

# Responsabilidade civil por fato do produto ou serviço: reflexões referentes à aplicabilidade da classificação das obrigações de meios, resultado e garantia

Paulo Henrique Ribeiro Garcia<sup>1</sup>  
Juiz de Direito no Estado de São Paulo

**Sumário:** 1. Introdução; 2. Obrigação de meios; 3. Obrigação de resultado; 4. Obrigação de garantia; 5. Observações finais.

## 1. Introdução

A teoria da qualidade, conforme proposta de Herman Benjamin, tem seu alicerce em dois aspectos distintos: o *dever de adequação*, cujo objeto é a proteção do patrimônio do consumidor (com o tratamento dos vícios de qualidade por inadequação); e o *dever de segurança*, que contempla a proteção da saúde do consumidor (com o tratamento dos vícios de qualidade por insegurança)<sup>2</sup>.

Tais deveres ostentam regimes diversos. Estão perfeitamente separados. A responsabilidade civil relativa ao dever de adequação observa o regramento previsto nos arts. 18 a 25, da Lei nº 8.078/1990 (responsabilidade por vício do produto ou serviço), enquanto o descumprimento do dever de segurança tem seus efeitos estabelecidos, de um modo geral, nos artigos 12 a 17 da Lei nº 8.078/1990 (responsabilidade pelo fato do produto ou serviço).

Somente o segundo aspecto (dever de segurança) será objeto do presente estudo.

Em se tratando de dever de segurança, o critério de imputação da responsabilidade civil é orientado pela noção de produto ou serviço defeituoso. O defeito representa o descumprimento do dever de segurança<sup>3</sup>, ou seja, a ausência do resultado de conservar

<sup>1</sup> Mestre em Direito Civil/USP, Especialista em Direito de Consumidor/EPM, Professor Assistente do Curso de Direito do Consumidor da Escola Paulista da Magistratura, Professor Convidado na Pós-Graduação do Curso de Especialização em Direito Imobiliário da PUC/COGEAE, Professor Convidado na Pós-Graduação em Direito do Consumidor da FAAP.

<sup>2</sup> BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. *Manual de Direito do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 156-157.

<sup>3</sup> Não se tratando de hipótese de reparação civil por ato lícito, o fundamento da indenização pressupõe a transgressão de uma regra de comportamento, que, necessariamente, não segue um perfil de voluntariedade, mas representa sempre o descumprimento de um dever jurídico (de não causar dano a outrem). Acolhe-se uma noção de ilicitude que considera a conduta objetivamente como negação dos valores tutelados pela ordem jurídica, distinta, desse modo, do conceito de culpabilidade, uma concepção, portanto, aplicável tanto para a responsabilidade subjetiva quanto para a responsabilidade objetiva. Assim, seguindo a lição de Massimo Bianca, a responsabilidade objetiva insere-se na noção e na disciplina do ilícito, sob o mesmo fundamento da responsabilidade subjetiva: a violação do dever de não lesar outrem. (BIANCA, Cesare Massimo. *Diritto civile: la responsabilità*, v. 5. 2. ed. Milano: Giuffrè, 2012. p. 689). Em regra, as definições dadas ao ato ilícito seguem a linha de íntima ligação entre o seu conceito e o de culpa, critério, entretanto, que cria enorme dificuldade em sede de responsabilidade objetiva. A respeito, ver Fernando Noronha (*Direito das obrigações*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 385 e ss.) e Claudio Luiz Bueno de Godoy (*Responsabilidade civil pelo risco da atividade*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 32 e ss.). Para solucionar o problema da sistematização, partiu-se para a objetivação do conceito de ilicitude, compreendendo-se o ato ilícito como sinônimo de ato antijurídico. Haveria, assim, a ilicitude objetiva e a subjetiva. Nessa visão, ilicitude objetiva representa apenas a ação que não seja conforme o direito (a circunstância de ser proibida), enquanto a ilicitude subjetiva corresponde às ações de violação de direitos de outrem que sejam subjetivamente reprováveis (culpáveis), compreendendo, portanto, a antijuridicidade (toda ação ofensiva ao direito alheio, proibida pela ordem jurídica) e a culpabilidade (censurabilidade de alguém, imputável a título de culpa ou dolo), seguindo aquela definição tradicional do termo jurídico. (NORONHA, Fernando. Op. cit., p. 382-384). Outra alternativa para sistematizar a matéria a partir do ato ilícito foi observada na Itália, em que parte da doutrina considerou como sinônimos os conceitos de ato antijurídico (ilícito objetivo) e de dano injusto. Conforme esclarece Giuseppe Tucci, um dos primeiros problemas do dano injusto diz respeito à sua identificação como a antijuridicidade do ato que o causa e então a configuração do ilícito civil como pressuposto indispensável da tutela aquiliana

indene a pessoa e os bens do consumidor, a partir da concretização de um risco contra o qual o consumidor tinha uma legítima expectativa de estar seguro, protegido<sup>4</sup>. O defeito de segurança, na lição de Cláudio Luiz Bueno de Godoy, pressupõe uma periculosidade adquirida acima do normal, do previsível, quebrando a expectativa do destinatário<sup>5</sup>.

Onde, porém, preexistia uma relação contratual de fornecimento de produto ou serviço, será tal vínculo o critério que organiza os interesses da parte, razão pela qual, nesse contexto, a responsabilidade civil necessita ser considerada a partir da inobservância da relação contratual e servir de meio sucedâneo para lhe restabelecer a força efetiva<sup>6</sup>.

Em tese, portanto, pode se admitir a ideia de um ilícito contratual que é resultado do não cumprimento, *lato sensu*, dos deveres próprios das obrigações, no que se incluem a prestação principal, as prestações secundárias e os deveres acessórios de conduta, ainda que impostos por lei, no seio da complexa relação obrigacional<sup>7,8</sup>.

Em sendo o defeito (descumprimento do dever de segurança) o fundamento dessa responsabilidade civil contratual<sup>9</sup>, importante estabelecer em que medida o devedor se acha vinculado, o que, diante da expressa admissão legal dos critérios de imputação subjetiva e objetiva para hipóteses de responsabilidade por fato do produto ou serviço, possível aplicar a classificação doutrinária das obrigações segundo o conteúdo, de modo a estabelecer três regimes jurídicos distintos para efeito de responsabilidade civil<sup>10</sup>: obrigação de meios, obrigação de resultado e obrigação de garantia<sup>11</sup>.

(TUCCI, Giuseppe. *Il danno ingiusto*. Napoli: Casa Editrice Jovene, 1970. p. 2-3). Entretanto, adverte Cláudio Luiz Bueno de Godoy que, no atual modelo de responsabilidade civil, ato ilícito e dano ilícito deixam de ser expressões sinônimas, ou seja, “a injustiça do dano deixa de ser enfocada do ponto de vista apenas da ilicitude da conduta que o determinou, de tal arte que mesmo conduta lícita passa a ser apta à causação de um dano que, ainda assim, possa dizer-se injusto.” (GODOY, Cláudio Luiz Bueno. Op. cit., p. 34). Ilícito é, pois, a transgressão de um dever jurídico. CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*, 11. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2014. p. 334).

<sup>4</sup> Importante esclarecer que eventual inadimplemento da prestação principal contratada, seja de entrega de produto seja de fornecimento de serviço, deve observar o regramento relativo ao descumprimento do dever de adequação ou ao inadimplemento absoluto da obrigação. Por conta disso, a não obtenção do resultado em cirurgia plástica estética, em tese, não deveria ensejar discussão sob a égide da responsabilidade por fato do produto ou serviço, mas sim nos termos da responsabilidade por vício do serviço, fundada em responsabilidade objetiva.

<sup>5</sup> GODOY, Cláudio Luiz Bueno. *Responsabilidade Civil pelo risco da atividade*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 109.

<sup>6</sup> SCOGNAMIGLIO, Renato. *Responsabilità civile e danno*. Torino: G. Giappichelli, 2010. p. 97.

<sup>7</sup> VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. 10. ed. rev. e atual. 13. reimpr. Coimbra: Almedina, 2016. v. 1, p. 521-522.

<sup>8</sup> No âmbito das relações de consumo, não se pode ignorar o tratamento unitário que se submete a responsabilidade do fornecedor, ante a equiparação de todas as vítimas do acidente de consumo à figura do consumidor (art. 17, do Código de Defesa do Consumidor), sendo fundamento da responsabilidade o descumprimento da obrigação de segurança – o defeito do produto ou serviço lançado no mercado e que, numa relação de consumo, contratual ou não, dá causa a um acidente de consumo. (CAVALIERI FILHO, Sérgio. Op. cit., p. 335).

<sup>9</sup> Acolhemos a ideia de Carlo Castronovo, que indica a noção ampla de inadimplemento, incluindo prestação principal, prestações secundárias, deveres acessórios e anexos, como fundamento unitário da responsabilidade civil contratual. (CASTRONOVO, Carlo. *La nuova responsabilità civile*. 3. ed. Milano: Giuffrè, 2006. p. 450-451).

<sup>10</sup> Parte da doutrina propõe uma unívoca qualificação obrigacional do dever de segurança contratual, o que teria o efeito de simplificar o tratamento da matéria. Essa posição é explicitada por Antonio Cabanillas Sánchez quando argumenta que tal dever de proteção somente tem sentido se configurado como obrigação de resultado, tal como foi contemplado em sua origem, pois, enquanto obrigação de meios, não é eficaz para proteger o credor, na medida em que lhe impõe o ônus de provar a negligência ou a imprudência da outra parte, ensejando uma situação pior que se aplicado o regime da responsabilidade extracontratual. (CABANILLAS SANCHEZ, Antonio. *Los deberes de protección del deudor en el derecho civil, en el mercantil y en el laboral*. Madrid: Civitas, 2000. p. 268). Em França, a crítica da doutrina baseia-se na reduzida eficácia na segurança do contratante caso adotado um regime de obrigação de meios. Nesse sentido, Viney (VINEY, Geneviève. Rapport de synthèse, en La naissance de l’obligation de sécurité. *Gazette du Palais*, n. 264/266, 21 au 23 sept. 1997) e Patrice Jourdain (JOURDAIN, Patrice. Le fondement de l’obligation de sécurité. *Gazette du Palais*, n. 264/266, 21 au 23 sept. 1997). Apesar das críticas, a jurisprudência francesa não cessa a tarefa de identificar, caso a caso, qual a categoria obrigacional do dever de segurança, a fim de estabelecer o pressuposto de aplicação do correlato dever de indenizar. Entendimento tal que, em princípio, deve ser adotado também no contexto do ordenamento jurídico pátrio. A questão não pode ser resumida ao critério da opção mais benéfica ao lesado, com sobreposição à adequada qualificação do fenômeno protetivo. A posição unívoca não atende aquela diversidade de conteúdo obrigacional antes apresentada, nem há fundamento jurídico para qualificar toda obrigação de fazer como *de resultado* ou observar em toda obrigação de entrega de coisa a responsabilidade objetiva.

