

Responsabilidade civil contratual e extracontratual. A culpa e a responsabilidade civil contratual

*Maria Cristina de Almeida Bacarim*¹
Juíza de Direito no Estado de São Paulo

Sumário: 1. Introdução. 2. Fontes do dever de indenizar. 3. Caso concreto: responsabilidade civil contratual e responsabilidade civil extracontratual. 4. Culpa como ponto de partida para a responsabilidade contratual. 5. Padrões de conduta e culpa contratual: paralelo com a boa-fé objetiva. 6. Conclusão. Biografia.

1. Introdução

Consoante já exposto nesta obra, o instituto da responsabilidade civil passou por extensas e profundas transformações desde os primórdios do Direito Civil.

A cada dia, o dever de indenizar assume novos contornos. A dinamicidade do mundo negocial, da globalização e do desenvolvimento tecnológico exige do jurista verdadeiro jogo de cintura para compreensão e aplicação do direito às mais novas situações do cotidiano.

Ultrapassados os paradigmas do juiz *bouche de la loi*, dos conceitos indeterminados, o paradigma atual, segundo Junqueira², seria o da centralidade do caso concreto: a partir da solução dos casos, buscam-se rumos normativos mais homogêneos em vista de uma maior segurança jurídica. Nesta linha, bem adverte Maria Celina Bodin de Moraes:

¹ Mestre em Direito Civil pela Universidade de São Paulo. Especialista em Direito Público pela Escola Paulista da Magistratura. Juíza de Direito Titular da 40ª Vara Cível Central da Comarca de São Paulo - Capital.

² AZEVEDO, Antonio Junqueira de. O direito pós-moderno e a codificação. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 33, p. 123-129, jan./mar. 2000.

A constatação de que vivemos em uma era de incertezas e de que o mecanismo de aplicação do direito é guiado por uma lógica informal não permite abrir mão da segurança jurídica. A previsibilidade das decisões judiciais é também uma questão de justiça, pois decorre da necessária coerência e harmonia que devem caracterizar o sistema³.

Como leciona Francisco Amaral:

A pensamento jurídico é um pensamento prático, seu objeto é a decisão concreta, cabendo à teoria do direito civil a tarefa, também prática, de propor diretivas ou modelos jurídicos que proporcionem e justifiquem a resolução correta de problemas⁴.

A construção de uma teoria geral da responsabilidade civil, embora deva considerar que a solução de um caso concreto não é única para todos, não pode perder de vista a urgência de se perseguir um norte geral, um estudo apto a sistematizar soluções jurídicas em torno de casos semelhantes, para harmonia nos fundamentos da responsabilização civil. Essa tendência, analisada por Klaus Günther, é defendida por Dworkin em sua teoria sobre a coerência e o conceito da *integrity*, com a máxima de tratar casos iguais de modo igual⁵.

Partindo desse paradigma, o presente estudo visa traçar algumas breves diretrizes para a responsabilidade civil contratual e extracontratual a partir de um caso concreto, no intuito de fomentar tal sistematização.

³ MORAES, Maria Celina Bodin. Do juiz boca da lei à lei segundo a boca do juiz: notas sobre a aplicação-interpretação do direito no início do século XXI. In: CASSETTARI, Christiano et al. (Coord.). *10 Anos de vigência do código civil brasileiro de 2002: estudos em homenagem ao professor Carlos Alberto Dabus Maluf*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 69.

⁴ AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 5. ed. Rio de Janeiro - São Paulo: RENOVAR, 2003. p.49.

⁵ Cf. GÜNTHER, Klaus. *Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação*. Tradução de Claudio Molz. São Paulo: Landy, 2004. p. 397-414.

2. Fontes do dever de indenizar

O pressuposto do dever de indenizar é um fato jurídico (*lato sensu*). Esse fato juridicamente qualificado pode ser um acontecimento natural (fato *stricto sensu*), um negócio jurídico, destacando-se aí os contratos⁶, ou, ainda, atos jurídicos não negociais, tais como atos ilícitos, o abuso de direito, etc. Na linguagem de Pontes de Miranda⁷: fatos ilícitos absolutos (quando o dever infringido é de todos – ex: não matar) e fatos ilícitos relativos (quando o dever infringido diz respeito a apenas determinado sujeito – ex: ofensa a um dever negocial).

O inadimplemento contratual ou seu adimplemento imperfeito pode gerar um dever de indenizar (artigo 389 do Código Civil). A responsabilidade civil contratual advém desses fatos (*lato sensu*) juridicamente qualificados, os quais, inseridos num contexto negocial têm como fundamento a autonomia privada, pois o negócio jurídico é expressão desta⁸.

