



UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

FELIPE VARELA CAON

ANÁLISE CRÍTICA DAS OBRIGAÇÕES DE MEIO E DE RESULTADO

Recife
2018

FELIPE VARELA CAON

ANÁLISE CRÍTICA DAS OBRIGAÇÕES DE MEIO E DE RESULTADO

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito do Centro de Ciências Jurídicas, Faculdade de Direito do Recife da Universidade Federal de Pernambuco como parte dos requisitos parciais para obtenção do título de Mestre em Direito.

Área de Concentração: Transformação nas Relações Jurídicas Privadas e Sociais

Orientadora: Prof^a. Dr^a. Fabíola Albuquerque Lôbo.

Recife
2018

Catálogo na fonte
Bibliotecária Ana Cristina Vieira, CRB-4/1736

C235a Caon, Felipe Varela.
Análise crítica das obrigações de meio e de resultado / Felipe Varela Caon. –
Recife, 2018.
97 f.

Orientadora: Profª. Drª. Fabíola Albuquerque Lôbo.
Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal de Pernambuco. Centro de
Ciências Jurídicas. Programa de Pós-Graduação em Direito, 2018.

Inclui referências.

1. Direito Civil - Brasil. 2. Obrigação. 3. Responsabilidade Civil. 4. Prova. I.
Lôbo, Fabíola Albuquerque (Orientadora). II. Título.

346.81 CDD (22. ed.) UFPE (BSCCJ 2020-04)

FELIPE VARELA CAON

ANÁLISE CRÍTICA DAS OBRIGAÇÕES DE MEIO E DE RESULTADO

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito do Centro de Ciências Jurídicas, Faculdade de Direito do Recife da Universidade Federal de Pernambuco como parte dos requisitos parciais para obtenção do título de Mestre em Direito.

Aprovada em: 22/02/2018.

BANCA EXAMINADORA

Prof^a. Dr^a. Fabíola Albuquerque Lôbo (Orientadora)

Universidade Federal de Pernambuco

Prof. Dr. Rodrigo Toscano de Brito (1º Examinador externo)

Universidade Federal da Paraíba

Prof. Dr. Silvio Romero Beltrão (2º Examinador interno)

Universidade Federal de Pernambuco

Prof. Dr. Torquato Castro Júnior (3º Examinador interno)

Universidade Federal de Pernambuco

AGRADECIMENTOS

Não somos o que fomos ontem, e o que somos hoje é o resultado de uma série de experiências que tivemos no passado. Este agradecimento, portanto, não é direcionado, tão somente, àqueles que me auxiliaram diretamente na realização dos meus estudos, mas àqueles que me auxiliaram a tornar-me o ser que hoje sou.

Meus pais e meus irmãos, sem sombra de dúvida, são a quem mais devo agradecimentos nesse particular. Foram eles que sempre estiveram em minha torcida, vibrando e se emocionando em cada uma das minhas vitórias. A eles, e a que tudo que deles veio, inclusive as experiências negativas, presentes em toda família, devo a minha autoconfiança, minha ética e o meu constante persistir. Muito obrigado. Amo vocês.

Amigos e sócios do escritório Serur Advogados também não poderiam deixar de constar deste agradecimento formal. Que bom que pude contar com a compreensão e a amizade de vocês durante esse período de formação acadêmica. De alguns, pude contar com mais do que isso. Eduardo e Ian, obrigado por todos os caríssimos ensinamentos. Aristóteles e Feliciano, obrigado por toda a empatia e carinho com que me acolheram em momentos de dificuldade. Caio L., obrigado pelo esforço e dedicação para suprir os meus períodos de ausência em virtude do mestrado.

Ainda do escritório, merecem destaque alguns amigos que me incentivaram e me ajudaram bastante em vários campos da minha vida. Teles, Caio S., Mariana e Louise, obrigado por tudo.

Muito devo a uma série de outros amigos, companheiros e companheiras, aqui inomináveis, em razão de possível injustiça decorrente de eventual omissão da minha parte, que fazem parte da minha história, ainda que muitos deles não mais façam parte da minha vida. Obrigado por todo o incentivo que me deram. Sem vocês, tudo seria mais difícil, quiçá impossível.

