, p. 150-151.

<sup>601</sup>Conforme ensina João Baptista Machado, quando o plano contratual venha a falhar por contingência que atinja a prestação (em si ou no seu objeto), temos um risco de prestação, que é risco do devedor. No risco de prestação são abrangidos: o agravamento do custo ou das dificuldades da prestação; a perda do direito à contraprestação; a perda dos dispêndios e esforços feitos com vista à prestação, quando esta se torne impossível. Na noção de agravamento dos custos ou dificuldades da prestação, são alcançados: o risco de deterioração do objeto da prestação; o risco do desperdício do valor-utilidade ou do rendimento da prestação, ou ainda de desperdício (desaproveitamento) de uma capacidade de prestar vinculada, por efeito do simples decurso do tempo. (MACHADO, João Baptista. *Obra dispersa: Risco contratual e mora do credor. Scientia Iuridica*, Braga, v. 1, p. 272, 1991).

<sup>602</sup>São vários os julgados do Superior Tribunal de Justiça a respeito: Responsabilidade civil e consumidor. Crime de roubo. Emprego de arma de fogo. Drive-thru de lanchonete. Fortuito interno. (REsp 1.450.434-SP, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJe 09/11/2018); A ocorrência de fraudes e delitos contra o sistema bancário dos quais resultem danos a correntistas insere-se na categoria doutrinária de fortuito interno, pois faz parte do próprio risco do empreendimento, atraindo, portanto, a responsabilidade objetiva da instituição bancária (REsp 1.093.440-PR, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 2/4/2013); No mesmo sentido, a Súmula 479 do Superior Tribunal de Justiça: As instituições financeiras respondem objetivamente pelos danos gerados por fortuito interno relativo a fraudes e delitos praticados por terceiros no âmbito de operações bancárias. a culpa de terceiro não é apta a romper o nexo causal quando se mostra conexa à atividade econômica e aos riscos inerentes à sua exploração, caracterizando fortuito interno. Por envolver, necessariamente, uma grande aglomeração de pessoas em um mesmo espaço físico, aliados à baixa qualidade do serviço prestado, incluído a pouca quantidade de vagões ou ônibus postos à disposição do público, a prestação do serviço de transporte de passageiros vem propiciando a ocorrência de eventos de assédio sexual. Em outros termos, mais que um simples cenário ou ocasião, o transporte público tem concorrido para a causa dos eventos de assédio sexual. Em tal contexto, a ocorrência desses fatos acaba sendo arrastada para o bojo da prestação do serviço de transporte público, tornando-se assim mais um risco da atividade, a qual todos os passageiros, mas especialmente as mulheres, tornam-se vítimas. Conclui-se que, se a ocorrência do assédio sexual guardar conexão com os serviços prestados pela concessionária e, tratando-se de fortuito interno, a transportadora de passageiros permanece objetivamente responsável pelos danos causados (REsp 1.662.551-SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, por maioria, julgado em 15/05/2018, DJe 25/06/2018).

Em tese, são circunstâncias em que não haveria a necessidade de se discutir o dever ou a possibilidade de o devedor impedir o implemento da causa ou a ocorrência do resultado danoso, contudo, não se ignora que em certas situações tem sido negada a hipótese de responsabilidade pelo fato do produto ou do serviço à subsunção ao referido regime de responsabilidade civil objetiva.<sup>603</sup> Interessante observar o exemplo da atividade de prestação de serviço educacional, em que um evento idêntico ou semelhante, ora tem sido considerado uma situação de responsabilidade objetiva,<sup>604</sup> ora tem sido imputada responsabilidade em virtude de culpa presumida,<sup>605</sup> ora exigência a culpa provada como pressuposto da responsabilidade do fornecedor.<sup>606</sup>

<sup>603</sup>Em havendo a garantia, em tese, mostra-se irrelevante a discussão observada na doutrina italiana, que faz distinção entre *sinistri a causa* e *sinistri in occasione*, a fim de aplicar regra diversa da prova liberatória do transportador. A hipótese de *sinistri a causa* compreenderia o dano causado por fato proveniente do transportador, seus prepostos ou por força do meio empregado para a execução do transporte, na qual o nexos causal com a execução do contrato resulta *in re ipsa*, dificultando a prova liberatória da responsabilidade Civil. Em se tratando de *sinistri in occasione*, o dano está ligado a um fato da própria vítima, ou de um terceiro ou de algo estranho ao transportador, situação em que se acolhe um regime mais favorável ao fornecedor, admitindo-se como prova liberatória a demonstração que adotou toda a cautela necessária para evitar o dano. (SCARDIGLI, Massimo. *Sinistri a causa e sinistri in occasione del trasporto di persone. Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, anno 17, p. 1727-1735, 1963).

<sup>604</sup>Entendendo pela responsabilidade objetiva: (1) RESPONSABILIDADE CIVIL. DANOS MORAIS. INSTITUIÇÃO DE ENSINO. QUEDA DE CRIANÇA EM BRINQUEDO. FRATURA DO BRAÇO. A instituição de ensino tem a obrigação de manter a incolumidade de seus estudantes. Isso porque tem a guarda das crianças, que estão sob sua autoridade. Assim, por qualquer ato do aluno, no ambiente escolar, responde a instituição. Neste sentido dispõe o art. 932, inc. IV, do Código Civil. Ainda que estivesse a autora amparada por educadora próximo ao brinquedo onde ocorreu o acidente, restou bem caracterizado o defeito do serviço, que não ofereceu a segurança esperada, visto que sofreu a autora, criança de tenra idade, grave acidente, que demandou a realização de cirurgia para recuperação. Por este defeito, responde objetivamente a ré, nos termos do art. 14, do Código de Defesa do Consumidor. Apelação 0022840-84.2011.8.26.0562. Relator: Carlos Alberto Garbi. Órgão julgador: 10ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Data do julgamento: 07/04/2015. Data de publicação: 09/04/2015. Data de registro: 09/04/2015. (2) RESPONSABILIDADE CIVIL - Indenização por danos materiais e morais decorrentes do óbito do filho menor enquanto nas dependências de escola de educação infantil - Responsabilidade objetiva, nos termos dos arts. 932 e 933 do CC. Apelação 9132338-38.2007.8.26.0000. Relator: Windor Santos. Órgão julgador: 16ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Data do julgamento: 24/08/2010. Data de registro: 08/10/2010.

<sup>605</sup>Admitindo a hipótese de responsabilidade com culpa presumida: RESPONSABILIDADE CIVIL - Instituição de ensino - Agressão de aluna dentro da escola, durante o período de aulas — Dano moral verificado - Presunção de culpa - Valor da indenização mantido - Danos materiais devidos - Existência demonstrada no curso da instrução - Recurso da autora parcialmente provido, desprovido o da ré. Apelação 9087910-44.2002.8.26.0000. Relator: Luiz Antonio de Godoy. Órgão julgador: 1ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Data de registro: 30/09/2005.