Quando o dever de indenizar não está ligado a um contrato, diz-se que a responsabilidade civil é extracontratual⁹; o seu pressuposto (ou sua fonte mediata, no dizer de Orlando Gomes) é um fato jurídico não negocial, alheio a vontade das partes; decorre diretamente da lei (artigo 186 do Código Civil) ou do princípio geral de que ninguém deve prejudicar outrem (“*alterum non laedere*”).

Como adverte Aguiar Dias, “a responsabilidade extracontratual e a contratual regulam-se racionalmente pelos mesmos princípios, porque a ideia de responsabilidade é una.”¹⁰

Mas há diferenças importantes¹¹, entre elas a seguinte: na responsabilidade contratual, o que se perquire para a responsabilização

⁶ No dizer de Orlando Gomes, “na formação das relações obrigacionais, os negócios jurídicos mais frequentes e fecundos são os contratos” (GOMES, Orlando. *Obrigações*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978. p. 30.).

⁷ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado: parte especial*. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959. t. XXVI p.19-22.

⁸ Para uma visão sobre o negócio jurídico e a autonomia privada, conferir artigo de nossa autoria in: BENACHIO, Marcelo et al. *Negócio jurídico*. São Paulo: Quartier Latin, 2013. p. 115-116.

⁹ A responsabilidade pré-contratual será tratada em outro capítulo deste livro.

¹⁰ *Da responsabilidade civil*. 12. ed. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2012. p. 129.

¹¹ Para um estudo mais aprofundado a respeito dessa distinção, cf. NEVOLA, Riccardo. *La responsabilità contrattuale, extracontrattuale e precontrattuale: elementi comuni e differenziali. Analisi sistematica dei fatti costitutivi e dei critérios di imputazione*. In: FAVA, PASQUALE et al. *La responsabilità civile*. Milano: Giuffrè, 2009. p. 366-373.

civil, ou seja, para verificação do dever de indenizar, é o estipulado no contrato, indaga-se, necessariamente, o que foi previsto pelas partes, para então, observar se houve o respectivo descumprimento. Isso não quer dizer que a obrigação de indenizar se confunda com a própria obrigação contratual.

Com efeito, lembrando-se mais uma vez lição de Aguiar Dias:

Quando ocorre a inexecução, não é a obrigação contratual que movimenta o mundo da responsabilidade. O que se estabelece é uma obrigação nova que se substitui à obrigação preexistente no todo ou em parte: a obrigação de reparar o prejuízo conseqüente à inexecução da obrigação assumida¹².

Feita essa resumida explanação inicial, vejamos o seguinte caso concreto, para uma breve reflexão sobre estas espécies de responsabilidade civil, bem como sobre a culpa e a responsabilidade civil contratual, com a ressalva de que o conceito de culpa será abordado nesta obra em artigo de autoria de Luciana Eugenio Mahuad e Cassio Mahuad.

3. Caso concreto: responsabilidade civil contratual e responsabilidade civil extracontratual

Uma concessionária de automóveis *X* contratou com a seguradora *Y*, apólice de seguro com cobertura compreensiva para veículos. Além disso, a empresa *X* estabeleceu com a empresa de segurança *Z* contrato de prestação de serviços para manter em seu estabelecimento funcionário (segurança particular) para zelar por seu patrimônio. Em determinada data, em uma de suas lojas, foi furtado o veículo marca Audi Q5, zero km, blindado. A empresa *X* tinha ciência de que as chaves do carro haviam sumido no dia anterior ao furto; explica-se: determinada pessoa apresentou-se como um possível comprador do veículo, ali ingressando, com as chaves no contato, e demonstrando grande interesse

¹² Idem, p. 130.

na aquisição para um dos vendedores. No fechamento da loja, as chaves do carro haviam desaparecido. No dia seguinte, por volta de 6 horas da manhã, pouco antes da troca de turnos dos funcionários da empresa de segurança, o veículo, que se encontrava no mostruário externo da loja, foi subtraído. A seguradora, alegando tratar-se de furto simples, hipótese excluída contratualmente, negou a indenização. Segundo apurado, o veículo foi subtraído do mostruário externo da loja no momento em que o funcionário da empresa de segurança Z estava no banheiro, preparando-se para a troca de turnos dali alguns minutos. A empresa X ajuizou ação para que a seguradora e a empresa de segurança fossem condenadas a pagar solidariamente o valor do carro, acrescido de juros de mora e atualização monetária.