<sup>11</sup> Esclarece Fábio Konder Comparato que a terminologia ainda é flutuante. “Obrigações de meios” e “obrigações de resultado” foram as denominações empregadas por Demogio. André Tunc prefere as expressões “obrigações determinadas” e “obrigações

Nesse sentido, a lição de Luigi Mengoni na qual enfatiza o caráter decisivo do tipo de obrigação assumida no contrato, afinal, na obrigação de resultado, é devida a uma realização final, a qual, quando obtida, resolve, com plena satisfação, a finalidade econômica do credor, que representa o interesse que determinou o surgimento do vínculo; e, na obrigação de meios, o objeto é um comportamento qualificado por um certo grau de conveniência ou utilidade ordenado para alcançar um propósito, cuja realização não está, por si, incluída na órbita da relação obrigatória<sup>12</sup>.

Ainda que nascida a distinção a partir da funcionalização das obrigações de fazer, a doutrina considera tal classificação aplicável a todos os tipos obrigacionais, cujos parâmetros autorizariam, inclusive, a qualificação *a priori* dos regimes, segundo a diversidade dos tipos, sem negar a possibilidade de exceções. Seguindo tal posicionamento doutrinário, como regra geral, as obrigações de fazer comportariam qualificação tanto no regime das obrigações de meios, quanto no regime das obrigações de resultado, enquanto os demais tipos obrigacionais (não fazer e dar) apenas a qualificação no regime das obrigações de resultado<sup>13</sup>. Em que pese o respeito que se dedica aos referidos doutrinadores, a fragmentação dos regimes do dever de segurança no ordenamento pátrio dificulta a aplicação da aludida regra geral.

A questão que se propõe, portanto, é realizar algumas observações quanto à aplicabilidade das categorias obrigacionais mencionadas para apuração da responsabilidade civil decorrente do descumprimento do dever de segurança no âmbito da relação contratual de fornecimento de produto e de serviço.

## 2. Obrigação de meios

Uma noção inicial, extraída da obra de Emilio Betti, informa que a obrigação de meios consiste simplesmente no desenvolvimento de uma atividade no interesse do credor; se a atividade produzirá em concreto o efeito útil, é coisa que não diz respeito ao devedor, somente ao credor, cujo exemplo é a causa confiada ao patrocínio de um advogado, do qual se exige empenho na atividade profissional, mas não se imputa a ausência de vitória<sup>14</sup>.

No regime jurídico contratual de obrigação de meios, a medida em que o devedor está vinculado não consiste em uma prestação de resultado certo e determinado a ser produzido pelo devedor, mas simplesmente uma atividade diligente em benefício do credor. O resultado final sequer pode entrar no vínculo, pelo fato de depender normalmente de fatores estranhos à vontade do devedor, motivo pelo qual a prestação compreenderá tão-só um comportamento diligente e honesto do devedor em vista da obtenção do resultado<sup>15</sup>. O critério de imputação, portanto, diz respeito àquela conduta do devedor que não espelha a diligência que reflete o adimplemento das obrigações contratuais<sup>16</sup>.

gerais de prudência e diligência". As obrigações de meios para Mengoni são "obrigações de simples comportamento" e para Betti "obrigações de conduta". (COMPARATO, Fábio Konder. *Obrigações de meios, de resultado e de garantia*. In: WALD, Arnoldo (org.). *Direito empresarial: contratos mercantis e outros temas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. 4, p. 65).

<sup>12</sup> MENGONI, Luigi. *Scritti: obbligazioni e negozio*, v. 2, A cura di Carlo Castronovo, Antonio Albanese e Andrea Nicolussi. Milano: Giuffrè, 2011. p. 148.

<sup>13</sup> Nesse sentido, Menezes Cordeiro (*Tratado de direito civil português: direito das obrigações: introdução, sistemas e direito europeu das obrigações, dogmática geral*. 2009. v. 2, t. 1, p. 446) e Díez-Picazo (*Fundamentos del derecho civil patrimonial: las relaciones obligatorias*. 6. ed. Navarra: Thomson Civitas, 2008. v. 2, p. 271-282).

<sup>14</sup> BETTI, Emilio. *Teoria generale delle obbligazioni: prolegomeni: funzione economico-sociale dei rapporti d'obbligazione*. Milano: Giuffrè, 1953. v. 1, p. 40-42.

<sup>15</sup> COMPARATO, Fábio Konder. Op. cit., v. 4, p. 74.

<sup>16</sup> Porquanto uma modalidade de comportamento do sujeito, algum conteúdo obrigacional deve ser extraído da essência do dever de segurança, que sirva como pressuposto e referência de análise para a aplicação da responsabilidade civil. (CICCARELLO, Sebastiano. *Dovere di protezione e valore della persona*. Milano: Giuffrè, 1988. p. 78).

A diligência pode ser revelada por diferentes modelos de conduta, conforme apresenta Díez-Picazo: 1º) um modelo abstrato não profissional de conduta, reconhecido em vários ordenamentos pela regra geral do bom pai de família; 2º) o modelo profissional ou artifice<sup>17</sup>; 3º) o modelo derivado do modo habitual de comportamento de uma pessoa a respeito de seus próprios interesses, conhecido como diligência *quam in suis*<sup>18</sup>; 4º) o modelo de conduta resultante da concreta obrigação que se trata regular, quanto à natureza, circunstâncias das pessoas, tempo e lugar. Trata-se de um primeiro plano de análise, que enseja a identificação da diligência pautada por um dos modelos de conduta aplicável ao caso concreto, cuja escolha decorre de uma interpretação sistemática do ordenamento jurídico<sup>19</sup>.

Nesse contexto, o inadimplemento, que representa o critério de imputação da responsabilidade civil contratual, estará caracterizado pela total ausência do comportamento exigido, ou um comportamento pouco diligente, em que se dedica papel de relevo à imprudência, negligência ou falta de perícia ou habilidade técnica do devedor, com relação ao resultado que constitui a causa do negócio<sup>20</sup>. Isso significa que a “atividade tem de ser desempenhada da melhor maneira possível, com a diligência necessária para o melhor resultado, embora este não seja a meta optada nem o objeto da avença”<sup>21</sup>. A falta do resultado não entra no âmbito do critério de imputação, pois representa o dano, um outro e distinto pressuposto do dever de indenizar.

Nesse sentido, a compreensão de conduta culposa, que se revela pela imprudência, imperícia e negligência, é idêntica àquela da teoria do tipo penal. Isto porque, quando se afirma que a culpa é elemento do tipo penal, faz-se referência à inobservância do dever de diligência, um cuidado objetivo, consistente na obrigação de realizar condutas de forma a não produzir danos a terceiros. Um cuidado necessário objetivo, não subjetivo<sup>22</sup>.

Há, então, a necessidade de comparação de duas condutas a fim de se averiguar o descumprimento do dever de diligência: a conduta concreta do sujeito e a conduta modelo, que seria aquela dotada de discernimento e prudência. Por conta disso, possível se falar em cuidado objetivo, na medida em que se considera a previsibilidade objetiva, ou seja, a previsibilidade do resultado pelo homem comum, nas circunstâncias em que o sujeito realizou a conduta<sup>23</sup>.

Concentrada a análise na diligência exteriorizada, o que se observa é a conduta culposa (imprudência, imperícia e negligência) incorporada à própria inadimplência. A conduta de inadimplência contratual já traz ínsita a ideia de culpa em sua própria narrativa, ou, como normalmente se afirma, tem-se, no contrato, uma *culpa presumida*. A diligência em senso técnico é essencialmente uma medida de culpa, a qual acaba por se identificar com a noção objetiva de inadimplemento<sup>24</sup>.

Nesse sentido, merece deferência o posicionamento de Castronovo, quando pugna pela suficiência do *inadimplemento*, enquanto critério único e unitário, para fundamentar

<sup>17</sup> São exemplos as hipóteses encontradas nos artigos 667, 696, 712, 723, 866, todos do Código Civil.

<sup>18</sup> Exemplo, no direito brasileiro, encontra-se no art. 629 do Código Civil, em relação à diligência do depositário.

<sup>19</sup> Díez-PICAZO, Luis. Op. cit., v. 2, p. 118-119.

<sup>20</sup> COMPARATO, Fábio Konder. Op. cit., v. 4, p. 77.

<sup>21</sup> STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência*. 8. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 547.

<sup>22</sup> JESUS, Damásio E. de. *Direito penal: parte geral*. 22. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1993. v. 1, p. 291-293.

<sup>23</sup> *Ibid.*, p. 291-293.

<sup>24</sup> MENGONI, Luigi. Op. cit., v. 2, p. 158-159.

a responsabilidade civil contratual, compreendendo eventual elemento subjetivo apenas em sede de excludente do dever de indenizar<sup>25</sup>.

Esse raciocínio fica evidente na lição de Luigi Mengoni, a partir da seguinte colocação: quando o resultado que atrai o interesse primário do credor não é deduzido da obrigação, estando o devedor vinculado apenas a uma atividade idônea a produzir referido escopo, o critério objetivo do resultado final não é suficiente, porque a falta de tal resultado não exclui, por si só, o adimplemento, nesse caso, para decidir se a obrigação está adimplida, é necessário verificar a conduta do devedor, se observou ele o comportamento devido, de exata diligência<sup>26</sup>.