Tratando daqueles que intervieram ativamente na minha formação acadêmica, não posso deixar de agradecer profundamente aqueles que formam o PPGD, da UFPE, dentre os quais destaco, sem desmerecimento de todos os demais, os professores Torquato Castro Jr., Ivo Dantas, Paulo Lôbo, Sílvio Romero e Larissa Leal, por terem gerado em mim sérias reflexões que vão muito além do conhecimento científico, os funcionários Nilvaldo, Thomás e, principalmente, D.

Carminha, por todo o apoio que prestaram a todos os alunos ao longo desse biênio, e os colegas de mestrado Patrícia Rocha, Flávio Vidal e Rogério Torres, com quem pude dividir as naturais angústias desse período de pós-graduação.

No campo acadêmico, porém, não há agradecimento maior àquele que dedico à minha orientadora, a Dr^a. Fabíola Lôbo, professora que nos faz lembrar que ensinar é muito mais do que passar conhecimento. Muito obrigado pelos ensinamentos, pela paciência, pelos conselhos e, principalmente, pela empatia.

RESUMO

A distinção das obrigações de meio e de resultado traz uma série de consequências de ordem prática, notadamente no tocante às regras de distribuição do ônus da prova, todas aplicadas, hoje, sem previsão normativa. Pela sua concepção tradicional, cabe ao credor, nas obrigações de meio, comprovar a culpa do devedor na hipótese da ocorrência do inadimplemento da obrigação; já nas obrigações de resultado, há uma presunção de culpa em desfavor desse. Tal concepção clássica é discutida por diversos juristas, que questionam os motivos da existência da referida dicotomia. Objetivou este trabalho científico, em uma abordagem multidisciplinar, cotejar as premissas tradicionais de tal distinção com os conceitos de obrigação como processo, esboçado, no Brasil, por Clóvis do Couto e Silva, com os atuais estudos relacionados aos objetivos da reparação civil e as normas atuais relativas à questão da distribuição do ônus da prova, tudo para enfrentarem-se, criticamente, as razões da manutenção, ou não, da discutida distinção no ordenamento jurídico brasileiro. A pesquisa contribui para resolução de questões práticas relacionadas ao inadimplemento das obrigações consideradas de meio e/ou de resultado pela jurisprudência brasileira, tais como aquelas celebradas entre os advogados e seus clientes, ou os médicos e seus pacientes.

Palavras-chave: Obrigações de meio e de resultado. Análise funcional da obrigação. Distribuição do ônus da prova. Funções da responsabilidade civil.

ABSTRACT

The distinction between obligations of means and result has a series of practical consequences, notably with regard to the rules of distribution of the burden of proof, all applied today without any normative prediction. By its traditional conception, it is up to the creditor, in the obligations of means, to prove the fault of the debtor in the event of the occurrence of default of the obligation; already in the obligations of result, there is a presumption of fault against of this one. This classic conception is discussed by several jurists, who question the reasons for the dichotomy. The objective of this scientific work was to compare the traditional premises of this distinction with the concepts of obligation as a process, outlined in Brazil by Clóvis do Couto e Silva, with the current studies related to the objectives of civil liability and atual rules of the distribution of the burden of proof, all to face, critically, the reasons for the maintenance or not of the discussed distinction in the brazilian legal order. The research contributes to the resolution of practical issues related to the breach of the obligations considered by means and / or results by brazilian jurisprudence, such as those concluded between lawyers and their clients, or physicians and their patients.