Em primeiro lugar, ao sujeito que subtraiu o veículo, se conhecido, impor-se-ia o dever de indenizar a empresa X, daí resultando a sua responsabilidade civil extracontratual; inexistia liame jurídico negocial, incidindo, assim, o dever jurídico geral de não lesar outrem (artigo 186 do Código Civil) – ilícito absoluto.

Contudo, desconhecido tal sujeito, e não recuperado o automóvel, indaga-se a respeito da responsabilidade civil contratual dos demais (artigo 389 do Código Civil), haja vista a existência de uma relação negocial entre eles e de um dano sofrido pela empresa X.

Em relação à seguradora Y, a empresa X nada mais fez do que exigir o adimplemento, em tese perfeito, da obrigação contratual. Aqui não se está diante de uma responsabilização civil, mas do cumprimento da obrigação negocial propriamente dita: o pagamento da indenização contratualmente prevista. Com efeito, o contrato de seguro foi estipulado justamente para o recebimento de dinheiro em valor equivalente ao do bem, no caso de furto do veículo. Todavia, o contrato continha cláusula excluindo expressamente a indenização em hipótese de furto simples, bem como em caso de culpa grave do segurado ou “negligência do Segurado na utilização dos bens segurados, bem como na adoção de todos os meios para salvá-los durante ou após a ocorrência de qualquer sinistro”. Não sendo objeto do presente estudo a interpretação contratual, basta dizer que se poderia considerar, *in casu*, a licitude das cláusulas excludentes de indenização nessa hipótese. De fato, houve culpa (negligência) da empresa X na proteção do seu patrimônio ao deixar um veículo de alto valor destrancado no mostruário externo (calçada) durante toda a madrugada, em plena cidade de São Paulo. A exigência de cautela por parte do

segurado faz parte da necessária relação de confiança estabelecida entre as partes, corolário do princípio da boa-fé objetiva, evitando-se fraudes nos contratos de seguros.

Tangentemente à empresa de segurança Z, porém, há de se verificar as obrigações contratuais assumidas entre as partes. Em caso de inadimplemento ou adimplemento imperfeito dessas obrigações contratuais, poderá advir a responsabilização civil (responsabilidade civil contratual).

Veja-se o Venerando Acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que analisou o caso em questão, assim ementado:

ACÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS. FURTO DE AUTOMÓVEL EM CONCESSIONÁRIA. DECRETO DE IMPROCEDÊNCIA DA ACÇÃO EM RELAÇÃO À SEGURADORA. NECESSIDADE. HIPÓTESE EM QUE AS CHAVES DO VEÍCULO, POR DESCUIDO DE SEU PREPOSTO, FICARAM NA POSSE DE PESSOA SUPOSTAMENTE INTERESSADA NA SUA AQUISIÇÃO, AS QUAIS FORAM UTILIZADAS, NO DIA POSTERIOR, PARA SUBTRAÇÃO DO BEM. VERIFICAÇÃO DE QUE A CONCESSIONÁRIA, MESMO CIENTE DO “SUMIÇO” DAS CHAVES, MANTEVE O VEÍCULO EXPOSTO EM ÁREA EXTERNA DA LOJA, CARACTERIZANDO CULPA GRAVE DE SUA PARTE NA PROTEÇÃO DE SEU PATRIMÔNIO. NÃO ABUSIVIDADE DE CLÁUSULA PREVENDO COBERTURA SOMENTE EM RELAÇÃO A FURTO QUALIFICADO POR ROMPIMENTO DE OBSTÁCULO. CONDENAÇÃO DA PRESTADORA DE SERVIÇOS DE PORTARIA, ANTE A CONSTATAÇÃO DE QUE SEU PREPOSTO NÃO SE ENCONTRAVA EM SEU POSTO DE SERVIÇO NO MOMENTO DO FURTO, ENTENDENDO HAVER CULPA RECÍPROCA ENTRE ELA E A AUTORA. VERIFICAÇÃO DE QUE A R. SENTENÇA ANALISOU CORRETAMENTE TODAS AS QUESTÕES RELEVANTES TRAZIDAS À DISCUSSÃO, MEDIANTE CRITERIOSA AVALIAÇÃO DAS PROVAS PRODUZIDAS E DAS PECULIARIDADES DO CASO CONCRETO. VERIFICAÇÃO, POR OUTRO LADO, DE QUE O RECURSO DE APELAÇÃO DA CORRÉ CONSTITUIU-SE DE SINGELA CÓPIA DA PEÇA DE CONTESTAÇÃO. AUSÊNCIA DOS FUNDAMENTOS, DE FATO E DE DIREITO, PELOS QUAIS ENTENDE A APELANTE QUE DEVERESSE SER REFORMADA A R. SENTENÇA PROFERIDA. RATIFICAÇÃO

DA R. SENTENÇA, COM FUNDAMENTO NO ART. 252 DO REGIMENTO INTERNO DO TJSP.