Em relação à responsabilidade contratual, portanto, havendo a lesão da pessoa ou dos bens do contratante, o pressuposto de imputação do dever de indenizar é a figura do inadimplemento do contrato, em que se tem a culpa incorporada.

Nesse ponto, a análise do regime da obrigação de meios deve retornar ao âmbito da discussão destacada por Demogue, que tratou da classificação das figuras obrigacionais incidentalmente à repartição do ônus da prova<sup>27</sup>.

E, no regime da obrigação de meios, a orientação da doutrina é no sentido de atribuir ao credor o ônus da prova dos três pressupostos do dever de indenizar que o sistema de responsabilidade civil contratual comporta: o inadimplemento; o dano patrimonial ou extrapatrimonial; e o nexo causal entre o inadimplemento e o dano.

A obrigação de meios, ensina Rui Stoco, é o tipo obrigacional que aparece em todos os contratos de prestação de serviços de médicos, advogados, publicitários, etc., nos quais a própria atividade do devedor é o objeto do contrato<sup>28</sup>.

A hipótese de obrigatória análise diz respeito àquela previsão do artigo 14, §4º, do Código de Defesa do Consumidor, que estabelece a apuração da responsabilidade pessoal dos profissionais liberais mediante a verificação de culpa, em qualquer de suas modalidades: negligência, imprudência ou imperícia<sup>29</sup>.

Um regime que contempla as hipóteses de responsabilidade contratual e extracontratual, mas que não se pode afirmar unitário. A partir de exemplo de serviço médico, Bruno Miragem afirma que, no caso de responsabilidade contratual, é de se admitir a presunção de culpa, bastando à vítima demonstrar a existência do contrato, o dano e o nexo causal com a conduta do profissional, enquanto, na hipótese de responsabilidade extracontratual, necessita em acréscimo demonstrar o dolo, a negligência, a imprudência ou imperícia do médico<sup>30</sup>.

Apesar de se concordar com a duplicidade de regime, afirmar a presunção de culpa na obrigação de meios pode não ser a maneira mais adequada de se compreender a situação, preferindo-se aquela ideia de culpa ínsita à narrativa do inadimplemento contratual, a fim de não se esvaziar a eficácia do artigo 14, §4º, do Código de Defesa do Consumidor.

Seguimos, pois, uma compreensão de que, qualificado o contrato de serviço médico como uma obrigação de meio, caberá ao credor provar a conduta ilícita do obrigado, isto é, que o devedor não agiu com atenção, diligência e cuidados adequados na execução do contrato<sup>31</sup>, circunstâncias que representam o conteúdo do inadimplemento obrigacional.

<sup>25</sup> CASTRONOVO, Carlo. Op. cit., p. 450-451.

<sup>26</sup> MENGONI, Luigi. Op. cit., v. 2, p. 161-162.

<sup>27</sup> DEMOGUE, René. *Traité des obligations en général*. Paris: Librairie Arthur Rousseau, 1923. t. 5, p. 537-539.

<sup>28</sup> STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência*, cit., p. 547.

<sup>29</sup> DENARI, Zelmo; GRINOVER, Ada Pellegrini; BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e; FINK, Daniel Roberto; FILOMENTO, José Geraldo Brito; NERY JUNIOR, Nelson. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. p. 213.

<sup>30</sup> MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*, 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016., p. 633.

<sup>31</sup> STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência*, cit., p. 548.

Se a questão da qualidade da execução se coloca (o que ocorre normalmente em matéria de responsabilidade médica), é ao credor que incumbe o ônus da prova: ele deve estabelecer o vício da execução<sup>32</sup>.

No adimplemento da obrigação inerente ao exercício de uma atividade profissional, a diligência deve ser valorada de acordo com a natureza da atividade exercitada, conforme regra geral enunciada pelo artigo 1.176, segunda parte, do Código Civil italiano, cuja importação pode ser realizada sem qualquer óbice<sup>33</sup>.

Ademais, possível conciliar a responsabilidade civil subjetiva do profissional liberal nas relações de consumo com a regra do artigo do 6º, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor, ou seja, aplicar a inversão do ônus da prova quanto à conduta diligente, tal qual sustenta Sérgio Cavalieri Filho:

*Não se olvide que o médico é prestador de serviço pelo que, não obstante subjetiva a sua responsabilidade, está sujeito à disciplina do Código do Consumidor. Pode conseqüentemente o juiz, em face da complexidade técnica da prova da culpa, inverter o ônus dessa prova e favor do consumidor conforme autoriza o art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor<sup>34</sup>.*

Portanto, mesmo em sede de relações de consumo, a aferição da ausência de diligência devida pelo profissional liberal será decisiva para a fixação da obrigação de indenizar, sendo possível a inversão do ônus da prova, desde que, alternativamente, se admita verossímil a alegação ou se considere o consumidor como hipossuficiente<sup>35</sup>. Como ressalta André Tunc, o doente deve normalmente provar a culpa do médico, contudo, por que não se pensar que o médico deveria antes provar pelo menos que prestou cuidados<sup>36</sup>?

Na hipótese de inversão do ônus da prova, a inadimplência contratual restará deduzida da ausência do resultado de conservar indene a pessoa ou ao patrimônio do outro contratante, resultado que, apesar de não devido na obrigação de meios, será suficiente ao dever de indenizar enquanto não provado o adimplemento por meio da conduta diligente. Trata-se de hipótese de uma “obrigação de meios reforçada”, conforme qualificação utilizada por Muriel Fabre-Magnan<sup>37</sup>.

Em relação ao dever de segurança, pode ocorrer a atuação negligente ou imprudente de um dos contratantes que coloque em perigo a pessoa ou os bens do outro, mas sem causar qualquer resultado lesivo. Naturalmente, se nenhum dano foi causado, não surgirá a responsabilidade civil, o que não significa a impossibilidade de sanção de outra natureza, em razão da grave violação da diligência<sup>38</sup>.

<sup>32</sup> TUNC, André. A distinção entre obrigações de resultado e obrigações de diligência, Tradução de Vera Jacob de Fradera. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 89, n. 778, p. 755-764, ago. 2000. p. 759.

<sup>33</sup> Art. 1176. *Diligenza nell'adempimento.*

*Nell'adempiere l'obbligazione il debitore deve usare la diligenza del buon padre di famiglia.*

*Nell'adempimento delle obbligazioni inerenti all'esercizio di un'attività professionale, la diligenza deve valutarsi con riguardo alla natura dell'attività esercitata.*

<sup>34</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*, cit., p. 438.

<sup>35</sup> ROSENVALD, Nelson. Obrigações de meio, de resultado e de garantia, In: LOTUFO, Renan; MARTINS, Fernando Rodrigues (Coord.). 20 anos do Código de Defesa do Consumidor: conquistas, desafios e perspectivas. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 298.

<sup>36</sup> TUNC, André. Op. cit., p. 759.

<sup>37</sup> FABRE-MAGNAN, Muriel. *Droit des obligations*, 4. ed. Paris: PUF, 2016. p. 541.

<sup>38</sup> MENGONI, Luigi. Op. cit., v. 2, p. 154-155, nota.

### 3. Obrigação de resultado

Por uma construção técnico-jurídica, pode-se afirmar que a maioria das obrigações tem por objeto um resultado, ou mais precisamente, são de resultado<sup>39</sup>.

Na obrigação de resultado, a problemática aparenta ser mais linear, pois se considera a inadimplência da prestação pela simples falta de produção do resultado. Certa dose de complexidade, contudo, não tarda a aparecer.

Se o contratante assumiu a obrigação de alcançar um certo resultado e não conseguiu, duas soluções são apontadas pela doutrina: ou haverá culpa presumida ou a responsabilidade objetiva<sup>40</sup>.

Tal ambivalência revela que, no âmbito da obrigação de resultado, existem dois regimes diversos de responsabilidade civil, um subjetivo e um objetivo, ou, segundo qualificação utilizada por Muriel Fabre-Magnan, o regime denominado de “obrigação de resultado atenuada e aquele tradicional de obrigação de resultado”<sup>41</sup>. A diferença repercute nas hipóteses de exclusão de responsabilidade, em especial no que diz respeito à consideração do elemento culpa.

No regime da obrigação de resultado de forma atenuada, acolhe-se a ideia de culpa presumida em caso de não obtenção do resultado, admitindo-se, em certa medida a discussão da culpa para o devedor se exonerar da responsabilidade. Configura uma categoria intermediária entre o regime da falta comprovada (obrigação de meios) e aquela da responsabilidade objetiva (obrigação de resultado tradicional)<sup>42</sup>. Nesse particular, a responsabilidade independentemente de qualquer investigação da diligência empregada pelo devedor é verdade apenas enquanto ele não provar que estava em situação de impossibilidade objetiva de cumprir a obrigação e a atuação desenvolvida preservava a possibilidade da prestação, ou seja, a não realização do resultado devido somente pode ser qualificada como inadimplemento obrigacional se a causa do impedimento for imputável ao devedor<sup>43</sup>.

A atuação desenvolvida de modo a preservar a possibilidade da prestação indica a existência de uma leve diversidade na análise da culpa entre o regime da obrigação de meios e o regime da obrigação de resultado atenuada. Enquanto o adimplemento da primeira passa pela demonstração do comportamento diligente e honesto do devedor, na segunda, considerando o ingresso do resultado final no vínculo, a análise da culpa reside mais na existência ou ausência de atos do devedor que, em uma relação de causalidade, teriam o efeito de impedir a obtenção do resultado.

Enquanto relativa essa presunção, esclarece Claudio Luiz Bueno de Godoy, admite-se prova em contrário, pois toda a discussão do nexo de imputação permanece no campo da culpa, havendo apenas a inversão do ônus probatório<sup>44</sup>.

Nessa modalidade subjetiva de obrigação de resultado, portanto, inverte-se ônus probatório, incumbindo ao devedor demonstrar a existência de uma causa diversa que frustrou o resultado comprometido e afastar a sua culpa, revelando a ausência de defasagem entre o comportamento havido e aquele esperado (devido), assim, o inadimplemento não derivará da simples frustração do desiderato do credor, o que afasta a obrigação objetiva

<sup>39</sup> TUNC, André. Op. cit., p. 756.