Keywords: Obligations of means and results. Functional analysis of the obligation. Distribution of burden of proof. Functions of civil liability.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 OBRIGAÇÕES DE MEIO E DE RESULTADO SOB PERSPECTIVA CLÁSSICA	14
2.1 A CLÁSSICA DIVISÃO DAS OBRIGAÇÕES DE MEIO E DE RESULTADO.....	14
2.2 RELAÇÃO OBRIGACIONAL: DO ESTANQUE LIAME AO PROCESSO, NA CONCEPÇÃO DE CLÓVIS DO COUTO E SILVA.....	17
2.3 PERSPECTIVA TRADICIONAL DA RELAÇÃO OBRIGACIONAL: ANÁLISE ESTRUTURAL DO VÍNCULO JURÍDICO.....	18
2.4 PRINCÍPIOS DA RELAÇÃO OBRIGACIONAL.....	21
2.4.1 Autonomia da vontade	22
2.4.2 Boa-fé objetiva	24
2.4.2.1 O dever de informar.....	28
2.4.3 Separação entre a fase do nascimento e desenvolvimento dos deveres e do adimplemento	32
2.4.3.1 Teoria da causa do contrato.....	33
2.4.3.2 A flexibilização do conceito de adimplemento das obrigações: a obrigação como processo funcional.....	36
3 O INADIMPLEMENTO DAS OBRIGAÇÕES E A RESPONSABILIDADE CIVIL ..	42
3.1 A CRISE DA OBRIGAÇÃO E A RESPONSABILIDADE CIVIL.....	42
3.2 DO SUBJETIVO DEVER DE INDENIZAR À OBJETIVAÇÃO DA REPARAÇÃO CIVIL.....	43
3.3 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL E AS SUAS CONSEQUÊNCIAS NA RESPONSABILIDADE CIVIL.....	45
3.4 A DIMINUIÇÃO DO PAPEL DA CULPA COMO ELEMENTO DO DEVER DE REPARAR.....	48
3.5 A RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO.....	52
4 ÔNUS DA PROVA NAS AÇÕES DE RESPONSABILIDADE POR INADIMPLEMENTO CONTRATUAL	59
4.1 A PROVA E A SUA VALORAÇÃO.....	59
4.2 REGRA GERAL DE DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA, E ESPECÍFICA PARA AS OBRIGAÇÕES DE MEIO E DE RESULTADO.....	62
4.3 DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA NO CÓDIGO DE DEFESA DO	

CONSUMIDOR.....	63
4.4 O PROFISSIONAL LIBERAL E O ART. 14, §4º, DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR.....	66
4.5 TEORIA DA DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA.....	68
5 OBRIGAÇÃO DE MEIO E DE RESULTADO: HÁ FUNDAMENTOS PARA A MANUTENÇÃO DA DICOTOMIA?.....	71
5.1 CRÍTICAS CLÁSSICAS À DISTINÇÃO CONCEITUAL.....	71
5.2 A PRIMAZIA DO INTERESSE DA VÍTIMA NAS RELAÇÕES CONTRATUAIS E AS OBRIGAÇÃO DE MEIO.....	78
5.3 A DIMINUIÇÃO DO PAPEL DA CULPA, NA RESPONSABILIDADE CIVIL, E O REFLEXO NA DISTINÇÃO DAS OBRIGAÇÕES DE MEIO E DE RESULTADO.....	80
5.4 A TEORIA DA DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS PROBATÓRIO E OS REFLEXOS NA DISTINÇÃO DAS OBRIGAÇÕES DE MEIO E DE RESULTADO....	84
6 CONCLUSÃO.....	89
REFERÊNCIAS.....	92

1 INTRODUÇÃO

A clássica divisão das obrigações de meio e de resultado foi aceita no Brasil sem grandes discussões, até com certo entusiasmo¹, apesar de inexistir, até a presente data, em qualquer regulamentação legal. Os critérios de sua distinção apresentados pela doutrina, por sua vez, aparentam ser, ao primeiro momento, confusos, além de não serem muito detalhados em alguns dos manuais de direito civil mais acessíveis e utilizados na atualidade, que se limitam a repetir o posicionamento dos tribunais sobre o tema.

Ocorre que, na jurisprudência, possivelmente em virtude da ausência de critérios objetivos de distinção entre as referidas obrigações de meio e de resultado, também se vislumbram soluções, isto é, normas jurídicas individuais, distintas² para hipóteses fáticas semelhantes³.

Tudo isso motivou o desenvolvimento deste estudo.