Recursos de apelação improvidos.

(Apelação nº 0195114-19.2010.8.26.0100, 34ª Câmara de Direito Privado, Relatora Des. Cristina Zucchi)

A utilidade da distinção da responsabilidade contratual ou extracontratual está precisamente na facilidade de se imputar a responsabilidade no primeiro caso: havendo o descumprimento de cláusula contratual, presume-se¹³ a culpa pelo inadimplemento, impondo-se, por conseguinte, a reparação do dano causado. O inadimplente apenas se desincumbirá da obrigação se provar a existência de excludentes de responsabilidade (culpa exclusiva da vítima, caso fortuito ou força maior¹⁴, alguma excludente contratual) – invertendo-se, por conseguinte, o ônus da prova.

4. Culpa como ponto de partida para a responsabilidade contratual

Via de regra, a responsabilidade contratual decorre de uma conduta culposa, coincidente com o inadimplemento total ou parcial do contrato. A culpa contratual difere-se da extracontratual: aquela tem uma conotação objetiva, ligada ao inadimplemento ou ao adimplemento imperfeito. Em suma, para a responsabilidade civil contratual indaga-se: quem deu causa ao inadimplemento ou ao adimplemento imperfeito? A culpa, nesse caso, será presumida (presunção relativa).

¹³ A propósito, vide lição de Pontes de Miranda: “Não tem pertinência, na matéria, o princípio ‘a culpa não se presume’.” *Tratado de direito privado*: parte especial. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959. t. XXVI, p. 14.

¹⁴ Mesmo em algumas destas hipóteses, contudo, poderá existir o dever de indenizar, tal quando o bem perecer por caso fortuito ou força maior durante a mora do devedor. O exemplo é citado por Pontes de Miranda: “deixou B de adimplir no dia 15, e a 20 houve incêndio na casa em que guardara a prestação que deveria fazer (e.g., os móveis encomendados); o incêndio foi sem culpa de B, que não era, sequer, locatário da casa em que alojara os móveis, por obséquio, ou mediante paga. B não o fez por dolo, nem houve culpa sua na impossibilitação, mas B responde porque deu causa a que a impossibilitação - embora por força maior ou caso fortuito - ocorresse.” *Tratado de direito privado*: parte especial. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959. t. XXVI, p. 16.

Ressalve-se que, embora a responsabilidade subjetiva seja mais comum no âmbito contratual, pode haver casos de responsabilidade contratual sem culpa, por exemplo, quando houver alguma cláusula neste sentido (artigo 393 do Código Civil), nos contratos de transporte de passageiros, contratos de transporte ferroviário, entre outros, ou mesmo quando um caso fortuito ou de força maior se dá após a mora do devedor.

No caso suso mencionado, quanto à relação jurídica entre seguradora e empresa X, pode-se dizer que o descumprimento contratual desta excluiu o dever de entregar a prestação daquela. Com efeito, no contrato havia previsão expressa de que a indenização (prestação contratual) não seria paga em caso de negligência no cuidado do veículo. Nessa relação negocial, portanto, tem-se que o inadimplemento contratual foi da empresa contratante do seguro, razão pela qual não se poderia exigir o adimplemento da respectiva contraprestação (*in casu*, o pagamento da indenização pelo furto do Audi). Trata-se de aplicação da *exceptio non adimpleti contractus*. Aqui, evidentemente, frise-se, não há uma hipótese de responsabilidade civil, mas de adimplemento contratual.

Situação distinta se dá na relação negocial entre a empresa X e a empresa de segurança Z: o inadimplemento desta contribuiu para o evento danoso: a subtração do automóvel. O evento poderia ter sido evitado, se observado o dever de cautela imposto pelo negócio jurídico.