<sup>40</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. Op. cit., p. 336.

<sup>41</sup> FABRE-MAGNAN, Muriel. Op. cit., p. 541-542.

<sup>42</sup> Ibid., p. 542.

<sup>43</sup> MENGONI, Luigi. Op. cit., v. 2, p. 164.

<sup>44</sup> GODOY, Cláudio Luiz Bueno. *Responsabilidade civil pelo risco da atividade*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 78.

de indenizar<sup>45</sup>. Considera-se a melhor aptidão do devedor para a prova, pois o credor se depararia, geralmente, diante de uma prova negativa indefinida, dizendo respeito, além disto, à atitude de outrem<sup>46</sup>.

O acidente de serviço causado por profissional liberal, sendo disciplinado pela teoria subjetiva, nos termos do artigo 14, §4º da Lei nº 8.078/1990, observa, na situação de obrigação de resultado, essa incidência da culpa presumida e consequente inversão do ônus da prova<sup>47</sup>.

No regime tradicional de obrigação de resultado, a ausência do efeito útil constitui, por si só, o devedor em mora, sem indagação da diligência empregada pelo contratante, ao qual cabe o ônus da prova de caso fortuito ou força maior para se exonerar de responsabilidade<sup>48</sup>. É a hipótese de responsabilidade objetiva, em que a obrigação de ressarcimento não tem relação causalista fundada na culpa, cuja discussão não se admite para exclusão do dever de indenizar, o critério de imputação decorre exclusivamente da vontade da lei, isto é, a lei opera como critério de imputação ou qualificação causal<sup>49</sup>.

Essa hipótese alcança a responsabilidade civil objetiva fundada na cláusula implícita de incolumidade decorrente do fato da coisa, raciocínio que é válido para a responsabilidade por fato decorrente dos instrumentos, aparelhos, objetos, maquinários, dentre outros, utilizados na execução de uma obrigação contratual. Conforme exemplifica Fábio Konder Comparato, é evidente que os materiais especiais empregados são coisas tangíveis, incorporadas ao resultado objetivo estipulado no contrato; a obrigação na hipótese é de resultado e não simplesmente de meios.

O contratante responde não apenas por sua falta, mas pelo vício da coisa que ele usa para a execução do contrato, que venha a causar danos, mesmo que tal problema não resulte de uma falta de manutenção de seu fato ou quando o vício sequer possa ser detectado. Cumpre ao devedor, nesse regime de obrigação de resultado objetivada, o ônus da prova de caso fortuito ou força maior para se exonerar de responsabilidade.

#### 4. Obrigação de garantia

Na obrigação de garantia, a prestação não consiste numa simples atividade diligente e honesta do devedor em vista de um resultado, nem na efetiva produção de um resultado determinado. Seu conteúdo é a eliminação de um risco que pesa sobre o credor. Eliminar um risco significa *a fortiori* reparar as consequências de sua realização. A não realização do risco representa o adimplemento da prestação pelo devedor, tendo direito à eventual contraprestação pactuada<sup>50</sup>. Concretizado o risco da não verificação do resultado, o devedor, sem possibilidade de invocar a “causa estranha” que tenha tornado a prestação impossível, obriga-se a transmitir determinada quantia pecuniária ao credor da obrigação garantida<sup>51</sup>.

Uma obrigação de garantia assim é ainda mais vinculativa do que uma obrigação de resultado, porque o devedor nem sempre poderá se exonerar sob alegação de força maior<sup>52</sup>.

Isto porque o risco assumido não pode ser qualificado como impossibilidade objetiva da prestação (caso fortuito ou força maior) para eximir o devedor de sua prestação,

<sup>45</sup> ROSENVALD, Nelson. Op. cit., p. 292.

<sup>46</sup> TUNC, André. Op. cit., p. 757.

<sup>47</sup> ROSENVALD, Nelson. Op. cit., p. 287-302.

<sup>48</sup> COMPARATO, Fábio Konder. Op. cit., v. 4, p. 77-78.

<sup>49</sup> COMPORATI, Marco. *Esposizione al pericolo e responsabilità civile*, Napoli: Morano, 1965. p. 136-137.

<sup>50</sup> COMPARATO, Fábio Konder. Op. cit., v. 4, p. 76.

<sup>51</sup> ROSENVALD, Nelson. Op. cit., p. 300.

<sup>52</sup> FABRE-MAGNAN, Muriel. Op. cit., p. 542.



afinal, o conteúdo deste tipo de obrigação é a eliminação de um risco que, por definição, é um evento de realização fortuita, independente, portanto, da vontade do devedor<sup>53</sup>.

O garante, contudo, não assume a totalidade dos riscos relativos à frustração das expectativas do outro contratante, mas apenas daqueles que resultarem da verificação dos eventos abrangidos pelo acordo, ou seja, não será correto afirmar que o garante assume os riscos por todos os “acazos atípicos”<sup>54</sup>.

A obrigação de garantia propriamente dita reside, pois, em um fato objetivo com subtração, no todo ou em parte, do poder de controle e da influência do devedor para a ocorrência do dano<sup>55</sup>. Assim, a responsabilidade do fornecedor pelo fortuito interno, como, por exemplo, na ocorrência de fraude contra o sistema bancário, não é afetada pela possibilidade ou não de o devedor evitar o fato que desencadeia o evento danoso. Não se discute a impossibilidade física da obrigação de se evitar o dano, uma vez que a situação é distinta da responsabilidade por atos próprios do causador do dano, não obstante tais lesões estarem compreendidas dentro do risco coberto.

Observa-se, portanto, a extensão da responsabilidade do contratante para alcançar situações além daquelas decorrentes do comportamento do devedor, compreendidas entre o termo final da diligência e uma nova fronteira traçada para as hipóteses de força maior ou caso fortuito (impossibilidade objetiva da prestação). Uma área na qual se nega eficácia liberatória à impotência do devedor quanto à não obtenção do resultado final de interesse do credor, no que diz respeito aos eventos que, em uma relação de causalidade, decorram da ação de terceiro ou de fato da natureza. Uma responsabilidade que prescinde da culpa, portanto de caráter objetivo, fundada na garantia; um resultado garantido que, por definição, é um resultado não devido, pois não decorre de obrigação, mas de uma condição<sup>56</sup>.

Não se materializando nenhum dos riscos assumidos pelo garante, a recusa da prestação será lícita, razão pela qual há que se delimitar quais as espécies de riscos que o garante assumirá, o que só pode ser feito no caso concreto, perante cada contrato de garantia<sup>57</sup>.

O acréscimo da garantia à obrigação de resultado intensifica a figura da responsabilidade pelo risco, em que o dano indenizável tanto pode provir de fato praticado pela pessoa do responsável, como de fato praticado por terceiro, de fatos naturais ou até de fatos do próprio lesado. Diverge, assim, da responsabilidade baseada em fatos ilícitos, que se assenta sempre, no todo ou em parte, sobre um fato da pessoa obrigada a indenizar<sup>58</sup>.

Por conta disso, parte da doutrina considera a obrigação de garantia uma subespécie de obrigação de resultado, fala-se assim de um fim de garantia. O devedor não apenas se compromete, mas garante o cumprimento<sup>59</sup>.

Em se tratando de responsabilidade por risco, a imputação é mais intensa, primeiro, a partir do ponto de vista social a respeito de uma determinada esfera de riscos e, segundo, a fim de se distribuir o risco de dano relativo a uma determinada atividade segundo

<sup>53</sup> COMPARATO, Fábio Konder. Op. cit., v. 4, p. 78.

<sup>54</sup> ROSENVALD, Nelson. Op. cit., p. 301.

<sup>55</sup> BETTI, Emilio. Op. cit., v. 2, p. 83.

<sup>56</sup> MENGONI, Luigi. Op. cit., v. 2, p. 199, nota.

<sup>57</sup> ROSENVALD, Nelson. Op. cit., p. 301.

<sup>58</sup> VARELA, João de Matos Antunes. Op. cit., v. 1, p. 527.

<sup>59</sup> ROSENVALD, Nelson. Op. cit., p. 300-301.

os padrões ou medidas, não de imputabilidade e de culpa, senão da assunção dos riscos a quem o cria ou domina<sup>60</sup>.

O principal critério de aplicação da obrigação de garantia é o risco. Marco Comporti esclarece que a teoria do risco surgiu a partir dos estudos do jurista austríaco Unger, que propôs a máxima “Eigene Initiative, eigene Gefahr”, ou seja, quem age a próprio risco deve suportar a consequência da própria atividade, critério de imputação que foi imediatamente acolhida nos sistemas germânico, francês, italiano e anglo-saxão<sup>61</sup>.

De fato, a ideia não é diferente daquela apresentada por Josserand quando destaca que “quem cria um risco deve, se esse risco vem a verificar-se à custa de outrem, suportar as consequências, abstração feita de qualquer falta cometida”<sup>62</sup>. Essa, pois, é a síntese desse regime de responsabilidade civil, de natureza objetiva e fundada no critério risco.

No âmbito da teoria do risco, é possível a distinção de dois perfis. Um primeiro é aquele denominado risco-proveito, em que se fundamenta a responsabilidade objetiva em contrapartida da utilidade ou do proveito daquele que exercita uma determinada atividade e o risco criado. O outro decorre da figura do risco criado, cuja premissa não diz respeito apenas ao interesse econômico, mas coloca em evidência para justificar a responsabilidade objetiva qualquer atividade do sujeito que tenha a possibilidade de criar um risco a outrem, ou seja, tem em conta apenas o perigo<sup>63</sup>. Se o risco proveito fundamenta a responsabilidade objetiva da empresa, o risco criado não afasta a responsabilidade das atividades sem finalidade lucrativa.

No que concerne ao dever de segurança, essa responsabilidade objetiva por riscos formatada em uma obrigação de garantia é a regra geral aplicável aos acidentes de consumo por fato do produto ou serviço, nos termos dos artigos 12 e 14 do Código de Defesa do Consumidor.