<sup>606</sup>Posicionamentos em que se considera o elemento culpa como pressuposto do dever de indenizar, tal qual obrigação de meios: (1) Responsabilidade do estabelecimento de ensino (escola infantil). O dever de vigilância decorrente de contrato cria uma obrigação de meios e não de resultados. Criança machucada por chute desferido por colega, portador de síndrome de down, durante atividade esportiva ou de recreação. Ação indenizatória rejeitada. Evento previsível (e inevitável) que poderia ser praticado por todo e qualquer aluno, o que é natural durante disputas esportivas. Inexigibilidade de práticas preventivas ou de vigilância específica capaz de evitar choques, atritos e embates entre crianças que participam de jogos. Apelação 1005058-58.2014.8.26.0007. Relator: Enio Zuliani. Órgão julgador: 28ª Câmara Extraordinária de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Data do julgamento: 26/07/2017. Data de publicação: 01/08/2017. Data de registro: 01/08/2017. (2) Interposição contra sentença que julgou improcedente ação de indenização por danos morais e materiais. Prestação de serviços. Acidente ocorrido

No que diz respeito ao contato negocial direto, por exemplo, acolhe-se uma concepção ampla de serviço que alcança todo o ambiente espacial seja do comerciante, seja do prestador de serviço. A atividade empresarial pode ser organizada em um espaço físico de estabelecimento comercial, como um supermercado, uma loja, um consultório, um hospital, etc., ou ainda em um ambiente virtual, como um sítio eletrônico, um aplicativo, etc. Em qualquer um deles, o contratante deve organizar o cumprimento de sua prestação de modo idôneo a não causar perigo de dano.<sup>607</sup> Observa-se, pois, a responsabilidade pelo espaço e quem tem a vantagem do lugar deve assumir os deveres que daí decorram,<sup>608</sup> contexto em que estão inseridos os hotéis, as escolas, os estabelecimentos comerciais e bancários, shopping centers, os veículos de transportes, etc.

De todo modo, a corrente natural é a ampliação das figuras que ingressam na esfera de responsabilidade por risco do consumidor, a partir de um critério de previsibilidade ou de constância de ocorrência de certas situações que passam a acompanhar a atividade e, por conseguinte, ensejam a imputação do dever de indenizar ao fornecedor.

Assim, um perigo, antes desconhecido, a partir do momento em que se torna previsível e faz parte do risco de determinada atividade, deve ser enfrentado sob o fundamento do princípio da prevenção.

Recorda-se da lição de André Rodrigues Corrêa, quando da análise do problema da violência urbana e seus efeitos em relação ao transporte de ônibus na cidade do Rio de Janeiro, segundo o qual *interessa identificar se o evento lesivo em questão possui uma ocorrência quantitativa relevante, isto é, se é um fenômeno recorrente na sociedade, se corresponde a um risco com probabilidade significativa de ocorrência.*<sup>609</sup> A partir disso,

---

em sala de aula. Ação imediata praticada por criança contra seu colega de sala, que não havia como ser evitada pela professora. Ausência de negligência da escola em relação ao seu dever de vigilância e cuidado. Conduta ilícita não verificada. Dano moral não configurado. Indenização indevida. Sentença mantida. Apelação 0013805-54.2013.8.26.0005. Relator: Mario A. Silveira. Órgão julgador: 33ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Data do julgamento: 05/09/2016. Data de publicação: 06/10/2016. Data de registro: 06/10/2016. (3) RESPONSABILIDADE CIVIL INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS Acidente sofrido por criança na área de lazer da escola. Queda do escorregador a acarretar hematoma no olho direito e pequeno arranhão na face. Prestação imediata dos primeiros socorros pela auxiliar de enfermagem do estabelecimento. Falta de informação e negligência das assistentes confrontadas pelas provas produzidas na instrução. Fato incontroverso. Inexistência de prejuízo ou dor moral a ensejar reparação. Ausência de prova da suposta culpa da demandada pelo acidente. Dano moral não configurado. Improcedência da ação corretamente decretada Sentença mantida Apelo improvido. Apelação 0054827-40.2008.8.26.0564. Relator: Luiz Ambra. Órgão julgador: 8ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Data do julgamento: 29/05/2013. Data de publicação: 10/06/2013. Data de registro: 10/06/2013.

<sup>607</sup>LAMBO, Luigi. *Obblighi di protezione*, cit., p. 153.

<sup>608</sup>CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Tratado de direito civil português: direito das obrigações: introdução, sistemas e direito europeu das obrigações, dogmática geral*, cit., v. 2, t. 1, p. 375.

<sup>609</sup>CORREA, André Rodrigues. Ato violento de terceiro como excludente de responsabilidade do transportador: qual a causa desse entendimento jurisprudencial defeituoso?, cit., p. 341-384.

possível discutir em específicos contratos a assunção do risco pelo fornecedor em decorrência da prática de fato de terceiro, tais como violência sexual<sup>610</sup> e roubo.<sup>611, 612 e 613</sup>

<sup>610</sup>É oscilante a jurisprudência a respeito de assédio sexual praticado no interior de veículo de transporte, o que se exemplifica por meio da citação de dois julgados: Responsabilidade civil – Transporte ferroviário – Assédio Sexual – Fato doloso de terceiro. O fato doloso de terceiro, consistente em assédio sexual contra passageira de transporte ferroviário de pessoas, caracteriza fortuito externo, excluindo a responsabilidade do transportador. Ação improcedente. Recurso não provido. (Apelação 1130956-25.2016.8.26.0100. Relator Des. Itamar Gaino. Órgão julgador: 21ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Data do julgamento: 07/05/2018. Data de publicação: 22/06/2018. Data de registro: 22/06/2018). Apelação – Ação de indenização – Contrato de transporte coletivo de passageiros – Metrô – Ato libidinoso praticado por terceiro, no interior do vagão, contra passageira – Sentença de rejeição do pedido – Irresignação procedente – Hipótese em que a responsabilidade do transportador é objetiva, nos termos do art. 734 do CC e do art. 14 do CDC – Ato do terceiro que, no caso, não tem o condão de afastar a responsabilidade da ré, por não demonstrado por esta última a adoção das providências que razoavelmente se espera para evitar ou desencorajar a verificação de lamentáveis episódios como o tratado nestes autos, cada vez mais frequentes – Cenário diante do qual é de se esperar, no mínimo, a implantação de um sistema ostensivo de captação e gravação de imagens no interior dos vagões, afora campanhas educativas, como as adotadas em outros países – Dano moral sem sombra de dúvida caracterizado – Indenização que se arbitra na importância de R\$ 7.000,00, sobretudo à luz da técnica do desestímulo – Sentença reformada, com a proclamação da procedência da demanda. Dispositivo: Deram provimento à apelação. (Apelação 1088066-37.2017.8.26.0100. Relator Des. Ricardo Pessoa de Mello Belli. Órgão julgador: 19ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Data do julgamento: 07/05/2018. Data de publicação: 15/05/2018. Data de registro: 15/05/2018).

<sup>611</sup>Em contrato de transporte, o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de considerar o roubo hipótese de caso fortuito ou de força maior. Nesse sentido, o seguinte julgado: INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. ASSALTO DENTRO DE ÔNIBUS. CASO FORTUITO OU DE FORÇA MAIOR. RESPONSABILIDADE DA EMPRESA TRANSPORTADORA. INEXISTÊNCIA. JURISPRUDÊNCIA CONSOLIDADA DO STJ. 1. Assalto dentro de ônibus coletivo é considerado caso fortuito ou de força maior que afasta a responsabilidade da empresa transportadora por danos eventualmente causados a passageiro. Jurisprudência consolidada do STJ. 2. Cabível, de plano, o julgamento de reclamação em que o julgado do Juizado Especial não está de acordo com decisão proferida em reclamação anterior de conteúdo equivalente. Art. 1º, § 2º, da Resolução n. 12/2009 do STJ. 3. Agravo regimental desprovido. (AgRg na Rcl 12695/RJ; Agravo Regimental na Reclamação 2013/0160738-4. Relator Ministro João Otávio de Noronha. Órgão Julgador: Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça. Data do Julgamento: 12/06/2013. Data da Publicação/Fonte: DJe 17/06/2013).