E na certeza de que toda *“investigação sempre parte de uma indagação”*⁴, houve de se perguntar: sobre que pilares do direito está erguido o dogma da referida *divisio*? Os fundamentos levantados pelos doutrinadores para justificar a divisão estão em conformidade com a atual “evolução” da responsabilidade civil, frente aos princípios constitucionais vigentes? Foram essas as perguntas, verdadeiros guias dos estudos e da elaboração desta dissertação de mestrado, que se pretendeu responder a investigação, realizada sob o enfoque da decidibilidade de conflitos⁵.

¹ RENTERÍA, Pablo. **Obrigações de meio e de resultado**: análise crítica. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 27.

² Nesse sentido, veja-se que o Superior Tribunal de Justiça já decidiu que “nas obrigações de resultado, a responsabilidade do profissional da medicina permanece subjetiva” (Recurso Especial nº 1.180.815 - MG, Relatora Ministra Nancy Andrighi, Data de Julgamento: 19/08/2010, Terceira Turma), mas também já julgou que “configura obrigação de resultado, a implicar responsabilidade objetiva, o diagnóstico fornecido por exame médico” (Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1117146-CE, Relator Ministro Raul Araújo, Data de Julgamento: 05/09/2013, Quarta Turma).

³ Nesse sentido: “A ausência de um critério transparente legitimando a classificação binária é um problema a ser enfrentado. As múltiplas possibilidades de enquadramento – álea de obtenção do resultado, atividade ou passividade do credor, maior ou menor precisão da prestação, assunção dos riscos do negócio etc. – impossibilitam a defesa de um quadro classificatório autônomo. E o impede porque, consoante o referencial utilizado para classificar a prestação, essa poderá ser alocada em uma ou outra cercania, o que não parece aceitável em qualquer proposta de enquadramento que se afirme científica”. CATALAN, Marcos Jorge. **A Morte da culpa na responsabilidade contratual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 203.

⁴ WERLE, Vera Maria; Pesquisa Jurídica: uma reflexão paradigmática. **(Re) Pensando Direito**, v. 1, p. 51-55, 2011.

⁵ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Função social da dogmática jurídica**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 121.

De proêmio, é importante destacar que, apesar de a discussão crítica das obrigações de meio e de resultado não ser, na atualidade, tão comum no ambiente acadêmico civilístico, o problema aqui trazido já foi enfrentado por alguns doutrinadores, tendo alguns chegado à conclusão favorável à manutenção da distinção, e outros no sentido de apontar a necessidade de sua superação.

A exemplo disso, verifica-se que, enquanto Paulo Lôbo chega a afirmar que “tal distinção das obrigações não mais se sustenta, pois contradiz um dos principais atores de transformação da responsabilidade civil, ou seja, a primazia do interesse da vítima”⁶, Pablo Rentería, em estudo aprofundado sobre a questão, afirma que “não se justifica a opinião segundo a qual não haveria mais razão para se distinguir as duas espécies de obrigação”⁷.

Sem adentrar, ao menos nesse momento, nas causas das divergências havidas entre os doutrinadores sobre a questão, a primeira conclusão preliminar a que se chegou, ao analisar os argumentos suscitados em defesa de um ou outro ponto de vista, é que um estudo crítico das obrigações de meio e de resultado não poderia ser feito, salvo melhor juízo, sem o enfrentamento de três questões primordiais: i) o que é uma relação obrigacional; ii) quais as consequências do inadimplemento das obrigações (análise da questão sob a ótica da responsabilidade civil contratual); iii) há critérios objetivos de distinção entre as obrigações de meio e de resultado?; iv) a *divisio* se faz necessária, para fins de distribuição do ônus da prova?

Essas questões são, pois, fundamentais para a realização deste estudo, a ponto de elas interferirem diretamente na divisão dos capítulos desta dissertação. No mais, e para não incorrer na acertada crítica de Boaventura de Souza Santos, que entende que o saber hiperespecializado “*reduziu a complexidade da vida jurídica à segura da dogmática*”⁸, buscou-se realizar uma análise holística do objeto de estudo, pesquisando criticamente as obrigações de meio e de resultado - o que, a princípio, se ateria tão somente ao direito das obrigações - levando em consideração os seus reflexos e influências da (e na) responsabilidade civil.