De se recordar que, nesse regime, o critério de imputação da responsabilidade civil é representado pela noção de produto ou serviço defeituoso, o qual evidencia a ausência do resultado de conservar indene a pessoa e os bens do consumidor, a partir da concretização de um risco contra o qual o consumidor tinha uma legítima expectativa de estar seguro, protegido. Havendo um acidente relativo a um risco contemplado pela garantia, nasce o direito à indenização do correlato dano.

A proteção da segurança visa à preservação da integridade física, em que pese os danos indenizáveis não se restrinjam à ofensa corporal, podendo decorrer do agravo físico, ofensa à própria integridade moral.

Essa ideia de garantia é própria do contrato de seguro<sup>64</sup>, cujos riscos assegurados são expressamente previstos de forma específica pelas próprias partes. Na relação contratual de consumo, o raciocínio é diverso, pois a extensão da garantia quanto aos riscos não decorre de manifestação de vontade das partes, integra o contrato em virtude e nos termos da lei. Observa-se uma cláusula de garantia aberta, que, de modo genérico, contempla os riscos contra os quais o consumidor tinha uma legítima expectativa de estar seguro (arts. 12, §1º, II e 14, §1º, II, CDC).

Não se cuida, ademais, de risco integral, conforme esclarece Claudio Luiz Bueno de Godoy, “tem-se hipótese de risco mitigado, em que a causalidade se qualifica por elemento específico

<sup>60</sup> LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Versión española y notas de Jaime Santos Briz. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1959. t. 2, p. 665.

<sup>61</sup> COMPORTI, Marco. Op. cit., p. 148.

<sup>62</sup> JOSSE RAND, Louis. Evolução da responsabilidade civil. Revista Forense, Rio de Janeiro, n. 86, p. 548-559, jun. 1941. (Tradução de Raul Lima)

<sup>63</sup> COMPORTI, Marco. Op. cit., p. 167.

<sup>64</sup> ROSENVALD, Nelson. Op. cit., p. 300.

que integra o nexo de imputação, qual seja o defeito que se exige seja identificado no produto ou no serviço”. O dever jurídico que se contrapõe a esse risco é o dever de segurança<sup>65</sup>.

O conceito jurídico indeterminado que categoriza a expressão *segurança legitimamente esperada* encontra maior objetivação no regime geral de periculosidade vigente no âmbito específico das relações de consumo, que revela os critérios para aferição dos produtos ou serviços com potencial de causar danos corporais aos consumidores. A previsão normativa específica está nos artigos 8º, 9º e 10 do CDC.

De se destacar que tal responsabilidade transcende as limitações decorrentes da distinção entre os regimes contratual e delitual de indenização, a fim de favorecer a reparação dos danos decorrentes de produtos ou serviços<sup>66</sup>. A reduzida importância do vínculo contratual decorre das características próprias do produto, cujo uso naturalmente ocorre para além da esfera de controle do empreendedor, ou seja, o dano se provoca já quando a coisa não mais está sob o controle direto daquele<sup>67</sup>. Assim, aquele a quem se imputa a responsabilidade pela garantia nem sempre ostentará vínculo contratual com o lesado, ocorrendo o fenômeno que Patrice Jourdain denomina de desconstratualização do dever de segurança<sup>68</sup>. Por outro lado, pode ocorrer a ausência de responsabilidade de quem ostenta vínculo contratual, como é o caso do comerciante em relação ao fato do produto, se não verificadas as hipóteses do artigo 13 do Código de Defesa do Consumidor.

A desconstratualização, ainda, permite a proteção de todas as vítimas do evento danoso e não somente dos contratantes, *ex vi* artigo 17 do Código de Defesa do Consumidor. Um regime unitário de responsabilidade civil, em que reduzido o papel da natureza do vínculo negocial para efeito de indenização<sup>69</sup>. O interesse protetivo contratual, cujo fundamento de distinção decorre da intensidade do perigo que o simples contato fundado no vínculo negocial enseja às esferas jurídicas envolvidas, é absorvido pelo dever de segurança nas relações de consumo, que compreende não somente aquelas derivadas de vínculo contratual, mas todas as outras relações jurídicas que o perigo dos produtos ou serviços colocados no mercado origina. Havendo fundamento legal, não há necessidade de se invocar a teoria do contrato com eficácia de proteção de terceiro, como sucedâneo da boa-fé objetiva, que a doutrina sustenta para fundamentar a responsabilidade civil do contratante quando a vítima da atividade contratual não integra o vínculo negocial<sup>70</sup>.

<sup>65</sup> GODOY, Cláudio Luiz Bueno. *Responsabilidade civil pelo risco da atividade*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 90-91.

<sup>66</sup> SAUPHANOR-BROUILLAUD, Natacha; VINCELLES, Carole Aubert de; BRUNAUX, Geoffray; USUNIER, Laurence. *Les contrats de consommation règles communes: les contrats de consommation règles communes*. Paris: LGDJ, 2013. p. 650. (Sous-collection: Traité de droit civil – sous la direction de J. Ghestin).

<sup>67</sup> GODOY, Cláudio Luiz Bueno. *Responsabilidade Civil pelo risco da atividade*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 100.

<sup>68</sup> JOURDAIN, Patrice. Le fondement de l’obligation de sécurité. *Gazette du Palais*, n. 264/266, 21 au 23 septembre, 1997.

<sup>69</sup> Reduz mas não elimina, considerando distinções que a jurisprudência reconhece, por exemplo, em relação ao prazo prescricional, conforme posicionamento do Superior Tribunal de Justiça: “Nas controvérsias relacionadas à responsabilidade contratual, aplica-se a regra geral (art. 205 CC/02) que prevê dez anos de prazo prescricional e, quando se tratar de responsabilidade extracontratual, aplica-se o disposto no art. 206, § 3º, V, do CC/02, com prazo de três anos.” (EREsp 1280825/RJ; Embargos de Divergência em Recurso Especial 2011/0190397-7; Relatora Ministra Nancy Andrighi; Órgão Julgador: Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça. Data do Julgamento: 27/06/2018. Data da Publicação/Fonte: DJe 02/08/2018).

<sup>70</sup> Nessa situação, em que se fundamenta o dever de segurança de terceiro na boa-fé, o terceiro é tutelado nos mesmos moldes daquela obrigação que pesa sob uma parte do contrato em confronto com a outra, vez que a fonte legal esvazia a importância da origem do vínculo, seja de contrato seja de outra fonte. Também não se discute a exigência de uma posição especial do terceiro, na qual, por exemplo, estão os familiares e os empregados do contratante, que, segundo a teoria do contrato com eficácia de proteção de terceiro, ostentam algum tipo de vínculo com a relação jurídica ou com uma das partes, justificando essa proximidade qualificada ao comportamento danoso a mesma proteção mais intensa própria dos contratantes. (CASTRONOVO, Carlo. *Obblighi di protezione e tutela del terzo*. *Jus: Rivista di Scienze Giuridiche*, Milano, ano 23, n. 1/2, p. 123-179, 1976). De se destacar que a consciência da autonomia do interesse de proteção foi o que possibilitou um alargamento quanto aos seus sujeitos ativos ou passivos, de modo a alcançar certos terceiros em atenção à sua exposição (fática ou típica) aos riscos de danos pessoais ou patrimoniais advindas da execução de um determinado contrato, os quais o devedor deve prevenir. Admitiu, então, a possibilidade de se tutelar o terceiro, em razão da proximidade deste da esfera de uma das partes. O contrato com eficácia de proteção para terceiros foi expressão deste desenvolvimento. Nesse sentido,

Alguma dificuldade vai ser enfrentada pela jurisprudência para definir a extensão do dever de segurança do fornecedor, ou seja, o que se considera defeito do produto ou serviço, havendo o entendimento de que ele será determinado de acordo com as circunstâncias de fato relacionadas à atividade de fornecimento de bens e serviços<sup>71</sup>.

O dano pode provir, em primeiro lugar, de fato praticado pelo próprio fornecedor, ou seus prepostos, como também decorrer diretamente do produto entregue ou dos equipamentos, aparelhos, objetos ou qualquer tipo de instrumento utilizado na prestação obrigacional. Nessa hipótese, exigível tão somente a aplicação linear do critério fundamental: aquele que por seu comportamento cria um risco deve suportar as consequências de sua realização<sup>72</sup>, regra aplicável a riscos criados por uma atividade e àqueles criados por coisas perigosas<sup>73</sup>. São riscos vinculados diretamente ao fornecedor, em relação aos quais responde objetivamente, sem indagação da culpa.

Existem, ainda, os riscos decorrentes de fato de terceiros ou de eventos naturais, relacionados às circunstâncias vinculadas à esfera do fornecedor ou à atividade em si mesma<sup>74</sup>. São as circunstâncias qualificadas de fortuito interno, aquelas ligadas aos riscos do empreendimento<sup>75</sup>.

Em tese, são circunstâncias em que não haveria a necessidade de se discutir o dever ou a possibilidade de o devedor impedir o implemento da causa ou a ocorrência do resultado danoso, contudo, não se ignora que em certas situações tem sido negada a hipótese de responsabilidade pelo fato do produto ou do serviço à subsunção ao referido regime de responsabilidade civil objetiva<sup>76</sup>. Interessante observar o exemplo da atividade

---

a posição de Luciano de Camargo Penteado. (PENTEADO, Luciano de Camargo. *Efeitos contratuais perante terceiros*. 2006. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2006. p. 135-143.

<sup>71</sup> *Ibid.*, p. 213.

<sup>72</sup> TUNC, André. *La responsabilité civile*. Paris: Economica, 1981. p. 150.

<sup>73</sup> *Ibid.*, p. 150-151.

<sup>74</sup> Conforme ensina João Baptista Machado, quando o plano contratual venha a falhar por contingência que atinja a prestação (em si ou no seu objeto), temos um risco de prestação, que é risco do devedor. No risco de prestação são abrangidos: o agravamento do custo ou das dificuldades da prestação; a perda do direito à contraprestação; a perda dos dispêndios e esforços feitos com vista à prestação, quando esta se torne impossível. Na noção de agravamento dos custos ou dificuldades da prestação, são alcançados: o risco de deterioração do objeto da prestação; o risco do desperdício do valor-utilidade ou do rendimento da prestação, ou ainda de desperdício (desaproveitamento) de uma capacidade de prestar vinculada, por efeito do simples decurso do tempo. (MACHADO, João Baptista. *Obra dispersa: risco contratual e mora do credor. Scientia Iuridica*, Braga, v. 1, p. 272, 1991).