De fato, o contrato entre a empresa X e a empresa de segurança Z estipulava a obrigação desta de zelar pelo patrimônio daquela, de modo que os veículos estivessem em segurança. O fato de o funcionário da empresa Z, que trabalhava no local, permitir que um veículo de altíssimo valor permanecesse aberto durante toda a madrugada na calçada (mostruário externo da loja) configurou inadimplemento da obrigação de zelar pelo patrimônio da concessionária de automóveis. Deste inadimplemento resultou dano: o furto do veículo. Caberá ao inadimplente a obrigação de reparar o dano.

Para fixação do *quantum* indenizatório levar-se-á em consideração eventual culpa concorrente da vítima, de modo a diminuir o valor da indenização. Destaca-se aí importante papel da culpa ainda hodiernamente: servir de parâmetro para fixação do *quantum debeatur*.

A culpa da vítima foi levada em consideração no julgamento da Apelação perante a 34ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, justamente para fixar o valor da indenização:

Quanto à indenização pelo valor integral do bem, não se verifica qualquer desacerto na r. sentença, ao considerar que houve (fls. 431) “... culpa *reciproca* na produção do evento danoso ...”, devendo também a autora arcar com sua parcela de culpa ao não tomar as devidas cautelas mesmo sabendo do “sumiço” das chaves de um veículo de considerável valor econômico.

A partir do caso concreto analisado, em vista de uma tentativa de sistematização da matéria, poderíamos destacar alguns aspectos gerais: (i) estabelecida uma relação contratual, há maior facilidade na responsabilização por um dano causado em razão do descumprimento de uma obrigação contratual; (ii) importante, bem por isso, identificar quais são as obrigações contratuais a que estão sujeitas as partes; (iii) o descumprimento de um dever contratual enseja a presunção da culpa do inadimplente, dando-lhe uma conotação objetiva; (iv) na responsabilidade contratual, há sempre um dano certo, real ou presumido (nesse caso, cite-se a cláusula penal, as arras, a multa e os juros moratórios – vide artigos 402 a 416 do Código Civil).

5. Padrões de conduta e culpa contratual: paralelo com a boa-fé objetiva

Menezes Cordeiro, a propósito do princípio da boa-fé objetiva fez a seguinte constatação:

Ora, visto que a diligência remete para um padrão jurídico simples e claro, torna-se produtivo conservá-la com esse conteúdo, distinta da boa-fé, que apela para outros dados do sistema. Fica claro, contudo, que diligência e boa-fé são noções destinadas, muitas vezes, a agir lado a lado.¹⁵

¹⁵ MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2007. p. 1230.

A boa-fé objetiva significa um *standard*, um padrão de comportamento ou conduta reta, leal, veraz, de colaboração, fundada na consideração para com os interesses do outro, visto como um membro do conjunto social juridicamente tutelado (solidarismo). Num primeiro plano, negativo e elementar, comum a qualquer contrato, podemos definir a boa-fé objetiva como um não agir com má-fé; num segundo plano, positivo, de cooperação, poderíamos defini-la como um agir de acordo com diversos deveres decorrentes do princípio do solidarismo (lealdade, cooperação, solidariedade etc).

Em verdade, essa conduta é a exigida, na relação contratual, do contratante “diligente”. A culpa contratual, como visto, tem essa conotação objetiva, ligada ao descumprimento de deveres contratuais ou seu adimplemento imperfeito.

Por isso, em geral, na responsabilidade contratual, será muito útil indagar a respeito dos deveres anexos ao contrato, também chamados deveres jurídicos laterais, instrumentais ou acessórios¹⁶, os quais podem estar previstos expressamente no contrato ou simplesmente decorrer da aplicação do princípio da boa-fé objetiva (artigo 113 do Código Civil)¹⁷. Em outras palavras, são deveres de cooperação e proteção dos recíprocos interesses presentes em quaisquer negócios jurídicos¹⁸, em maior ou menor grau.

Diz-se anexo, acessório ou instrumental porque se posiciona ao lado da prestação principal ou do objeto do contrato (v.g., a pessoa que ingressa no mercado para comprar uma caixa de ovos deverá entregar o dinheiro e o fornecedor os ovos; o dever de deixar o chão limpo para que o consumidor não escorregue na saída do mercado e perca seus ovos no chão é um dever anexo, acessório ou instrumental). Nem por isso, os deveres acessórios deixam de ser importantes ou necessários (de fato, se o consumidor, saindo do mercado, escorregar numa poça de leite e vier a perder a caixa de ovos, que se espatifou no chão, terá o direito de exigir outra caixa de ovos, porque o fornecedor inadimpliu

¹⁶ A propósito, cf. GODOY, Cláudio Luiz Bueno de, *Função social do contrato*, São Paulo: Saraiva, 2004, p. 78-79; bem como MARTINS-COSTA, Judith, *A boa-fé no direito privado*, 1999, p. 438 e MENEZES CORDEIRO, *Da boa-fé no direito civil*, 1997, p. 592.