⁶ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito civil: Obrigações**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 39.

⁷ RENTERÍA, Pablo. **Obrigações de meios e de resultado: análise crítica**. São Paulo: Método, 2011. p. 134.

⁸ WERLE, Vera Maria. Pesquisa Jurídica: uma reflexão paradigmática. **(Re) Pensando Direito**, v. 1, p. 51-55, 2011.

Em um primeiro momento, buscou-se estudar o conceito das obrigações de meio e de resultado, sob a perspectiva clássica, desde a sua origem, na França, por René Demogue, com enfoque nos critérios tradicionalmente eleitos para se fazer a distinção.

Em um segundo momento, perseguiu-se analisar a relação obrigacional sob a ótica do Prof. Clóvis do Couto e Silva, marco teórico desta dissertação, a fim de entender o fenômeno obrigacional dinâmico, como processo. Nesse viés, buscou-se aprofundar os estudos acerca da funcionalidade das obrigações, bem como dos princípios cujo reconhecimento de sua incidência deram uma nova perspectiva sobre o seu tradicional conceito, estabelecido como um único liame jurídico existente entre devedor e credor, que autoriza aquele a exigir deste o cumprimento de determinada prestação.

Dentre esses princípios, deu-se maior destaque à boa-fé (em especial, ao dever de informar dela advindo) e à separação das fases do nascimento, cumprimento e extinção das obrigações (com enfoque na análise da causa do contrato), os quais parecem influenciar diretamente na análise crítica das obrigações de meio e de resultado.

Após a análise funcional das obrigações, passou-se a enfrentar o momento da sua crise, isto é, do seu inadimplemento, e os reflexos dele advindos. Nesse ponto, procurou-se estudar o atual estágio da responsabilidade civil, o fenômeno da sua objetivação, com destaque na análise da possível derrocada da culpa como elemento do dever de reparar.

Dita análise se fez necessária em razão do fato de a culpa ser utilizada como fator distintivo entre as obrigações de meio e de resultado, quando do seu inadimplemento. Sob a perspectiva clássica, enquanto nas obrigações de meio a culpa deve ser demonstrada, por parte do credor, nas obrigações de resultado, a culpa é presumida, de modo que, para livrar-se do dever de reparar, cabe ao devedor comprovar a ocorrência de algum excludente de responsabilidade.

Após o estudo do atual estágio da responsabilidade civil, fez-se breve imersão na temática da prova, com especial enfoque na teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, temática que parece interferir diretamente nos reflexos clássicos da distinção das obrigações de meio e de resultado.

Por fim, buscou-se cotejar as conclusões atingidas no curso do estudo com os clássicos critérios de distinção das obrigações de meio e de resultado, fazendo-se

uma verdadeira análise crítica dos institutos, sob a perspectiva e metodologia do direito civil-constitucional, para enfrentar a questão da utilidade (ou não) da outrora designada *summa divisio*⁹.

⁹ RENTERÍA, Pablo. **Obrigações de meio e de resultado**: análise crítica. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 1.

2 OBRIGAÇÕES DE MEIO E DE RESULTADO SOB PERSPECTIVA CLÁSSICA

2.1 A CLÁSSICA DIVISÃO DAS OBRIGAÇÕES DE MEIO E DE RESULTADO

Apesar de certas divergências quanto à origem da distinção entre as obrigações de meio e de resultado (ou obrigações determinadas e de prudência e diligência, de acordo com Mazeaud-Tunc¹⁰), se romana, alemã¹¹, espanhola ou italiana, há certa predominância na doutrina no sentido de que tal dicotomia foi criada pelo jurista René Demogue, em 1925¹², na França, e que ela advém da própria evolução da responsabilidade civil no direito francês. A distinção também foi enfrentada pelos tribunais da *common law*¹³. Mas, mesmo aqueles que não creditam ao jurista francês a paternidade da distinção, atribuem a ele a sistematização da teoria¹⁴.