<sup>75</sup> São vários os julgados do Superior Tribunal de Justiça a respeito: Responsabilidade civil e consumidor. Crime de roubo. Emprego de arma de fogo. Drive-thru de lanchonete. Fortuito interno. (REsp 1.450.434-SP, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJe 09/11/2018); A ocorrência de fraudes e delitos contra o sistema bancário dos quais resultem danos a correntistas insere-se na categoria doutrinária de fortuito interno, pois faz parte do próprio risco do empreendimento, atraindo, portanto, a responsabilidade objetiva da instituição bancária (REsp 1.093.440-PR, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 2/4/2013); No mesmo sentido, a Súmula 479 do Superior Tribunal de Justiça: “As instituições financeiras respondem objetivamente pelos danos gerados por fortuito interno relativo a fraudes e delitos praticados por terceiros no âmbito de operações bancárias”. A culpa de terceiro não é apta a romper o nexo causal quando se mostra conexa à atividade econômica e aos riscos inerentes à sua exploração, caracterizando fortuito interno. Por envolver, necessariamente, uma grande aglomeração de pessoas em um mesmo espaço físico, aliados à baixa qualidade do serviço prestado, incluído a pouca quantidade de vagões ou ônibus postos à disposição do público, a prestação do serviço de transporte de passageiros vem propiciando a ocorrência de eventos de assédio sexual. Em outros termos, mais que um simples cenário ou ocasião, o transporte público tem concorrido para a causa dos eventos de assédio sexual. Em tal contexto, a ocorrência desses fatos acaba sendo arrastada para o bojo da prestação do serviço de transporte público, tornando-se assim mais um risco da atividade, da qual todos os passageiros, mas especialmente as mulheres, tornam-se vítimas. Conclui-se que, se a ocorrência do assédio sexual guardar conexão com os serviços prestados pela concessionária e, tratando-se de fortuito interno, a transportadora de passageiros permanece objetivamente responsável pelos danos causados (REsp 1.662.551-SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, por maioria, julgado em 15/05/2018, DJe 25/06/2018).

<sup>76</sup> Em havendo a garantia, em tese, mostra-se irrelevante a discussão observada na doutrina italiana, que faz distinção entre *sinistri a causa* e *sinistri in occasione*, a fim de aplicar regra diversa da prova liberatória do transportador. A hipótese de *sinistri a causa* compreenderia o dano causado por fato proveniente do transportador, seus prepostos ou por força do meio empregado para a execução do transporte, na qual o nexo causal com a execução do contrato resulta *in re ipsa*, dificultando a prova liberatória da responsabilidade Civil. Em se tratando de *sinistri in occasione*, o dano está ligado a um fato da própria vítima, ou de um terceiro ou de algo estranho ao transportador, situação em que se acolhe um regime mais favorável ao fornecedor, admitindo-se como prova liberatória a demonstração que adotou toda a cautela necessária para evitar o dano. (SCARDIGLI, Massimo. *Sinistri a causa e sinistri in occasione del trasporto di persone. Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano: Giuffrè, ano 17, p. 1727-1735, 1963).

de prestação de serviço educacional, em que um evento idêntico ou semelhante: ora tem sido considerada uma situação de responsabilidade objetiva<sup>77</sup>, ora tem sido imputada a responsabilidade em razão de culpa presumida<sup>78</sup>, ora exigida a culpa provada como pressuposto da responsabilidade do fornecedor<sup>79</sup>.

No que diz respeito ao contato negocial direto, por exemplo, acolhe-se uma concepção ampla de serviço que alcança todo o ambiente espacial, seja do comerciante, seja do prestador de serviço. A atividade empresarial pode ser organizada em um espaço físico de estabelecimento comercial, como um supermercado, uma loja, um consultório, um hospital, etc., ou ainda em um ambiente virtual, como um sítio eletrônico, um aplicativo, etc. Em qualquer um deles, o contratante deve organizar o cumprimento de sua prestação de modo idôneo a não causar perigo de dano<sup>80</sup>. Observa-se, pois, a responsabilidade pelo espaço e quem tem a vantagem do lugar deve assumir os deveres que daí decorram<sup>81</sup>, contexto em que estão inseridos os hotéis, as escolas, os estabelecimentos comerciais e bancários, shopping centers, os veículos de transportes, etc.

De todo modo, a corrente natural é a ampliação das figuras que ingressam na esfera de responsabilidade do fornecedor por risco ao consumidor, a partir de um critério de previsibilidade ou de constância de ocorrência de certas situações que passam a acompanhar a atividade e, por conseguinte, ensejam a imputação do dever de indenizar ao fornecedor.

<sup>77</sup> Entendendo pela responsabilidade objetiva: (1) RESPONSABILIDADE CIVIL. DANOS MORAIS. INSTITUIÇÃO DE ENSINO. QUEDA DE CRIANÇA EM BRINQUEDO. FRATURA DO BRAÇO. A instituição de ensino tem a obrigação de manter a incolumidade de seus estudantes. Isso porque tem a guarda das crianças, que estão sob sua autoridade. Assim, por qualquer ato do aluno, no ambiente escolar, responde a instituição. Neste sentido dispõe o art. 932, inc. IV, do Código Civil. Ainda que estivesse a autora amparada por educadora próximo ao brinquedo onde ocorreu o acidente, restou bem caracterizado o defeito do serviço, que não ofereceu a segurança esperada, visto que sofreu a autora, criança de tenra idade, grave acidente, que demandou a realização de cirurgia para recuperação. Por este defeito, responde objetivamente a ré, nos termos do art. 14, do Código de Defesa do Consumidor. Apelação 0022840-84.2011.8.26.0562. Relator: Carlos Alberto Garbi. Órgão julgador: 10ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Data do julgamento: 07/04/2015. Data de publicação: 09/04/2015. Data de registro: 09/04/2015. (2) RESPONSABILIDADE CIVIL – Indenização por danos materiais e morais decorrentes do óbito do filho menor enquanto nas dependências de escola de educação infantil – Responsabilidade objetiva, nos termos dos arts. 932 e 933 do CC. Apelação 9132338-38.2007.8.26.0000. Relator: Windor Santos. Órgão julgador: 16ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Data do julgamento: 24/08/2010. Data de registro: 08/10/2010.

<sup>78</sup> Admitindo a hipótese de responsabilidade com culpa presumida: RESPONSABILIDADE CIVIL – Instituição de ensino – Agressão de aluna dentro da escola, durante o período de aulas – Dano moral verificado – Presunção de culpa – Valor da indenização mantido – Danos materiais devidos – Existência demonstrada no curso da instrução – Recurso da autora parcialmente provido, desprovido o da ré. Apelação 9087910-44.2002.8.26.0000. Relator: Luiz Antonio de Godoy. Órgão julgador: 1ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Data de registro: 30/09/2005.

<sup>79</sup> Posicionamentos em que se considera o elemento culpa como pressuposto do dever de indenizar, tal qual obrigação de meios: (1) Responsabilidade do estabelecimento de ensino (escola infantil). O dever de vigilância decorrente de contrato cria uma obrigação de meios e não de resultados. Criança machucada por chute desferido por colega, portador de síndrome de Down, durante atividade esportiva ou de recreação. Ação indenizatória rejeitada. Evento previsível (e inevitável) que poderia ser praticado por todo e qualquer aluno, o que é natural durante disputas esportivas. Inexigibilidade de práticas preventivas ou de vigilância específica capaz de evitar choques, atritos e embates entre crianças que participam de jogos. Apelação 1005058-58.2014.8.26.0007. Relator: Enio Zuliani. Órgão julgador: 28ª Câmara Extraordinária de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Data do julgamento: 26/07/2017. Data de publicação: 01/08/2017. Data de registro: 01/08/2017. (2) Interposição contra sentença que julgou improcedente ação de indenização por danos morais e materiais. Prestação de serviços. Acidente ocorrido em sala de aula. Ação imediata praticada por criança contra seu colega de sala, que não havia como ser evitada pela professora. Ausência de negligência da escola em relação ao seu dever de vigilância e cuidado. Conduta ilícita não verificada. Dano moral não configurado. Indenização indevida. Sentença mantida. Apelação 0013805-54.2013.8.26.0005. Relator: Mario A. Silveira. Órgão julgador: 33ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Data do julgamento: 05/09/2016. Data de publicação: 06/10/2016. Data de registro: 06/10/2016. (3) RESPONSABILIDADE CIVIL INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. Acidente sofrido por criança na área de lazer da escola. Queda do escorregador a acarretar hematoma no olho direito e pequeno arranhão na face. Prestação imediata dos primeiros socorros pela auxiliar de enfermagem do estabelecimento. Falta de informação e negligência das assistentes confrontadas pelas provas produzidas na instrução. Fato incontroverso. Inexistência de prejuízo ou dor moral a ensejar reparação. Ausência de prova da suposta culpa da demandada pelo acidente. Dano moral não configurado. Improcedência da ação corretamente decretada. Sentença mantida. Apelo improvido. Apelação 0054827-40.2008.8.26.0564. Relator: Luiz Ambrá. Órgão julgador: 8ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Data do julgamento: 29/05/2013. Data de publicação: 10/06/2013. Data de registro: 10/06/2013.

<sup>80</sup> LAMBO, Luigi. *Obblighi di protezione*. Padova: CEDAM, 2007. p. 153.

<sup>81</sup> CORDEIRO, Antônio Menezes. Op. cit., p. 375

Assim, um perigo, antes desconhecido, a partir do momento em que se torna previsível, pode começar a fazer parte do risco de determinada atividade, situação em que deve ser enfrentado sob o fundamento do princípio da prevenção.

Recorda-se da lição de André Rodrigues Corrêa, quando da análise do problema da violência urbana e seus efeitos em relação ao transporte de ônibus na cidade do Rio de Janeiro, segundo o qual “*interessa identificar se o evento lesivo em questão possui uma ocorrência quantitativa relevante, isto é, se é um fenômeno recorrente na sociedade, se corresponde a um risco com probabilidade significativa de ocorrência*”<sup>82</sup>. A partir disso, possível discutir em específicos contratos a assunção do risco pelo fornecedor em decorrência da prática de fato de terceiro, tais como violência sexual<sup>83</sup> e roubo<sup>84,85,86</sup>.