¹⁷ No caso das relações de consumo, o Código de Defesa do Consumidor prevê expressamente tais deveres anexos em vários artigos, como, por exemplo, 30 e 31.

¹⁸ O Código Civil Holandês prevê no artigo 248 que as partes devem respeitar não só aquilo que convenionaram como também tudo que resulta da natureza do contrato, da lei, dos usos e das “exigências da razão e da equidade” (modo pelo qual tal Código se refere à boa-fé objetiva).

um dever anexo, sem prejuízo de eventual indenização por danos imateriais).

Vejam os alguns desses deveres, os quais, como bem adverte Menezes Cordeiro, atingem não apenas o devedor na relação contratual, mas também o credor, em razão da “complexidade intra-obrigacional”¹⁹:

a) *deveres de proteção, de cuidado, providência e segurança*, como o dever do depositário de não apenas guardar a coisa, mas de bem acondicioná-la;

b) *deveres de aviso e esclarecimento*, como o do advogado de aconselhar seu cliente sobre a viabilidade de determinada demanda jurídica, ou do cirurgião plástico de alertar para os riscos e benefícios de determinado tratamento ou cirurgia (neste caso poderíamos falar mesmo em dever de advertência, numa intensidade maior do dever de aviso e esclarecimento);

c) *deveres de informação*²⁰ sobre todas as cláusulas e implicações do contrato, por exemplo, nas relações de consumo;

d) *deveres de prestar contas*, por exemplo, no contrato celebrado entre um engenheiro e uma pessoa para a construção de sua casa própria.

e) *deveres de lealdade, de cooperação e colaboração* para concretização da prestação, evitando-se, por exemplo, dificultar o pagamento de determinada quantia em dinheiro pelo devedor, ou ainda tornar possível a fruição da prestação pela contraparte (cite-se, como exemplo, o dever de colaboração do vendedor de um carpete para que este seja corretamente instalado em determinada residência);

f) *deveres de proteção e cuidado* com a pessoa e o patrimônio da contraparte, como o dever do dono da loja de zelar pela limpeza do piso de seu estabelecimento de modo a evitar que seus clientes venham a ali se acidentarem;

g) *deveres de sigilo*, como o dever de manter segredo sobre determinadas circunstâncias de que se tomou conhecimento por ocasião de tratativas negociais. Estes últimos são os chamados deveres negativos. Os demais podem ser chamados deveres positivos.

¹⁹ *Da boa-fé no direito civil*. 1997. p. 586 e 593.

²⁰ A propósito do dever de informação no Mercado Financeiro e a responsabilidade civil, vide GALLETI, Massimo. Mercati finanziari. Oblighi di informazione e responsabilità civile. In: TOMMASINI, Raffaele et al. *La responsabilità civile nel terzo millennio*. Torino: G. Giappichelli, 2011. p. 3-86.

O descumprimento desses deveres poderá configurar inadimplemento contratual ou adimplemento imperfeito, resultando na responsabilidade contratual. Cite-se um exemplo extraído de interessantíssimo julgado do Colendo Superior Tribunal de Justiça²¹ a respeito de indenização concedida à parente de paciente que faleceu em decorrência de um câncer de mama. A ação foi julgada procedente, confirmada a decisão em sede de Recurso Especial pela aplicação da teoria da perda de uma chance. Veja-se a ementa:

DIREITO CIVIL. CÂNCER. TRATAMENTO INADEQUADO. REDUÇÃO DAS POSSIBILIDADES DE CURA. ÓBITO. IMPUTAÇÃO DE CULPA AO MÉDICO. POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA TEORIA DA RESPONSABILIDADE CIVIL PELA PERDA DE UMA CHANCE. REDUÇÃO PROPORCIONAL DA INDENIZAÇÃO. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE PROVIDO.

1. O STJ vem enfrentando diversas hipóteses de responsabilidade civil pela perda de uma chance em sua versão tradicional, na qual o agente frustra à vítima uma oportunidade de ganho. Nessas situações, há certeza quanto ao causador do dano e incerteza quanto à respectiva extensão, o que torna aplicável o critério de ponderação característico da referida teoria para a fixação do montante da indenização a ser fixada. Precedentes.

