

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 Scartezini 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

1 O FENÔMENO PROTETIVO	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
2 O REGIME JURÍDICO DO DEVER DE PROTEÇÃO CONTRATUAL	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
3 PERFIL FUNCIONAL DO DEVER DE PROTEÇÃO CONTRATUAL	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
4 CONCLUSÕES	143
REFERÊNCIAS	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*.¹

Viver, porém, é perigoso.² 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,³ muitas vezes não deduzido expressamente no objeto do contrato⁴ 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.⁵

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.⁶

¹JUNQUEIRA 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.

²Como 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).

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

⁴Ensina 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).

⁵Sebastiano 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).

⁶CABANILLAS 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.⁷ 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;⁸ assédio sexual no interior do vagão de transporte ferroviário;⁹ criança afogada em piscina de associação recreativa quando em passeio escolar;¹⁰ danos causados ao locatário em virtude do desabamento de imóvel locado sem condições de habitabilidade.¹¹

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,¹² 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

⁷DI MAJO, Adolfo. *Delle obbligazioni in generale*, cit., p. 122.

⁸RESP 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.

⁹RESP 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.

¹⁰AREsp 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.

¹¹LOCAÇÃO 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.

¹²LAMBO, 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.¹³

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,¹⁴ 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.¹⁵

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.¹⁶

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

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

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

¹⁵Id. Ibid., p. 95.

¹⁶Id. 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.¹⁷ Em outras palavras, segundo a pragmática da responsabilidade civil, estabelecer aquele que em definitivo deve suportar o dano.¹⁸

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)*,¹⁹ cujo amplo significado compreende o preceito de se abster de violar direito ou interesse de outrem,²⁰ 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.²¹

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 francês²² e o direito italiano²³ são baseados

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

¹⁸Conceito 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).

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

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

²¹Id. *Ibid.*, p. 481.

²²Art. 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.*

²³Art. 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,^{24e25} 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.²⁶

Não obstante, certo é que cada ordenamento jurídico sempre agiu em seu momento histórico para o alcance da estabilidade social,²⁷ 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,²⁸ a qual, em regra, sempre exigiu da vítima grandes esforços quanto à prova da presença de todos os elementos do dever de indenizar.

²⁴Geneviève 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).

²⁵O 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).

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

²⁷REALE, Miguel. *Teoria tridimensional do direito*, cit., p. 99.

²⁸No 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)*.²⁹

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).^{30e31} Considera-se, assim, uma pessoa culpada quando poderia e deveria ter agido em conformidade com a prescrição legal.³² No sentido técnico, a culpa, como elemento do ato ilícito, não se confunde com a violação do direito, nem com o dano³³. 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. Alvino 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*.³⁴

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 conduta³⁵ e aponta para a contrariedade à norma, tendo noção mais ampla que a de ilicitude³⁶. 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.³⁷ O ilícito³⁸ 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

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

³⁰SAVATIER, 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.

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

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

³³LIMA, Alvino. *Culpa e risco*, cit., p. 60.

³⁴Id. *Ibid.*, p. 76.

³⁵CARBONNIER, Jean. *Droit civil*. 1^{er} éd. “Quadrige”. Paris: Quadrige; PUF, 2004. v. 2, p. 2310.

³⁶NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*, cit., p. 388.

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

³⁸A 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.^{39e40}

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.”⁴¹ 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,⁴² 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.⁴³

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*,⁴⁴ na visão de José Aguiar Dias,⁴⁵ e da

³⁹AMARAL, Francisco. *Direito civil*: introdução, cit., p. 580.

⁴⁰Massimo 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).

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

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

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

⁴⁴Configura 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.

⁴⁵DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*, cit.

necessariedade da causa,⁴⁶ segundo análise de Agostinho Alvim,⁴⁷ disputam a preferência dos doutrinadores.^{48e49}

Essa estrutura da responsabilidade civil subjetiva, compreendendo culpa, antijuridicidade, dano e nexa 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.⁵⁰

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,⁵¹ 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,*

⁴⁶De acordo com essa teoria, rompe-se o nexa 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.

⁴⁷O atual artigo 403 do Código Civil não alterou nesse aspecto o critério de nexa 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).

⁴⁸Nesse sentido, Sérgio Cavalieri Filho (*in Programa de reponsabilidade civil*, cit.) e Marco Fábio Morsello (O nexa 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).

⁴⁹Para 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 nexa 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).

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

⁵¹Id. *Ibid.*, p. 14.

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

A mutabilidade,⁵³ 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,⁵⁴ 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.⁵⁵

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.⁵⁶

A única certeza da sociedade do risco, como afirma Teresa Ancona Lopez, é a incerteza, pois os riscos não podem ser mensurados,⁵⁷ 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.

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

⁵³Segundo 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).

⁵⁴Conforme 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.

⁵⁵LOPEZ, 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.

⁵⁶Id. *Ibid.*, p. 5.