Diante de situações excepcionais, entretanto, tem se afastado referida qualificação, incluindo-se eventual roubo no risco do fornecedor. Nesse sentido, os seguintes julgados: “(...) a matéria versada nos autos diz respeito à ocorrência de assalto à mão armada ocorrido no interior de ônibus de passageiro. Todavia, o acórdão proferido pelo Tribunal de origem afastou, por falta de provas, a ocorrência de caso fortuito ou força maior, uma vez que era de notório conhecimento público e, principalmente da agravante, os frequentes assaltos a ônibus no local onde se deram os fatos. Ademais, além de reconhecer que houve negligência da empresa em por em prática as medidas de segurança que estavam a seu alcance, o Tribunal a quo concluiu que houve responsabilidade objetiva da agravante”. EDcl no AREsp 319298/BA; Embargos de Declaração no Agrado em Recurso Especial 2013/0085881-8. Relator Ministro João Otávio de Noronha. Órgão Julgador: Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça. Data do Julgamento: 14/04/2015. Data da Publicação/Fonte: DJe 20/04/2015. RESPONSABILIDADE CIVIL. Transporte coletivo. Assalto. Responsabilidade da empresa transportadora. O assalto a cobrador de ônibus não é fato imprevisível nem alheio ao transporte coletivo, em zona de freqüentes roubos, razão pela qual não vulnera a lei a decisão que impõe à empresa a prova da excludente da responsabilidade pela morte de um passageiro. Precedente desta Quarta Turma (REsp nº 50.129/RJ, rel. Ministro Torreão Braz). (REsp 175794/SP. Recurso Especial 1998/0039195-9. Relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar. Órgão Julgador: Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça. Data do Julgamento: 05/11/1998. Data da Publicação/Fonte: DJ 21/02/2000. p. 130).

<sup>612</sup>Em supermercado, observa-se o seguinte entendimento: Responsabilidade civil. Ação de conhecimento sob o rito ordinário. Assalto à mão armada iniciado dentro de estacionamento coberto de hipermercado. Tentativa de estupro. Morte da vítima ocorrida fora do estabelecimento, em ato contínuo. Relação de consumo. Fato do serviço. Força maior. Hipermercado e shopping center. Prestação de segurança aos bens e à integridade física do consumidor. Atividade inerente ao negócio. Excludente afastada. Danos materiais. Julgamento além do pedido. Danos morais. Valor razoável. Fixação em salários-mínimos.

De se observar que, constatado o dano, recai sobre o fornecedor a prova liberatória da responsabilidade civil, cumprindo-lhe, pois, demonstrar alguma excludente.

A cláusula de garantia, que contempla os riscos contra os quais o consumidor tem uma legítima expectativa de estar seguro, é aberta, mas não ilimitada, estabelecendo a

---

Inadmissibilidade. Morte da genitora. Filhos. Termo final da pensão por danos materiais. Vinte e quatro anos. - A prestação de segurança aos bens e à integridade física do consumidor é inerente à atividade comercial desenvolvida pelo hipermercado e pelo shopping center, porquanto a principal diferença existente entre estes estabelecimentos e os centros comerciais tradicionais reside justamente na criação de um ambiente seguro para a realização de compras e afins, capaz de induzir e conduzir o consumidor a tais praças privilegiadas, de forma a incrementar o volume de vendas. - Por ser a prestação de segurança e o risco insitos à atividade dos hipermercados e shoppings centers, a responsabilidade civil desses por danos causados aos bens ou à integridade física do consumidor não admite a excludente de força maior derivada de assalto à mão armada ou qualquer outro meio irresistível de violência. (REsp 419059/SP; RECURSO ESPECIAL 2002/0021402-6, Relatora Ministra Nancy Andrighi. Órgão Julgador: Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça. Data do Julgamento: 19/10/2004. Data da Publicação/Fonte DJ 29/11/2004, p. 315, RSTJ, vol. 188, p. 339).

<sup>613</sup>No contexto da atividade de restaurante, o roubo ocorrido na área do estacionamento não tem sido considerado risco ligado ao empreendimento: DIREITO DO CONSUMIDOR. RESPONSABILIDADE PELO FATO DO SERVIÇO. O restaurante que ofereça serviço de manobrista (*valet parking*) prestado em via pública não poderá ser civilmente responsabilizado na hipótese de roubo de veículo de cliente deixado sob sua responsabilidade, caso não tenha concorrido para o evento danoso. O roubo, embora previsível, é inevitável, caracterizando, nessa hipótese, fato de terceiro apto a romper o nexo de causalidade entre o dano (perda patrimonial) e o serviço prestado. Ressalte-se que, na situação em análise, inexiste exploração de estacionamento cercado com grades, mas simples comodidade posta à disposição do cliente. É certo que a diligência na guarda da coisa está incluída nesse serviço. Entretanto, as exigências de garantia da segurança física e patrimonial do consumidor são menos contundentes do que aquelas atinentes aos estacionamentos de shopping centers e hipermercados, pois, diferentemente destes casos, trata-se de serviço prestado na via pública. (REsp 1.321.739-SP, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, julgado em 5/9/2013. Informativo nº 0530. Período: 20 de novembro de 2013. Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça).

Mas no espaço do serviço de *Drive-Thru*, tal fato de terceiro integra o risco do fornecedor: Responsabilidade civil e consumidor. Crime de roubo. Emprego de arma de fogo. *Drive-thru* de lanchonete. Fortuito interno. Súmula n. 130/STJ. Aplicabilidade. A lanchonete responde pela reparação de danos sofridos pelo consumidor que foi vítima de crime ocorrido no *drive-thru* do estabelecimento comercial. Inicialmente cumpre salientar que a rede de restaurantes, ao disponibilizar o serviço de *drive-thru* aos seus clientes, acabou atraindo para si a obrigação de indenizá-los por eventuais danos causados, não havendo falar em rompimento do nexo causal. Isso porque, assim como ocorre nos assaltos em estacionamentos, a rede de restaurantes, em troca dos benefícios financeiros indiretos decorrentes desse acréscimo de conforto aos consumidores, assumiu o dever implícito em qualquer relação contratual de lealdade e segurança, como incidência concreta do princípio da confiança. Nesse contexto, a responsabilidade em questão se assemelha muito àquelas situações dos empreendimentos comerciais, como shoppings e hipermercados, que colocam o estacionamento à disponibilização de sua freguesia, respondendo pelos danos sofridos nesse local (inteligência da Súmula n. 130 do STJ). O enunciado da súmula tem a seguinte redação: "a empresa responde, perante o cliente, pela reparação de dano ou furto de veículo ocorrido em seu estacionamento". Equivale a dizer: é a incidência dos princípios gerais da boa-fé objetiva e da função social do contrato na compreensão da responsabilidade civil dos estabelecimentos comerciais, incumbindo ao fornecedor do serviço e responsável pelo local de atendimento o dever de proteger a pessoa e os bens do consumidor. Além disso, ao estender sua atividade para a modalidade *drive-thru*, a rede de restaurantes buscou, no espectro da atividade econômica, aumentar seus ganhos e proventos, já que, por meio do novo serviço, ampliou o acesso aos produtos e serviços de *fast food*, facilitando a compra e venda, aumentando o fluxo de clientes e de suas receitas, perfazendo diferencial competitivo a atrair e fidelizar ainda mais a sua clientela. De fato, dentro do seu poder de livremente contratar e oferecer diversos tipos de serviços, ao agregar a forma de venda pelo *drive-thru* ao empreendimento, acabou por incrementar, de alguma forma, o risco à sua atividade, notadamente por instigar os consumidores a efetuar o consumo de seus produtos de dentro do veículo, em área contígua ao estabelecimento, deixando-os, por outro lado, mais expostos e vulneráveis a intercorrências. (Processo REsp 1.450.434-SP, Rel. Min. Luís Felipe Salomão, por unanimidade, julgado em 18/09/2018, DJe 09/11/2018. Informativo nº 0637. Publicação: 7 de dezembro de 2018. Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça).