2. Nas hipóteses em que se discute erro médico, a incerteza não está no dano experimentado, notadamente nas situações em que a vítima vem a óbito. A incerteza está na participação do médico nesse resultado, à medida que, em princípio, o dano é causado por força da doença, e não pela falha de tratamento.

3. Conquanto seja viva a controvérsia, sobretudo no direito francês, acerca da aplicabilidade da teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance nas situações de erro médico, é forçoso reconhecer sua aplicabilidade. Basta, nesse sentido,

²¹ A propósito, cf. interessante artigo discutindo esse julgado: CASTRO, Alexandre Martins; MAIA, Maurílio Casas. A responsabilidade civil pela perda de uma chance de cura ou sobrevivência na atividade médica: entre a doutrina e a visão do Superior Tribunal de Justiça (STJ). *Revista do Direito do Consumidor*, v. 95, set.-out. 2014.

notar que a chance, em si, pode ser considerada um bem autônomo, cuja violação pode dar lugar à indenização de seu equivalente econômico, a exemplo do que se defende no direito americano. Prescinde-se, assim, da difícil sustentação da teoria da causalidade proporcional.

4. Admitida a indenização pela chance perdida, o valor do bem deve ser calculado em uma proporção sobre o prejuízo final experimentado pela vítima. A chance, contudo, jamais pode alcançar o valor do bem perdido. É necessária uma redução proporcional.

5. Recurso especial conhecido e provido em parte, para o fim de reduzir a indenização fixada.

(Recurso Especial nº 1.254.141 - PR, Relatora Ministra Nancy Andrighi)

Nesse mesmo caso, poder-se-ia justificar o dever de indenizar no inadimplemento contratual culposo por infringência a um padrão de conduta esperada de um médico oncologista: o de informar, avisar, esclarecer e advertir/recomendar todas as hipóteses de tratamento possíveis ao caso, de modo que o paciente pudesse optar (por meio do chamado termo de consentimento informado). De fato, nesse caso analisado pelo STJ, segundo consta, o médico teria cometido uma série de erros, entre eles: não haver recomendado a mastectomia radical, mas apenas a mastectomia parcial (quadrantectomia) e também não haver recomendado quimioterapia, de modo que o câncer de mama reapareceu e levou a paciente a óbito. O médico não foi responsabilizado pelo óbito em si, mas, corretamente, pela perda de uma chance de cura. Essa perda de uma chance decorreu de culpa contratual, por infringência a um dever imposto na relação contratual, o dever de informação, aviso, esclarecimento e advertência.

O mesmo raciocínio, de forma inversa, pode ser utilizado também para justificar a ausência de responsabilidade contratual pela inexistência do dever anexo ao contrato. Veja-se a seguinte hipótese:

CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. RECURSOS ESPECIAIS. RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO INDENIZATÓRIA POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. AÇÃO CRIMINOSA PERPETRADA POR TERCEIRO NA PORTA DE ACESSO

AO SHOPPING CENTER. CASO FORTUITO. IMPREVISIBILIDADE E INEVITABILIDADE. EXCLUDENTE DO DEVER DE INDENIZAR. RUPTURA DO NEXO CAUSAL ENTRE A CONDUTA DO SHOPPING E O ÓBITO DA VÍTIMA DOS DISPAROS. PRECEDENTES. RECURSOS PROVIDOS.

1. É do terceiro a culpa de quem realiza disparo de arma de fogo para dentro de um shopping e provoca a morte de um frequentador seu.
2. Ausência denexo causal entre o dano e a conduta do shopping por configurar hipótese de caso fortuito externo, imprevisível, inevitável e autônomo, o que não gera o dever de indenizar (art. 14, § 3.º, II, do CDC). Precedentes.
3. Relação de consumo afastada.
4. Recursos especiais providos.

(Recurso Especial nº 1.440.756 - RJ, Relator Ministro Moura Ribeiro)

Em seu voto, o Relator Ministro Moura Ribeiro assentou que:

Não se revela razoável exigir das equipes de segurança de um cinema ou de uma administradora de shopping centers que previssem, evitassem ou estivessem antecipadamente preparadas para conter os danos resultantes de uma investida homicida promovida por terceiro usuário, mesmo porque **tais medidas não estão compreendidas entre os deveres e cuidados ordinariamente exigidos de estabelecimentos comerciais de tais espécies (grifamos).**

Reconhecida a inexistência do dever contratual na hipótese, não haveria como responsabilizar o fornecedor (ausência de inadimplemento e, pois, ausência de culpa contratual).