De se observar que, constatado o dano, recai sobre o fornecedor a prova liberatória da responsabilidade civil, cumprindo-lhe, pois, demonstrar alguma excludente.

A cláusula de garantia, que contempla os riscos contra os quais o consumidor tem uma legítima expectativa de estar seguro, é aberta, mas não ilimitada, estabelecendo a própria lei as situações em que não haverá responsabilidade do fornecedor (arts. 12, §3º, e 14, §3º, II, CDC), com destaque para o fato de terceiro, desde que

<sup>82</sup> CORREA, André Rodrigues. Ato violento de terceiro como excludente de responsabilidade do transportador: qual a causa desse entendimento jurisprudencial defeituoso? In: COSTA, Judith Martins (coord.). *Modelos de direito privado*. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 341-384.

<sup>83</sup> É oscilante a jurisprudência a respeito de assédio sexual praticado no interior de veículo de transporte, o que se exemplifica por meio da citação de dois julgados: Responsabilidade civil – Transporte ferroviário – Assédio Sexual – Fato doloso de terceiro. O fato doloso de terceiro, consistente em assédio sexual contra passageira de transporte ferroviário de pessoas, caracteriza fortuito externo, excluindo a responsabilidade do transportador. Ação improcedente. Recurso não provido. (Apelação 1130956-25.2016.8.26.0100. Relator Des. Itamar Gaino. Órgão julgador: 21ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Data do julgamento: 07/05/2018. Data de publicação: 22/06/2018. Data de registro: 22/06/2018). Apelação – Ação de indenização – Contrato de transporte coletivo de passageiros – Metrô – Ato libidinoso praticado por terceiro, no interior do vagão, contra passageira – Sentença de rejeição do pedido – Irresignação procedente – Hipótese em que a responsabilidade do transportador é objetiva, nos termos do art. 734 do CC e do art. 14 do CDC – Ato do terceiro que, no caso, não tem o condão de afastar a responsabilidade da ré, por não demonstrado por esta última a adoção das providências que razoavelmente se espera para evitar ou desencorajar a verificação de lamentáveis episódios como o tratado nestes autos, cada vez mais frequentes – Cenário diante do qual é de se esperar, no mínimo, a implantação de um sistema ostensivo de captação e gravação de imagens no interior dos vagões, afora campanhas educativas, como as adotadas em outros países – Dano moral sem sombra de dúvida caracterizado – Indenização que se arbitra na importância de R\$ 7.000,00, sobretudo à luz da técnica do desestímulo – Sentença reformada, com a proclamação da procedência da demanda. Dispositivo: Deram provimento à apelação. (Apelação 1088066-37.2017.8.26.0100. Relator Des. Ricardo Pessoa de Mello Belli. Órgão julgador: 19ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Data do julgamento: 07/05/2018. Data de publicação: 15/05/2018. Data de registro: 15/05/2018).

<sup>84</sup> Em contrato de transporte, o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de considerar o roubo hipótese de caso fortuito ou de força maior. Nesse sentido, o seguinte julgado: INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. ASSALTO DENTRO DE ÔNIBUS. CASO FORTUITO OU DE FORÇA MAIOR. RESPONSABILIDADE DA EMPRESA TRANSPORTADORA. INEXISTÊNCIA. JURISPRUDÊNCIA CONSOLIDADA DO STJ. 1. Assalto dentro de ônibus coletivo é considerado caso fortuito ou de força maior que afasta a responsabilidade da empresa transportadora por danos eventualmente causados a passageiro. Jurisprudência consolidada do STJ. 2. Cabível, de plano, o julgamento de reclamação em que o julgamento do Juizado Especial não está de acordo com decisão proferida em reclamação anterior de conteúdo equivalente. Art. 1º, § 2º, da Resolução n. 12/2009 do STJ. 3. Agravo regimental desprovido. (AgRg na Rcl 12695/RJ; Agravo Regimental na Reclamação 2013/0160738-4. Relator Ministro João Otávio de Noronha. Órgão Julgador: Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça. Data do Julgamento: 12/06/2013. Data da Publicação/Fonte: DJe 17/06/2013). Diante de situações excepcionais, entretanto, tem se afastado referida qualificação, incluindo-se eventual roubo no risco do fornecedor. Nesse sentido, os seguintes julgados: “[...] a matéria versada nos autos diz respeito à ocorrência de assalto à mão armada ocorrido no interior de ônibus de passageiro. Todavia, o acórdão proferido pelo Tribunal de origem afastou, por falta de provas, a ocorrência de caso fortuito ou força maior, uma vez que era de notório conhecimento público e, principalmente da agravante, os frequentes assaltos a ônibus no local onde se deram os fatos. Ademais, além de reconhecer que houve negligência da empresa em pôr em prática as medidas de segurança que estavam a seu alcance, o Tribunal a quo concluiu que houve responsabilidade objetiva da agravante”. EDcl no AREsp 319298/BA; Embargos de Declaração no Agrado em Recurso Especial 2013/0085881-8. Relator Ministro João Otávio de Noronha. Órgão Julgador: Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça. Data do Julgamento: 14/04/2015. Data da Publicação/Fonte: DJe 20/04/2015. RESPONSABILIDADE CIVIL. Transporte coletivo. Assalto. Responsabilidade da empresa transportadora. O assalto a cobrador de ônibus não é fato imprevisível nem alheio ao transporte coletivo, em zona de frequentes roubos, razão pela qual não vulnera a lei a decisão que impõe à empresa a prova da excludente da responsabilidade pela morte de um passageiro. Precedente desta Quarta Turma (REsp nº 50.129/RJ, rel. Ministro Torquato de Alencar). (REsp 175794/SP. Recurso Especial 1998/0039195-9. Relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar. Órgão Julgador: Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça. Data do Julgamento: 05/11/1998. Data da Publicação/Fonte: DJ 21/02/2000. p. 130).

não configure o fortuito interno, ou seja, relacionado ao risco da própria atividade, conforme acima apontado.

Questiona-se a ausência das hipóteses de força maior e caso fortuito no dispositivo legal e se, por conta dessa omissão, a garantia incluiria os riscos decorrentes dessas situações. Predomina, entretanto, no ordenamento brasileiro o entendimento de que a força maior e o caso fortuito quebram o nexo de causalidade e, assim, afastam a responsabilidade do fornecedor independente da previsão legal<sup>87</sup>.

No que diz respeito ao conceito dos institutos, o parágrafo único do artigo 393 do Código Civil optou expressamente pela equiparação dos dois institutos, em que pese haver na doutrina profundo debate acerca das diferenças das duas figuras<sup>88</sup>. De se fazer menção à lição de Arnaldo Medeiros da Fonseca, o qual enfatiza a importância

<sup>85</sup> Em supermercado, observa-se o seguinte entendimento: Responsabilidade civil. Ação de conhecimento sob o rito ordinário. Assalto à mão armada iniciado dentro de estacionamento coberto de hipermercado. Tentativa de estupro. Morte da vítima ocorrida fora do estabelecimento, em ato contínuo. Relação de consumo. Fato do serviço. Força maior. Hipermercado e shopping center. Prestação de segurança aos bens e à integridade física do consumidor. Atividade inerente ao negócio. Excluída afastada. Danos materiais. Julgamento além do pedido. Danos morais. Valor razoável. Fixação em salários-mínimos. Inadmissibilidade. Morte da genitora. Filhos. Termo final da pensão por danos materiais. Vinte e quatro anos. – A prestação de segurança aos bens e à integridade física do consumidor é inerente à atividade comercial desenvolvida pelo hipermercado e pelo shopping center, porquanto a principal diferença existente entre estes estabelecimentos e os centros comerciais tradicionais reside justamente na criação de um ambiente seguro para a realização de compras e afins, capaz de induzir e conduzir o consumidor a tais praças privilegiadas, de forma a incrementar o volume de vendas. – Por ser a prestação de segurança e o risco insitos à atividade dos hipermercados e shoppings centers, a responsabilidade civil desses por danos causados aos bens ou à integridade física do consumidor não admite a excluída de força maior derivada de assalto à mão armada ou qualquer outro meio irresistível de violência. (REsp 419059/SP; RECURSO ESPECIAL 2002/0021402-6, Relatora Ministra Nancy Andriighi. Órgão Julgador: Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça. Data do Julgamento: 19/10/2004. Data da Publicação/Fonte DJ 29/11/2004, p. 315, RSTJ, vol. 188, p. 339).