própria lei as situações em que não haverá responsabilidade do fornecedor (arts. 12, §3º, e 14, §3º, II, CDC), com destaque para o fato de terceiro, desde que não configure o fortuito interno, ou seja, relacionado ao risco da própria atividade, conforme acima apontado.

Questiona-se a ausência das hipóteses de força maior e caso fortuito no dispositivo legal e, se por conta dessa omissão, a garantia incluiria os riscos decorrentes dessas situações. Predomina, entretanto, no ordenamento brasileiro o entendimento de que a força maior e o caso fortuito quebram o nexo de causalidade e, assim, afastam a responsabilidade do fornecedor independente da previsão legal.<sup>614</sup>

No que diz respeito ao conceito dos institutos, o parágrafo único, do artigo 393, do Código Civil, optou expressamente pela equiparação dos dois institutos, em que pese haver na doutrina profundo debate acerca das diferenças das duas figuras.<sup>615</sup> De se fazer menção a lição de Arnaldo Medeiros da Fonseca, o qual enfatiza a importância da inevitabilidade, em detrimento da imprevisibilidade, como principal elemento dos dois institutos.<sup>616</sup>

Por fim, ainda que o risco não possa ser enquadrado na concepção de defeito, existe outra orientação que diz respeito ao espaço residual de aplicação do artigo 927, parágrafo único, do Código Civil, conforme lição de Claudio Luiz Bueno de Godoy. Trata-se a cláusula geral da responsabilidade sem culpa, em que o nexo de imputação da obrigação de indenizar, além da causalidade, pressupõe uma atividade intrinsecamente perigosa, um perigo inerente na atividade desenvolvida, mas não forçosamente adquirido ou exagerado, ou seja, sem se exigir defeito.<sup>617</sup>

---

<sup>614</sup>CONSUMIDOR. RESPONSABILIDADE CIVIL. Nas relações de consumo, a ocorrência de força maior ou de caso fortuito exclui a responsabilidade do fornecedor de serviços. Recurso especial conhecido e provido. (REsp 996833/SP; RECURSO ESPECIAL 2007/0241087-1. Relator Ministro Ari Pargendler. Órgão Julgador: Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça. Data do Julgamento: 04/12/2007. Data da Publicação/Fonte: DJ 01/02/2008, p. 1.

<sup>615</sup>A respeito ver trabalho de Paulo de Tarso Vieira Sanseverino (*Responsabilidade civil no Código do Consumidor e a defesa do fornecedor*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 316-322.

<sup>616</sup>FONSECA, Arnaldo Medeiros da. *Caso fortuito e teoria da imprevisão*. 3. ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1958. p. 147.

<sup>617</sup>GODOY, Cláudio Luiz Bueno. *Responsabilidade civil pelo risco da atividade*, cit., p. 92.



## 4 CONCLUSÕES

A inafastabilidade da dignidade da pessoa humana na posição de valor essencial da ordem jurídica e de convivência social impõe o imperativo categórico da intangibilidade da vida humana e, como consequência do respeito à vida.

A dignidade dá base jurídica à exigência do respeito à integridade física e psíquica (condições naturais), aos meios mínimos para o exercício da vida (condições materiais) e o respeito aos pressupostos mínimos de liberdade e convivência igualitária (condições culturais).

Assegurar a existência do ser humano, portanto, é a primordial missão do sistema jurídico, enquanto a proteção do patrimônio do indivíduo é elemento sensível não só em relação aos meios mínimos de exercício da vida, como também amplia as oportunidades do poder de autodeterminação.

O sistema jurídico organiza uma vasta gama de medidas para a plena realização desses interesses dignos de tutela, figurando a vida, a integridade física, a segurança e a propriedade entre os direitos individuais consagrados na Constituição Federal (art. 5, caput, CF).

Não se pode prosseguir com o ideal protetivo obliterando a tradicional regra romana de dever geral de cuidado, consagrada por Ulpiano no princípio *alterum non laedere* (*neminem laedere*), o qual orienta toda a responsabilidade civil extracontratual, não somente às cláusulas gerais de responsabilidade subjetiva (CC, art. 186) e objetiva (CC, art. 927, parágrafo único), como também as demais hipóteses esparsas de dever de indenizar consagradas legalmente.

Sem implicar um incondicionado e geral dever de atuar na proteção do direito de outrem exposto a um perigo de lesão, o preceito *alterum non laedere* não é uma solução satisfatória em relação aos riscos singulares e potencializados pela aproximação das esferas jurídicas que o vínculo negocial tem o efeito de produzir.

As alterações econômico-sociais, fomentadas em grande parte pelos avanços tecnológicos e processos produtivos em massa, construíram uma sociedade contemporânea marcada por um perfil em que o risco se tornou figura comum do cotidiano dos indivíduos.

O ordenamento jurídico precisou oferecer resposta satisfatória à nova realidade social.

Impossível ignorar a valoração social do contrato, a partir do arquétipo estrutural existencial, naturalmente consentâneo com a subsistência da pessoa humana, perceptível em grande parte das operações de troca de bens ou serviços.

A obrigação contratual não mais se coloca como uma relação concernente exclusivamente ao direito da parte de receber a pactuada prestação de natureza patrimonial e ao dever da parte contrária de satisfazer tal pretensão, mas é enriquecida com conteúdo adicional diante dos vários interesses que estão envolvidos. O contrato assume uma estrutura complexa e diferenciada além da relação principal de débito/crédito.

Além do interesse ao recebimento da prestação (*Leistungsinteresse*), as partes ostentam um interesse diverso, ou seja, de manter indene a própria pessoa e o próprio patrimônio de eventuais lesões que podem suportar no momento do cumprimento da prestação objeto do contrato (*Schutzinteresse*). Em correspondência a tal interesse, revelado pelo jurista no caso concreto, a tarefa do direito é proporcionar um instrumento para sua realização, nesse caso enriquecendo a relação obrigacional com uma nova obrigação além da prestação, que corresponde ao dever de proteção (*Schutzpflicht*).

Nesse contexto, o dever de proteção se apresenta como a veste jurídica que concretiza o interesse de proteção, de natureza abstrata, a fim de desempenhar a tutela da esfera pessoal e patrimonial das partes em relação aos riscos específicos a que estão expostas, decorrentes de uma determinada relação jurídica, na qual a obrigação principal, que caracteriza determinado tipo contratual, não tutela expressamente.

Um país marcado pela miscigenação de povos e raças, um local que permite a convivência pacífica de culturas marcadas por conflitos bélicos em virtude de divergências religiosas, culturais ou ideológicas, não poderia proporcionar outro caminho, senão um sincretismo normativo.