6. Conclusão

O pensamento jurídico é um pensamento prático, voltado à solução de casos concretos. O estudo de casos ligados à teoria da responsabilidade civil é importantíssimo na tentativa de se criar uma sistematização capaz de garantir um mínimo de segurança jurídica. É preciso tratar casos iguais de modo igual.

Partindo-se desse paradigma, da solução do caso concreto, analisamos de forma breve a responsabilidade civil contratual e a responsabilidade civil extracontratual, destacando-se a utilidade da distinção, embora a ideia de responsabilidade seja uma.

Na responsabilidade contratual, vislumbramos alguns aspectos gerais: (i) estabelecida uma relação contratual, há certa facilidade na responsabilização por um dano causado em razão do descumprimento de uma obrigação contratual; (ii) importante, bem por isso, identificar quais são as obrigações contratuais a que estão sujeitas as partes; (iii) o descumprimento de um dever contratual enseja a presunção da culpa do inadimplente, dando-lhe uma conotação objetiva; (iv) na responsabilidade contratual, há sempre um dano certo, real ou presumido.

O princípio da boa-fé objetiva tem destacada relevância no mundo moderno. A obrigatoriedade de um padrão de conduta proba, reta, leal, veraz, de colaboração faz surgir para os contratantes deveres laterais ou anexos.

O reconhecimento desses deveres na relação contratual ajudar a definir os contornos da responsabilidade civil contratual, já que o descumprimento desses deveres enseja a presunção da culpa do inadimplente, impondo-se o ressarcimento dos danos causados.

Bibliografia

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. O direito pós-moderno e a codificação. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 33, p. 123-129, jan./mar. 2000.

BENACCHIO, Marcelo. *Responsabilidade civil contratual*. São Paulo: Saraiva, 2011.

BACARIM, Maria Cristina de Almeida; MAFFEIS, Marta Rodrigues. Teoria geral do negócio jurídico. In: BENACCHIO, Marcelo et al. *Negócio jurídico*. São Paulo: Quartier Latin, 2013. p. 112-133.

CASTRO, Alexandre Martins; MAIA, Maurilio Casas. A responsabilidade civil pela perda de uma chance de cura ou sobrevivência na atividade médica: entre a doutrina e a visão do Superior Tribunal de Justiça (STJ). *Revista do Direito do Consumidor*, v. 95, set.-out. 2014.

DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 12. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

FAVA, Pasquale et al. *La responsabilità civile*. Milano: A. Giuffrè Editore, 2009.

GALLETTI, Massimo. *Mercati finanziari*. Obblighi di informazione e responsabilità civile. In: TOMMASINI, Raffaele et al. *La responsabilità civile nel terzo millennio*. Torino: G. Giappichelli, 2011. p. 3-86.

GODOY, Claudio Luiz Bueno de Godoy. *Responsabilidade civil pelo risco da atividade*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. *Função social do contrato*. São Paulo: Saraiva, 2004.

GOMES, Orlando. *Obrigações*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

GUERRA, Alexandre. *Responsabilidade Civil por abuso do direito*. São Paulo: Saraiva, 2011.

GÜNTHER, Klaus. *Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação*. Tradução de Claudio Molz. São Paulo: Landy, 2004, p. 397-414.

LIMA, Alvino. *Culpa e risco*. 2. ed. São Paulo: RT, 1998.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa fé no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MELO, Diogo L. Machado de. *Culpa extracontratual*. São Paulo: Saraiva, 2013.

MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2007.

MIRANDA, Pontes. *Tratado de direito privado*. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959. t. 26.

_____. *Tratado de direito privado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972. t. 53.

MORAES, Maria Celina Bodin. Do juiz boca da lei à lei segundo a boca do juiz: notas sobre a aplicação-interpretação do direito no início do século XXI. In: CASSETTARI, Christiano et al. (Coord.). *10 Anos de vigência do código civil brasileiro de 2002: estudos em homenagem ao professor Carlos Alberto Dabus Maluf*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 50-71.

NEVOLA, Riccardo. La responsabilità contrattuale, extracontrattuale e precontrattuale: elementi comuni e differenziali. Analisi sistematica dei fatti costitutivi e dei critérios di imputazione. In: FAVA, Pasquale et al. *La responsabilità civile*. Milano: Giuffrè, 2009., p. 349-543.

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

SOMBRA, Tiago Luís Santos. *Adimplemento contratual e cooperação do credor*. São Paulo: Saraiva, 2011.