<sup>86</sup> No contexto da atividade de restaurante, o roubo ocorrido na área do estacionamento não tem sido considerado risco ligado ao empreendimento: DIREITO DO CONSUMIDOR. RESPONSABILIDADE PELO FATO DO SERVIÇO. O restaurante que ofereça serviço de manobrista (*valet parking*) prestado em via pública não poderá ser civilmente responsabilizado na hipótese de roubo de veículo de cliente deixado sob sua responsabilidade, caso não tenha concorrido para o evento danoso. O roubo, embora previsível, é inevitável, caracterizando, nessa hipótese, fato de terceiro apto a romper o nexo de causalidade entre o dano (perda patrimonial) e o serviço prestado. Ressalte-se que, na situação em análise, inexistiu exploração de estacionamento cercado com grades, mas simples comodidade posta à disposição do cliente. É certo que a diligência na guarda da coisa está incluída nesse serviço. Entretanto, as exigências de garantia da segurança física e patrimonial do consumidor são menos contundentes do que aquelas atinentes aos estacionamentos de shopping centers e hipermercados, pois, diferentemente destes casos, trata-se de serviço prestado na via pública. (REsp 1.321.739-SP, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, julgado em 5/9/2013. Informativo nº 0530. Período: 20 de novembro de 2013. Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça). Mas no espaço do serviço de *Drive-Thru*, tal fato de terceiro integra o risco do fornecedor: Responsabilidade civil e consumidor. Crime de roubo. Emprego de arma de fogo. *Drive-thru* de lanchonete. Fortuito interno. Súmula n. 130/STJ. Aplicabilidade. A lanchonete responde pela reparação de danos sofridos pelo consumidor que foi vítima de crime ocorrido no *drive-thru* do estabelecimento comercial. Inicialmente cumpre salientar que a rede de restaurantes, ao disponibilizar o serviço de *drive-thru* aos seus clientes, acabou atraindo para si a obrigação de indenizá-los por eventuais danos causados, não havendo falar em rompimento do nexo causal. Isso porque, assim como ocorre nos assaltos em estacionamentos, a rede de restaurantes, em troca dos benefícios financeiros indiretos decorrentes desse acréscimo de conforto aos consumidores, assumiu o dever implícito em qualquer relação contratual de lealdade e segurança, como incidência concreta do princípio da confiança. Nesse contexto, a responsabilidade em questão se assemelha muito àquelas situações dos empreendimentos comerciais, como shoppings e hipermercados, que colocam o estacionamento à disponibilização de sua freguesia, respondendo pelos danos sofridos nesse local (inteligência da Súmula n. 130 do STJ). O enunciado da súmula tem a seguinte redação: “a empresa responde, perante o cliente, pela reparação de dano ou furto de veículo ocorrido em seu estacionamento”. Equivale a dizer: é a incidência dos princípios gerais da boa-fé objetiva e da função social do contrato na compreensão da responsabilidade civil dos estabelecimentos comerciais, incumbindo ao fornecedor do serviço e responsável pelo local de atendimento o dever de proteger a pessoa e os bens do consumidor. Além disso, ao estender sua atividade para a modalidade *drive-thru*, a rede de restaurantes buscou, no espectro da atividade econômica, aumentar seus ganhos e proventos, já que, por meio do novo serviço, ampliou o acesso aos produtos e serviços de *fast food*, facilitando a compra e venda, aumentando o fluxo de clientes e de suas receitas, perfazendo diferencial competitivo a atrair e fidelizar ainda mais a sua clientela. De fato, dentro do seu poder de livremente contratar e oferecer diversos tipos de serviços, ao agregar a forma de venda pelo *drive-thru* ao empreendimento, acabou por incrementar, de alguma forma, o risco à sua atividade, notadamente por instigar os consumidores a efetuar o consumo de seus produtos de dentro do veículo, em área contígua ao estabelecimento, deixando-os, por outro lado, mais expostos e vulneráveis a intercorrências. (Processo REsp 1.450.434-SP, Rel. Min. Luís Felipe Salomão, por unanimidade, julgado em 18/09/2018, DJe 09/11/2018. Informativo nº 0637. Publicação: 7 de dezembro de 2018. Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça).

da inevitabilidade, em detrimento da imprevisibilidade, como principal elemento dos dois institutos<sup>89</sup>.

## 5. Observações finais

O dever de indenizar representa, pois, a reação estabelecida pelo ordenamento jurídico às ofensas dos interesses dignos de proteção, por meio de medida de repercussão obrigacional<sup>90</sup>. Em outras palavras, segundo a pragmática da responsabilidade civil, significa estabelecer aquele que em definitivo deve suportar o dano.

Quando se estuda a responsabilidade civil em sua função primária, percebe-se como o modo de se imputar os custos dos acidentes são virtualmente ilimitados<sup>91</sup>. De se destacar os critérios cujos elementos apresentam maior ressonância e sejam de indiscutível sugestão para restringir tal universo<sup>92</sup>, contexto no qual se enquadram dois critérios, enquanto pontos focais de discussão doutrinária com força de prospectar a divisão da matéria em duas grandes áreas ou troncos<sup>93</sup>, cada qual representando um distinto regime jurídico de indenização: a responsabilidade civil subjetiva e a responsabilidade civil objetiva.

No âmbito da responsabilidade civil por fato do produto ou serviço, a regra geral é aquele critério objetivo, no qual pode ser compreendido o regime da obrigação de garantia e o regime da obrigação tradicional de resultado.

Nesse contexto de responsabilidade objetiva, risco<sup>94</sup> e garantia<sup>95</sup> são noções delineadas como pressupostos de aplicação. A maior parte das hipóteses encontra seu fundamento e limites qualificantes na teoria do risco, segundo a qual quem com sua atividade cria as condições de um risco, deve suportar suas consequências<sup>96</sup>.

Exceção à regra encontra-se no artigo 14, §4º, do Código de Defesa do Consumidor, que determina a aplicação do critério subjetivo para apuração da responsabilidade civil aos acidentes de consumo decorrentes de fato do serviço de profissional liberal. Nessa órbita, são duas as possibilidades de qualificação jurídica do dever de segurança: obrigação de meios (i) e obrigação de resultado atenuada (ii).

De se lembrar que toda prestação, enquanto objeto da obrigação, nunca é uma entidade ou um fenômeno abstrato, mas sempre aparece como causa de realização de propósitos e interesses de tipo empírico ou prático<sup>97</sup>, ou seja, a obrigação, ainda que de meios, irá representar um comportamento idôneo a dar início a um processo de alteração

<sup>87</sup> CONSUMIDOR. RESPONSABILIDADE CIVIL. Nas relações de consumo, a ocorrência de força maior ou de caso fortuito exclui a responsabilidade do fornecedor de serviços. Recurso especial conhecido e provido. (REsp 996833/SP; RECURSO ESPECIAL 2007/0241087-1. Relator Ministro Ari Pargendler. Órgão Julgador: Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça. Data do Julgamento: 04/12/2007. Data da Publicação/Fonte: DJ 01/02/2008, p. 1).

<sup>88</sup> A respeito ver trabalho de Paulo de Tarso Vieira Sanseverino (*Responsabilidade Civil no Código do Consumidor e a defesa do fornecedor*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 316-322).

<sup>89</sup> FONSECA, Arnaldo Medeiros da. *Caso fortuito e teoria da imprevisão*. 3. ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1958. p. 147.

<sup>90</sup> LALOU, Henri. *La responsabilité civile: principes élémentaires et applications pratiques*. Paris: Dalloz, 1928. p. 2.

<sup>91</sup> *Ibid.*, p. 45.

<sup>92</sup> SCOGNAMIGLIO, Renato. *Op. cit.*, p. 43.

<sup>93</sup> *Ibid.*, p. 46.

<sup>94</sup> Nesse sentido, Renato Scognamiglio (*op. cit.*); Pietro Trimarchi (*La responsabilità civile: atti illeciti, rischio, danno*. Milano: Giuffrè, 2017. p. 275-276); LIMA, Alvino. *Culpa e risco*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1960).

<sup>95</sup> STARCK, Boris. *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*. Paris: L. Rodstein, 1947.

<sup>96</sup> Afasta-se a teoria que identifica as noções de responsabilidade civil e de culpa, por meio do método artificioso da presunção absoluta de culpa que não comporta prova liberatória. (SCOGNAMIGLIO, Renato. *Op. cit.*, p. 45).

<sup>97</sup> DÍEZ-PICAZO, Luis. *Op. cit.*, v. 2, p. 271.



ou conservação da realidade<sup>98</sup>. O credor contrata para obter um certo resultado, e não com o desejo de impor uma diligência ao seu devedor<sup>99</sup>.

Toda ação humana, portanto, é uma ação final; a prestação engloba sempre seu próprio fim, apenas por análise abstrata pode-se, numa conduta, distinguir a atuação e o resultado tal qual a classificação a ser analisada<sup>100</sup>.

No que diz respeito ao dever de segurança, a ação final consiste naquele escopo negativo de não causar danos à pessoa e aos bens do outro contratante. Um escopo negativo concretizado por meio de condutas positivas e negativas. Qualificado tal interesse no âmbito da obrigação de meios, responderá o devedor caso não atue diligentemente para o resultado de conservar indene a pessoa ou o patrimônio do outro contratante. Em se tratando de obrigação de resultado, a imputação da responsabilidade civil ao devedor decorrerá, salvo comprovado caso fortuito ou força maior, da simples lesão à pessoa ou ao patrimônio do outro contratante, uma vez que não alcançado o resultado de conservar a realidade de interesse do credor. Na hipótese de obrigação de garantia, em havendo a ausência do resultado de conservar indene a pessoa ou ao patrimônio do outro contratante, responderá o devedor por todos os riscos abrangidos na cláusula de incolumidade, cuja extensão pode ou não incluir hipóteses de caso fortuito ou força maior.

A partir da distinção dos regimes, possível observar melhores critérios para a repartição do ônus da prova<sup>101</sup>; a produção de efeitos diferenciados em relação à assunção dos riscos; e as hipóteses em que se nega eficácia à exoneração da responsabilidade civil<sup>102</sup>. Proporciona, ainda, bom auxílio na compreensão do conteúdo obrigacional dos contratos, uma vez que a distinção não se funda necessariamente numa diferença de intensidade ou degrau na diligência, mas resulta em prestações de natureza sensivelmente distintas em função do caráter aleatório (a obrigação tem por objeto um resultado quando pode se presumir que a diligência do devedor irá atingi-lo; no caso contrário, ela tem por objeto a própria diligência)<sup>103</sup>.

De todo modo, sendo a diligência parte indisponível de qualquer obrigação, independentemente de seu conteúdo, a mais valiosa distinção prática entre as obrigações de meio, de resultado e garantia consistirá na distribuição do ônus da prova<sup>104</sup>.

<sup>98</sup> MENGONI, Luigi. Op. cit., v. 2, p. 146.

<sup>99</sup> TUNC, 2000, p. 756.

<sup>100</sup> CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. Op. cit., v. 2, t. 1, p. 446.

<sup>101</sup> DEMOGUE, René. Op. cit. t. 5, p. 537-539.

<sup>102</sup> DíEZ-PICAZO, Luis. Op. cit., v. 2, p. 281-282.

<sup>103</sup> TUNC, 2000, p. 755-764.

<sup>104</sup> ROSENVALD, Nelson. Obrigações de meio, de resultado e de garantia. In: LOTUFO, Renan; MARTINS, Fernando Rodrigues (coord.). *20 anos do Código de Defesa do Consumidor: conquistas, desafios e perspectivas*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 295.