Possível observar, em nosso ordenamento, a visão alemã da relação contratual complexa, agregando ao contrato o interesse protetivo em sede de deveres laterais de proteção, convivendo com o conteúdo normativo obrigacional fundado nos ideais franceses de responsabilidade civil preventiva, além da dispersão de uma obrigação de segurança descontratualizada e autonomizada ao lado de figuras parcelares do direito anglo-saxão de dever de cuidado.

Um cenário complexo que afasta a tentativa de sistematização da matéria, mas não inviabiliza a tarefa de se identificar os fenômenos protetivos no âmbito contratual e os contornos do regime normativo das diversas figuras e categorias jurídicas reveladas: prestação de proteção, dever lateral de proteção e cláusula geral de segurança.

Uma primeira categoria corresponde à prestação de proteção, hipótese em que se observa a existência de um interesse de proteção intrinsecamente coligado à prestação principal do vínculo contratual. Nesse particular, a tutela da vida ou da coisa decorrente da prestação de proteção tem o efeito de tornar o conteúdo e a modalidade da prestação principal mais completos.

Uma outra é representada pelo dever de proteção em sentido estrito, que tem por objetivo tutelar a conservação da integridade física e patrimonial do contratante dos danos que possam derivar do inadimplemento ou do mero contato social. A obrigação principal pode ter sido executada de maneira correta e pontual e ocorrer, paralelamente, ter o comportamento do contratante causado lesão a um direito subjetivo da outra parte, realidade que necessita ser tutelada pelo ordenamento jurídico. Observa-se a existência de um dever lateral de proteção, comumente designado *deveres de proteção*, categoria que pode ter por fundamento a cláusula geral de boa-fé objetiva (dever lateral de proteção atípico) ou uma hipótese normativa específica (dever lateral de proteção típico).

Por fim, o desenvolvimento da teoria da *obligation de sécurité* no âmbito do ordenamento jurídico francês inspirou o legislador pátrio quando da edição do Código de Defesa do Consumidor, dando ensejo ao surgimento de uma terceira categoria de dever de proteção: a cláusula geral de segurança nas relações de consumo. A atividade de fornecimento de produtos e serviços em um mercado de consumo de massa extrapola os restritos vínculos das relações contratuais, havendo a necessidade de se efetivar a tutela não só dos contratantes, mas também de terceiros, com superação à relatividade dos efeitos contratuais.

A origem comum dos danos, associada àquela atividade de fornecimento de produtos e serviços, deve ensejar, em princípio de justiça equitativa, uma mesma solução para as vítimas. Autonomiza-se, então, o dever de proteção vinculando-o à atividade empresarial de fornecimento de produtos e serviços e não mais necessariamente ao contrato.

A autonomização enseja um regime indenizatório único que supera a dicotomia de responsabilidade civil contratual e extracontratual, mas não significa indiferença em relação aos vínculos contratuais, pois, presente uma relação contratual de consumo, exige-se da cláusula geral de segurança a produção de efeitos jurídicos integrativos do sistema normativo do programa contratual semelhantes às duas categorias anteriores de dever de proteção.

O aprofundamento do estudo conduz à análise do perfil normativo das três categorias mencionadas, revelando a estrutura e a função do complexo contratual.

Estrutura, que contempla uma variedade de condutas obrigacionais, corporificadas ora na prestação principal, ora nos deveres laterais. Função, que revela primeiro os efeitos internos, ou seja, os mecanismos contratuais de resolução, exceção de contrato não cumprido, abatimento no preço, dentre outros. E, em segundo momento, a repercussão indenizatória a partir da violação do dever de proteção, com ênfase aos regimes obrigacionais de meios, resultado e de garantia.

Sofre as críticas dos defensores da desconstrução e da autonomização de diversas faculdades outorgadas aos contratantes, como se tais alternativas fossem as únicas capazes de competir com o contexto da pós-modernidade em que o efêmero, o fragmentário, o descontínuo e o caótico são figuras sempre presentes.

Compreendemos, contudo, diversamente. Reconhece-se que a fragmentação do fenômeno, na medida em que conduz à autonomização de diversos direitos, também limita a sistematização da matéria, permitindo indicar apenas suas categorias jurídicas. Contudo, subsiste, enquanto alternativa possível, a visão tópica do dever de proteção que viabiliza a observação da incidência da figura nos diversos tipos contratuais, de modo a não perder a utilidade de sua concepção.

A construção teórica que estrutura a figura protetiva no amago do vínculo negocial permite a comunicação do dever de proteção com as faculdades contratuais, autorizando o lesado pleitear não somente a tutela indenizatória.

Certamente haverá maior desenvolvimento da matéria no âmbito das relações de consumo, notadamente pelo elevado número de situações do cotidiano em que os consumidores, incluindo os equiparados, estão expostos aos riscos dos produtos e serviços colocados no mercado. Contudo, a riqueza da construção doutrinária dos deveres laterais de proteção, a partir da cláusula de boa-fé objetiva, não deve ser ignorada, a fim de servir

de útil mecanismo de proteção daqueles interesses relevantes das partes contratantes distintos do interesse à prestação.

A teoria do dever de proteção contratual, assim, responde a uma exigência de natureza sistemática, a fim de aplicar ao contrato os efeitos decorrentes da violação do comportamento imposto.



## REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Carlos Ferreira de. *Os direitos dos consumidores*. Coimbra: Almedina, 1982.
- ALMEIDA COSTA, Mario Júlio de. *Direito das obrigações*. Coimbra: Almedina, 1994.
- ALPA, Guido. *I principi generali*. 2. ed. Milano: Giuffrè, 2006.
- ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*. São Paulo: Saraiva, 1949.
- AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 8. ed. rev. modif. e aumen. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.
- ARAÚJO, Paulo Dóron Rehder de. Tratamento contemporâneo do princípio da boa-fé objetiva nos contratos. In: PEREIRA JÚNIOR, Antônio Jorge Pereira; HADDAD JÚNIOR, Gilberto (Coords.). *Direito dos contratos II*. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2008. p. 311-335.
- ASSIS, Araken de; ANDRADE, Ronaldo Alves de; ALVES, Francisco Glauber Pessoa. *Comentários ao Código Civil brasileiro: do direito das obrigações: arts. 481 a 532*. Coordenadores: Arruda Alvim e Thereza Alvim. Rio de Janeiro: Forense, 2007. v. 5.
- ATAÍDE, Rui Paulo Coutinho de Mascarenhas. *Responsabilidade civil por violação de deveres no tráfego*. Coimbra: Almedina, 2015.
- AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Código Civil comentado*. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 2.
- BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira Neves Miranda. *Liberdade vs. responsabilidade: a precaução como fundamento da imputação delitual?* Coimbra: Almedina, 2006.
- BENACCHIO, Marcelo. Algumas considerações acerca da relação de causalidade na responsabilidade civil. In: GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello; BENACCHIO, Marcelo (Coords.). *Responsabilidade civil*. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, 2015. p. 209-236.
- BENATTI, Francesco. Doveri di protezione. *Dig. Disc. Priv.*, Torino, Sezione Civile, v. 7, 1991.
- \_\_\_\_\_. Osservazioni in tema di doveri di protezione. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, p. 1342-1363, 1960.

BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos. *Manual de direito do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

\_\_\_\_\_; MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

BETTI, Emilio. *Teoria generale delle obbligazioni: prolegomeni: funzione economico-sociale dei rapporti d'obbligazione*. Milano: Giuffrè, 1953. v. 1.

\_\_\_\_\_. *Teoria generale delle obbligazioni: struttura dei rapporti d'obbligazione*. Milano: Giuffrè, 1953. v. 2.

BIANCA, Cesare Massimo. *Dell'inadempimento delle obbligazioni*. Roma: Zanichelli e Roma Società Editrice del Foro Italiano, Bologna, 1967. (Commentario del Codice Civile a cura di Antonio Scialoja e Giuseppe Branca. Bologna: Nicola Zanichelli).

\_\_\_\_\_. *Diritto civile: la responsabilità*. 2. ed. Milano: Giuffrè, 2012. v. 5.

CABANILLAS SANCHEZ, Antonio. *Los deberes de protección del deudor en el derecho civil, en el mercantil y en el laboral*. Madrid: Civitas, 2000.

CALABRESE, Guido. *Costo degli incidenti e responsabilità civile*. Traduzione di Anna de Vita, Vincenzo Varano, Vincenzo Vigoriti, con la partecipazione dell'autore. Milano: Giuffrè, 2015. p. 37-38.

CALAIS-AULOY, Jean. *Securité des consommateurs*. In: GHESTIN, Jacques (Org.). *Securité des consommateurs et responsabilité du fait des produits defectueux*. Paris: Paris: LGDJ, 1987. p. 225-233. (Collection: Thèses. Sous-collection: Bibliothèque de droit privé).

CAMILLETTI, Francesco. *Profili del problema dell'equilibrio contrattuale*. Milano: Giuffrè, 2004.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado*. Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2009.

\_\_\_\_\_. *Norme di protezione, obblighi del traffico, doveri di protezione (parte seconda)*. *Rivista Critica del Diritto Privato*, anno 1, n. 4, p. 793-829, dic. 1983.

CARBONNIER, Jean. *Droit civil*. 1<sup>er</sup> éd. "Quadrige". Paris: Quadrige; PUF, 2004. v. 2.

CARVAL, Suzanne; JOURDAIN, Patrice; VINEY, Geneviève. *Les conditions de la responsabilité*. 4. éd. Paris: LGDJ, 2013. (Sous-collection: Traité de droit civil - sous la direction de J. Ghestin).



CASTRONOVO, Carlo. *La nuova responsabilità civile*. 3. ed. Milano: Giuffrè, 2006.

\_\_\_\_\_. Obblighi di protezione. In: ENCICLOPEDIA Giuridica. Roma: Istituto della Enciclopedia Italiana, 2007. v. 21.

\_\_\_\_\_. Obblighi di protezione e tutela del terzo. *Jus/Rivista di Scienze Giuridiche*, Milano, ano 23, fasc. 1-2, p. 123-179, 1976.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de reponsabilidade civil*. 11. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2014.

CICCARELLO, Sebastiano. *Dovere di protezione e valore della persona*. Milano: Giuffrè, 1988.

COMPARATO, Fábio Konder. Obrigações de meios, de resultado e de garantia. In: WALD, Arnaldo (Org.). *Direito empresarial: contratos mercantis e outros temas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. 4.

\_\_\_\_\_. A proteção do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, ano 20, v. 77, p. 27-46, jan./mar. 2011.

COMPORTI, Marco. *Esposizione al pericolo e responsabilità civile*. Napoli: Morano, 1965.

COMUZZO, Michela. *Gli Obblighi de protezioni*. 2012. Tesi (Dottorato in Diritto ed Economia dei Sistemi Produttivi, dei Trasporti e della Logistica) - Università degli Studi di Udine, 2012.

CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2013.

\_\_\_\_\_. *Tratado de direito civil português: direito das obrigações*. Coimbra: Almedina, 2010. v. 2, t. 4.

\_\_\_\_\_. *Tratado de direito civil português: direito das obrigações: introdução, sistemas e direito europeu das obrigações, dogmática geral*. Coimbra: Almedina, 2009. v. 2, t. 1.

CORREA, André Rodrigues. Ato violento de terceiro como excludente de responsabilidade do transportador: qual a causa desse entendimento jurisprudencial defeituoso? In: MARTINS-COSTA, Judith (Coord.). *Modelos de direito privado*. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 341-384.

CUCCU, Vanna. *Gli obblighi di protezione (profili in tema di contratto di trasporto)*. 2013. Tesi (Dottorato in Diritto ed Economia dei Sistemi Produttivi) - Università Degli Studi di Sassari, 2013.

DE CUPIS, Adriano. *Il danno: teoria generale della responsabilità civile*. 2.ed. Milano: Giuffrè, 1966. v. 1.

DELEBECQUE, Philippe. La dispersion des obligations de sécurité dans les contrats spéciaux. *Gazette du Palais*, Paris, p. 1184-1188, 1997.

DEMOGUE, René. *Traité des obligations en general*. Paris: Librairie Arthur Rousseau, 1923. t. 5.

DENARI, Zelmo; GRINOVER, Ada Pellegrini; BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e; FINK, Daniel Roberto; FILOMENTO, José Geraldo Brito; NERY JUNIOR, Nelson. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 10. ed. rev. atual. e reform. Rio de Janeiro: Forense, 2011. v. 1.

DESHAYES, Olivier; GENICON, Thomas; LAITHIER, Yves-Marie. *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*: commentaire article par article. 2. éd. Paris: LexisNexis, 2018.

DI MAJO, Adolfo. *Delle obbligazioni in generale*. Bologna: Zanichelli, 1985.

\_\_\_\_\_. Obbligazione: diritto tedesco. In: ENCICLOPEDIA giuridica Treccani. Roma: Treccani, 2003. v. 21.

DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 12. ed. rev. atual. de acordo com o Código Civil de 2002, e aumentada por Rui Berford Dias. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

DÍAZ, Júlio Alberto. O dever de cuidado no *common law* (*duy of care*). *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 7, n. 28, p. 53-68, out./dez. 2006.

DÍEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos del derecho civil patrimonial: las relaciones obligatorias*. 6. ed. Navarra: Thomson Civitas, 2008. v. 2.

DUARTE, Nestor. *Código Civil comentado*. Coordenador Cezar Peluso. 8. ed. rev. e atual. Barueri-SP: Manole, 2014.

ENUNCIADO 629. In: JORNADA DE DIREITO CIVIL, 8., (26-27 abr. 2018). Brasília-DF: Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal (CEJ/CJF), 2018. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/viii-enunciados-publicacao-site-com-justificativa.pdf>>.

FABRE-MAGNAN, Muriel. *Droit des obligations*. 4. éd. Paris: PUF, 2016.

FALZEA, Angelo. Gli standards valutativi e la loro applicazione. *Rivista di Diritto Civile*, v. 33, n. 1, p. 1-20. genn./febb. 1987.

FILOMENO, José Geraldo Brito; GRINOVER, Ada Pellegrini; BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e; FINK, Daniel Roberto; NERY JUNIOR, Nelson; DENARI, Zelmo. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 10. ed. rev. atual. e reform. Rio de Janeiro: Forense, 2011. v. 1.

FONSECA, Arnaldo Medeiros da. *Caso fortuito e teoria da imprevisão*. 3. ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1958.

FRADA, Manuel António de Castro Portugal Carneiro da. *Contrato e deveres de protecção*. Coimbra: GC – Gráfica Coimbra, 1994.