⁵⁷Risco, 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.⁵⁸

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.*⁵⁹

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,⁶⁰ com um novo fundamento do dever de indenizar: o risco.⁶¹

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

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

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

⁶¹Na 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,⁶² 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.*⁶³ 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 culposos 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.⁶⁴

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.*⁶⁵ 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.⁶⁶

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

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

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

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

⁶⁶Id. *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.⁶⁷

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.⁶⁸

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).*⁶⁹

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.⁷⁰

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*

⁶⁷ALPA, Guido. *I principi generali*, cit., p. 402-403.

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

⁶⁹JUNQUEIRA 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.

⁷⁰Id. *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.^{71e72}

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.⁷³

⁷¹MORSELLO, 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.

⁷²Em 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).

⁷³FRADA, 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.⁷⁴

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*,⁷⁵ 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*.⁷⁶

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

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

⁷⁵MORSELLO, 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.

⁷⁶GODOY, 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.⁷⁷

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.⁷⁸

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.⁷⁹

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 1911,⁸⁰ 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

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

⁷⁸COMUZZO, 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.

⁷⁹LAMBO, Luigi. *Obblighi di protezione*, cit., p. 42.

⁸⁰RGZ 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.⁸¹

A partir de precedentes de responsabilidade pré-contratual, o trabalho de Hermann Staub concentrou-se no desenvolvimento da teoria da violação positiva do contrato,⁸² 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.⁸³

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.⁸⁴

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

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

⁸²A 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.

⁸³GUELLA, 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.

⁸⁴FRADA, 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.⁸⁵

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 contrato⁸⁶ e desenvolveu referida teoria para enfrentar a problemática da lesão ao patrimônio quando do cumprimento de um contrato,⁸⁷ 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*).⁸⁸

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.⁸⁹

⁸⁵CORDEIRO, 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.

⁸⁶Id. Ibid., p. 469.

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

⁸⁸BENATTI, 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.

⁸⁹Id. 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.⁹⁰

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,⁹¹ 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.⁹²

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

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

⁹¹CORDEIRO, 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.

⁹²MORALES 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*.⁹³

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*).⁹⁴

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.⁹⁵

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.⁹⁶

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*),⁹⁷ de natureza extracontratual.

⁹³CORDEIRO, 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.

⁹⁴CANARIS, 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.

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

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

⁹⁷CASTRONOVO, 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,⁹⁸ o que encerrou a controvérsia e estabeleceu um dever legal específico.⁹⁹

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.¹⁰⁰

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.¹⁰¹

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).¹⁰²

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.¹⁰³

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

⁹⁹CORDEIRO, 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.

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

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

¹⁰²HOHLOCH, 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.

¹⁰³GUELLA, 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.¹⁰⁴

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.¹⁰⁵

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.¹⁰⁶

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.¹⁰⁷

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).¹⁰⁸

¹⁰⁴BENATTI, Francesco. Osservazioni in tema di doveri di protezioni, cit., p. 1346.

¹⁰⁵LARDENNOIS, 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.

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

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

¹⁰⁸DIAS, 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*.¹⁰⁹ 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.¹¹⁰ 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.¹¹¹

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.¹¹²

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.¹¹³

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,¹¹⁴ 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).¹¹⁵

¹⁰⁹Atual 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.

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

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

¹¹²COMUZZO, Michela. *Gli Obblighi di protezioni*, cit., p. 35-36.

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

¹¹⁴Id. Ibid., p. 355.

¹¹⁵FABRE-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),^{116e117} 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.¹¹⁸

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.¹¹⁹

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),¹²⁰ 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.¹²¹

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.¹²² Enquanto na obrigação de resultado, reconhecia-se que o devedor somente

¹¹⁶Les 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.

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

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

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

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

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

¹²²Por 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.¹²³

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.¹²⁴

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.¹²⁵

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.¹²⁶

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.¹²⁷

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.¹²⁸

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

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

¹²³FABRE-MAGNAN, Muriel. *Droit des obligations*, cit., p. 550.

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

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

¹²⁶FABRE-MAGNAN, Muriel. *Droit des obligations*, cit., p. 551.

¹²⁷LE TOURNEAU, Philippe. *Responsabilité des vendeurs et fabricants*, cit., p. 105.

¹²⁸FABRE-MAGNAN, Muriel. *Droit des obligations*, cit., p. 552.

¹²⁹CABANILLAS 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.¹³⁰

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,¹³¹ 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.¹³²

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.¹³³

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.¹³⁴

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

¹³¹DESHAYES, 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.

¹³²COMUZZO, Michela. *Gli Obblighi di protezione*, cit., p. 40.

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

¹³⁴DÍAZ, 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.¹³⁵

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.¹³⁶

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.*¹³⁷

¹³⁵COMUZZO, Michela. *Gli Obblighi de protezioni*, cit., p. 45.

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

¹³⁷KEETON, 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.*¹³⁸

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.¹³⁹

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.¹⁴⁰

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

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

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

¹⁴⁰SAUPHANOR-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".¹⁴¹

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.¹⁴²

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.

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

¹⁴²COMPARATO, 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.¹⁴³ 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.¹⁴⁴

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

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

¹⁴⁴As 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.¹⁴⁵

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).¹⁴⁶

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

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

¹⁴⁶Id. Ibid., p. 36.

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.
- ARAUJO, 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^{er} 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; BRUNAUX, Geoffray; 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.