A distinção, que alcançou a sua consagração pela Corte de Cassação, em um célebre julgado sobre prestação de sérvios médicos¹⁵, é assim conceituada por Demogue:

A obrigação que pode recair sobre um devedor não é sempre da mesma natureza. Ela pode ser uma obrigação de resultado ou de meio. Uma pessoa que recebeu a incumbência de praticar um ato unilateral, ou se encarregou de transportar uma encomenda, de construir um imóvel. Os

¹⁰ LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos de derecho privado**: código civil y comercial de la nación argentina. Buenos Aires: La Ley, 2016. p. 211.

¹¹ “Registre-se, contudo, que, já no final do século XIX, no exame das disposições do novo BGB que passaria a vigorar em 1900, Franz Bernhöft detinha-se na distinção das obrigações a partir da tensão entre a vontade do devedor em relação a certo resultado, e as situações em que só se lhe obrigue fazer o quanto seja possível para atingi-lo, podendo ser liberado independentemente de o fim ter sido alcançado. Na Itália, foram influentes os estudos de Francesco Leone (1915), Giuseppe Osti (1918), e mais à frente Luigi Mengoni (1954), distinguindo entre as obrigações consistentes em determinada atividade e outras que impliquem atingimento de um resultado” (MIRAGEM, Bruno. *Direito civil: direito das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 238-239).

¹² RENTERÍA, Pablo. **Obrigações de meio e de resultado**: análise crítica. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 09.

¹³ “Também na *common law* o adequado cumprimento da prestação (performance) foi objeto e atenção dos tribunais distinguindo as obrigações nas quais será exigida a prestação complete (*complete or satisfactory performance*), vinculando o exercício da pretensão judicial pelo inadimplemento a uma expectativa razoável (*reasonable expectation*) sobre o resultado previsto. Na mesma linha há o reconhecimento do adimplemento substancial (*substancial performance*), quando resulte de um esforço honesto do devedor na realização da prestação que se complete quase plenamente” (MIRAGEM, Bruno. op. cit. p. 239).

¹⁴ OSTERLING PARODI, Felipe; CASTILLO FREYRE, Mario. El tema fundamental de las obligaciones de medios y de resultados frente a la responsabilidad civil. **Derecho PUCP**, [S.l.], n. 53, p. 475-512, dec. 2013. Disponível em: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/6568>. Acesso em: 9 set. 2017.

¹⁵ COMPARATO, Fábio Konder. **Ensaio e pareceres de direito empresarial**. Rio de Janeiro: Forense, 1978. p. 524.

resultados não foram atingidos. Constatados esses dois fatos, obrigação e inexecução, o credor tem ganho de causa, a menos que o devedor prove que esteve impossibilitado de cumprir a obrigação, por caso fortuito ou força maior. Ao invés de prometer um resultado, é possível se obrigar, legalmente ou convencionalmente, de adotar certas medidas que normalmente são de natureza a conduzir a um certo resultado.¹⁶

Como se observa, referida dicotomia, em linhas gerais, funda-se nos seguintes critérios: i) no grau de determinismo da prestação; ii) na maior ou menor aleatoriedade do resultado prometido; ou, iii) na intensidade da participação do credor na execução da prestação¹⁷. Se o resultado é determinado, não há álea que envolva a execução da obrigação, e se a participação do credor é ínfima ou inexistente, a obrigação seria de resultado. Ao revés, se o resultado dependesse de fatores aleatórios à vontade do devedor, inclusive da própria participação do credor na prestação, tal obrigação seria de meio.

Nas obrigações de resultado, o devedor efetivamente resta vinculado a um resultado determinado, respondendo por descumprimento caso este não seja atingido. Seria o caso, por exemplo, do contrato de transporte ou de depósito. Já nas obrigações de meio, o devedor não se vincula a um resultado, mas se compromete, tão somente, a agir com diligência necessária para que a finalidade da obrigação seja atingida. É o caso, como a doutrina majoritária aponta, das obrigações dos médicos e dos advogados, que não se comprometeriam, em regra, com a cura do paciente ou com o êxito na ação judicial, mas, unicamente, a agirem diligentemente no intuito de satisfazer o interesse do credor.