GAGLIARDI, Rafael Villar. *Exceção de contrato não cumprido*. 1. ed. 2. tir. São Paulo: Saraiva, 2010.

GHERSI, Carlos Alberto. *Contratos civiles y comerciales: parte general y especial*. 6. ed. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 2006. t. 1.

GODOY, Cláudio Luiz Bueno. *Código Civil comentado*. Coordenador Cezar Peluso. 8. ed. rev. e atual. Barueri-SP: Manole, 2014.

\_\_\_\_\_. *Função social do contrato: os novos princípios contratuais*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

\_\_\_\_\_. *Responsabilidade civil pelo risco da atividade*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

GOMES, Orlando. *Obrigações*. 11. ed. rev. e atual. por Humberto Theodoro Junior. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FILOMENO, José Geraldo Brito; BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e; FINK, Daniel Roberto; NERY JUNIOR, Nelson; DENARI, Zelmo. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 10. ed. rev. atual. e reform. Rio de Janeiro: Forense, 2011. v. 1.

GUASTINI, Riccardo. *Obbligo*. In: ENCICLOPEDIA Giuridica. Roma: Istituto della Enciclopedia Italiana, 2007. v. 21.

GUELLA, Elena. Il carattere autônomo degli obblighi di protezione nei sistemi italiano e tedesco. *Deutsch-Italienische Studien – Studi Italo-Tedeschi*, Bremen, v. 8, Mai 2016.

GUIMARÃES, Paulo Jorge Scartezini. *Vícios do produto e do serviço por qualidade, quantidade e insegurança*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

HOHLOCH, Gerhard. La codificazione degli obblighi di protezione e della responsabilità per culpa in contrahendo. In: Giorgio CIAN (Coord.). *La riforma dello 'Schuldrecht' tedesco: un modello per il futuro diritto europeo delle obbligazione e dei contratti*, Padova: CEDAM, 2004. p. 243-265.

JESUS, Damásio E. de. *Direito penal: parte geral*. 22. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1993. v. 1.

JOSSERAND, Louis. *Evolução da responsabilidade civil*. Tradução de Raul Lima. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, n. 86, p. 548-559, jun. 1941.

\_\_\_\_\_. *Recueil périodique et critique de jurisprudence, de législation et de doctrine en matière civile, commerciale, criminelle, administrative et de droit public*. Paris: Jurisprudence Générale Dalloz, 1929.

JOURDAIN, Patrice. Le fondement de l'obligation de sécurité. *Gazette du Palais*, n. 264/266, 21 au 23 sept. 1997.

\_\_\_\_\_; VINEY, Geneviève; CARVAL, Suzanne. *Les conditions de la responsabilité*. 4. éd. Paris: LGDJ, 2013. (Sous-collection: Traité de droit civil - sous la direction de J. Ghestin).

JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antônio. Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana. *RTDC: revista trimestral de direito civil*, Rio de Janeiro, v. 2, n. 9, p. 3-24, jan./mar. 2002.

\_\_\_\_\_. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. São Paulo: Saraiva, 2000.

\_\_\_\_\_. Por uma nova categoria de dano na responsabilidade civil: o dano social. In: AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Novos estudos e pareceres de direito privado*. 1.ed. 2. tir. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 377-384.

KEETON, W. Page; DOBBS, Dan B.; KEETON, Robert E.; OWEN, David G. Prosser and Keeton on the law of torts. St. Paul: West Publishing Co., 1984.

LALOU, Henri. *La responsabilité civile: principes élémentaires et applications pratiques*. Paris: Dalloz, 1928.

LAMBO, Luigi. *Obblighi di protezione*. Padova: Cedam, 2007.

LARDENNOIS, Gérard. *De l'application de l'article 1384, §1º (Responsabilité du fait des choses) en matière contractuelle*. Thèse (Doctorat) - Faculté de Droit de L'Université de Nancy. Paris: Les Éditions Domat-Montchrestien, 1935.

LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Version española y notas de Jaime Santos Briz. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1958. t. 1.

\_\_\_\_\_. *Derecho de obligaciones*. Version española y notas de Jaime Santos Briz. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1959. t. 2.

LE TOURNEAU, Philippe. *Responsabilité des vendeurs et fabricants*. 5. éd. remaniée et augmentée. Paris: Dalloz, 2015.

LIMA, Alvino. *Culpa e risco*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1960.

LOPES, José Reinaldo de Lima. *Responsabilidade civil do fabricante e a defesa do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

LOPEZ, Teresa Ancona. Principais linhas da responsabilidade civil no direito brasileiro contemporâneo. In: JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antônio Junqueira; TORRES, Heleno Taveira; CARBONE, Paolo (Coords.). *Princípios do novo Código Civil brasileiro e outros temas: homenagem a Tullio Ascarelli*. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 668-709.

\_\_\_\_\_. *Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil*. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2010.

\_\_\_\_\_. Responsabilidade civil na sociedade de risco. In: LOPEZ, Teresa Ancona; LEMOS, Patrícia Faga Iglesias; RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz. (Coords.). *Sociedade de risco e direito privado*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 3-13.

LORENZETTI, Luis Ricardo. *Tratado de los contratos: parte general*. 2. ed. Santa Fé: Rubinzal - Culzoni Editores, 2010.

MACHADO, João Baptista. *Obra dispersa: Risco contratual e mora do credor*. *Scientia Iuridica*, Braga, v. 1, 1991.

MAJELLO, Ugo. *Custodia e deposito*. Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1958.

MARINO, Francisco Paulo De Crescenzo. *Interpretação do negócio jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2011.

MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman; MIRAGEM, Bruno – *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

\_\_\_\_\_; PARGENDLER, Mariana Souza. Usos e abusos da função punitiva (*punitive damages* e o direito brasileiro). *Revista CEJ*, Brasília, v. 9, n. 28, p. 15-32, jan./mar. 2005.

MASTRANDREA, Gerardo. *L'obbligo di protezione nel trasporto aereo di persone*. Padova: Cedam, 1994.

MAZEAUD, Henri. La faute dans le garde. *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, Paris, 1925.

MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Leon; TUNC, Andre. *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*. 6. ed. Paris: Montchrestien, 1965. v. 1.

MAZEAUD, Leon; MAZEAUD, Henri; TUNC, André. *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*. 6. ed. Paris: Montchrestien, 1965. v. 1.

MENGONI, Luigi. *Obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi: studio critico*. Milano: Casa Editrice Dottor Francesco Vallardi, 1954.

\_\_\_\_\_. *Scritti: obbligazioni e negozio*. A cura di Carlo Castronovo, Antonio Albanese e Andrea Nicolussi. Milano: Giuffrè, 2011. v. 2.

\_\_\_\_\_. Spunti per una teoria delle clausole generali. In: BUSNELLI, F. D. (a cura di). *Il principio di buona fede*. Milano: Giuffrè, 1987. p. 3-18. (Collana: quaderni della scuola superiore di studi universitari e di perfezionamento scienze giuridiche, economiche e politiche; 3).

MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

\_\_\_\_\_. *Direito civil: direito das obrigações*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

\_\_\_\_\_; BENJAMIN, Antônio Herman; MARQUES, Claudia Lima. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MONTEIRO, Jorge Ferreira Sinde. *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*. Coimbra: Almedina, 1989.

MORALES HERVIAS, Romulo. Los contratos com deberes de protección: a propósito de la vinculación entre el derecho constitucional y el derecho civil. *Revista de Derecho*, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, n. 71, p. 53-71, 2013.

MORSELLO, Marco Fábio. Contratos existenciais e de lucro: análise sob a ótica dos princípios contratuais contemporâneos. In: LOTUFO, Renan et al. (Coords.). *Temas relevantes do direito civil contemporâneo*. Atlas: São Paulo, 2012.

\_\_\_\_\_. Da boa-fé nas fases pré e pós-contratuais no direito brasileiro. In: PEREIRA JÚNIOR, Antônio Jorge Pereira; HADDAD JÚNIOR, Gilberto (Coords.). *Direito dos contratos II*. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2008. p. 295-310.

\_\_\_\_\_. O nexo causal e suas distintas teorias: apreciações críticas. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*, São Paulo, v. 10, n. 19, p. 211-220, jan./jun. 2007.

\_\_\_\_\_. A responsabilidade civil e a socialização dos riscos: o sistema neozelandês e a experiência escandinava. *Revista da Escola Paulista da Magistratura*, São Paulo, v. 7, n. 2, p. 13-22, jul./dez. 2006.

MORSELLO, Marco Fábio. *Responsabilidade civil no transporte aéreo*. São Paulo: Atlas, 2006.

NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

PARGENDLER, Mariana Souza; MARTINS-COSTA, Judith. Usos e Abusos da função punitiva (*punitive damages* e o direito brasileiro). *Revista CEJ*, Brasília, n. 28, p. 15-32, jan./mar. 2005.

PENTEADO, Luciano de Camargo. *Efeitos contratuais perante terceiros*. 2006. Tese (Doutorado) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de direito civil*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. v. 2.

PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Tradução: Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

PINTO, Carlos Alberto Mota. *Cessão da posição contratual*. Coimbra: Almedina, 2003.

PINTO, Paulo Mota. *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*. Coimbra: Coimbra Ed., 2008. v. 1.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Campinas: Bookseller, 2003. t. 26.

REALE, Miguel. *Teoria tridimensional do direito*. 5. ed. 9. tir. São Paulo: Saraiva, 1994.

REZZÓNICO, Juan Carlos. *Principios fundamentales de los contratos*. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1999.

RODOTÀ, Stefano. *Le fonti de integrazione del contratto*. Milano: Giuffrè, 1969.

ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Edições Almedina, 2009.

ROSA, João Guimarães. *Grande sertão: Veredas*. 22. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2015.

ROSENVALD, Nelson. *Código Civil comentado*. Coordenador Cezar Peluso. 8. ed. rev. e atual. Barueri-SP: Manole, 2014.

\_\_\_\_\_. Obrigações de meio, de resultado e de garantia. In: LOTUFO, Renan; MARTINS, Fernando Rodrigues (Coord.). *20 anos do Código de Defesa do Consumidor: conquistas, desafios e perspectivas*. São Paulo: Saraiva, 2011.

SAMPAIO, Paulo. Após suicídio de jovem, hotel instala rede proteção antiqueda no *hall*. *Blog do Paulo Sampaio*, 12 jul. 2017. Disponível em: <<https://paulosampaio.blogosfera.uol.com.br/2017/07/12/apos-suicidio-de-jovem-hotel-instala-rede-protecao-anti-queda-no-hall>>.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Cláusula geral de risco e a jurisprudência dos tribunais superiores*. Brasília-DF: STF, 2014. p. 347-370.

\_\_\_\_\_. *Princípio da reparação integral*. 1. ed. 2. tir. São Paulo: Saraiva, 2011.

\_\_\_\_\_. *Responsabilidade civil no Código do Consumidor e a defesa do fornecedor*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia*. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

SAUPHANOR-BROUILLAUD, Natacha; VINCELLES, Carole Aubert de; BRUNAU, Geoffroy; USUNIER, Laurence. *Les contrats de consommation règles communes*. Paris: LGDJ, 2013. (Sous-collection: *Traité de droit civil - sous la direction de J. Ghestin*).

SAVATIER, René. *Traité de la responsabilité civile en droit français: civil, administratif, professionnel, procedural: les sources de la responsabilité civile*. 10. éd. Paris: LGDJ, 2016. t. 1.

SCARDIGLI, Massimo. *Sinistri a causa e sinistri in occasione del trasporto di persone*. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, anno 17, p. 1727-1735, 1963.

SCOGNAMIGLIO, Renato. *Responsabilità civile e danno*. Torino: G. Giappichelli, 2010.

SILVA, Clovis V. do Couto e. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: Ed. FGV, 2006.

SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *A boa-fé e a violação positiva do contrato*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

STARCK, Boris. *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*. Paris: L. Rodstein, 1947.

STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência*. 8. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

TALAMANCA, Mario. *Istituzioni di diritto romano*. Milano: Giuffrè, 1990.



TAPINOS, Daphné. *Prévention, précaution et responsabilité civile: risque avéré, risque suspecté et transformation du paradigme de la responsabilité civile*. Paris: L'Harmattan, 2008.

TRIMARCHI, Pietro. *La responsabilità civile: atti illeciti, rischio, danno*. Milano: Giuffrè, 2017.

TUCCI, Giuseppe. *Il danno ingiusto*. Napoli: Casa Editrice Jovene, 1970.

TUNC, André. A distinção entre obrigações de resultado e obrigações de diligência. Tradução de Vera Jacob de Fradera. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 89, n. 778, p. 755-764, ago. 2000.

\_\_\_\_\_. *La responsabilité civile*. 2. ed. Paris: Economica, 1989.

\_\_\_\_\_; MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Leon. *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*. 6. ed. Paris: Montchrestien, 1965. v. 1.

UDA, Giovanni Maria. *La buona fede nell'esecuzione del contratto*. Torino: G. Giappichelli, 2004.

VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. 10. ed. rev. e atual. 13. reimpr. Coimbra: Almedina, 2016. v. 1.

VIEIRA, Iacyr de Aguiar. Deveres de proteção e contrato. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 88, n. 761, p. 68-93, mar. 1999.

VINEY, Geneviève. *Introduction à la responsabilité*. 3. éd. Paris: LGDJ, 2008. (Sous-collection: *Traité de droit civil - sous la direction de J. Ghestin*).

\_\_\_\_\_. Rapport de synthèse, en *La naissance de l'obligation de sécurité*. *Gazette du Palais*, n. 264/266, 21 au 23 sept. 1997.

\_\_\_\_\_. *Responsabilidade civil por ato ilícito: introdução ao direito francês*. Coordenação: George A. Bermann e Etienne Picard. Tradução: Teresa Dias Carneiro. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

\_\_\_\_\_; JOURDAIN, Patrice; CARVAL, Suzanne. *Les conditions de la responsabilité*. 4. éd. Paris: LGDJ, 2013. (Sous-collection: *Traité de droit civil - sous la direction de J. Ghestin*).

VISINTINI, Giovanna. *Inadempimento e mora del debitore*. Milano: Giuffrè, 1987. (Collana: *il Codice Civile - commentario - diretto da Francesco d. Busnelli - Direttore Collana: Piero Schlesinger*).

\_\_\_\_\_. *Tratado de la responsabilidad civil*. Traducción de Aída Kemelmajer de Carlucci. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1999. v. 1 e v. 2.

ZIMMERMANN, Reinhard. *The new German law of obligations: historical and comparative perspectives*. Oxford: Oxford University Press, 2010.