Há casos, no entanto, de exceções criadas pelas própria doutrina e jurisprudência. A obrigação do médico, de acordo com a concepção tradicional da dicotomia, deixaria de se vincular a uma obrigação de meio, para adotar uma obrigação de resultado, quando se tratar de um caso de cirurgia estética. Nesse caso, o médico não se comprometeria a se esforçar para atingir o resultado final prometido. Ele, de fato, estaria vinculado a este, e o simples descumprimento dessa

¹⁶ Tradução livre. No original: "*L'obligation qui peut peser sur un débiteur n'est pas toujours de même nature. Ce peut-être une obligation de résultat ou une obligation de moyen. Une personne a reculé mandat de faire un acte unilatéral, ou elle s'est chargée de transporter un colis, de construire un bâtiment. Ces résultats ne sont pas atteints. Ces Deux points constatés obligation et inexécution. Le créancier a gain de cause, à moins que de débiteur ne prouve avoir été dans l'impossibilité d'exécuter par cas fortuit ou force majeure. Au lieu de promettre un résultat, on peut être obligé légalement ou conventionnellement de prendre certaines mesures que normalement son de nature à amener un résultat*". (DEMOGUE, René. **Traité des obligations en general**, Tomo V. Paris: Librairie Arthur Rousseau e cie, 1925. p. 538-539).

¹⁷ CATALAN, Jorge. **A Morte da culpa na responsabilidade contratual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 203.

obrigação, isto é, na hipótese de divergência entre a promessa de embelezamento realizada e o resultado final alcançado, seria suficiente para que surgisse o dever de indenizar¹⁸.

Hipótese diversa seria, pois, se essa cirurgia tivesse por objetivo a cura de uma enfermidade. Nesse caso, entende a doutrina que o médico não se vincula a um resultado final (cura), mas, somente, a agir com o máximo de diligência para que a cirurgia seja bem sucedida.

Mas o fato é que o principal reflexo da distinção apontada reside justamente na distribuição do ônus probatório. Nas obrigações de resultado, o credor é isento do ônus de provar a culpa do devedor para obter o direito de ser indenização. Bastaria a comprovação da existência da obrigação e do seu inadimplemento. O devedor, nessa hipótese, só deixaria de ser condenado se conseguir provar a presença de excludentes de responsabilidade, tal como a força maior ou o caso fortuito¹⁹. A culpa do devedor, nesse caso, seria presumida²⁰.

¹⁸A doutrina majoritária se posiciona no sentido de que a obrigação do médico, nas cirurgias estéticas, é de resultado. No entanto, vale conferir o posicionamento de Ruy Rosado de Aguiar, que entende que toda cirurgia trata de obrigação de meio: “O acerto está, no entanto, com os que atribuem ao cirurgião estético uma obrigação de meios, embora se diga que os cirurgiões plásticos prometam corrigir, sem o que ninguém se submeteria, sendo são, a uma intervenção cirúrgica, pelo que assumiriam eles a obrigação de alcançar o resultado prometido, a verdade é que a álea está presente em toda intervenção cirúrgica, e imprevisíveis as reações de cada organismo à agressão de ato cirúrgico. Pode acontecer que algum cirurgião plástico, ou muitos deles assegurem a obtenção de um certo resultado, mas isso não define a natureza da obrigação, não altera a sua categoria jurídica, que continua sendo sempre a obrigação de prestar um serviço que traz consigo o risco. É bem verdade que se pode examinar com maior rigor o elemento culpa, pois mais facilmente se constata a imprudência na conduta do cirurgião que se aventura à prática da cirurgia estética, que tinha chances reais, tanto que ocorrente de fracasso. A falta de uma informação precisa sobre o risco e a não-obtenção de consentimento plenamente esclarecido conduzirão eventualmente à responsabilidade do cirurgião, mas por descumprimento culposo da obrigação de meios. Na cirurgia estética, o dano pode consistir em não alcançar o resultado embelezador pretendido, com frustração da expectativa, ou em agravar os defeitos piorando as condições do paciente. As duas situações devem ser resolvidas à luz dos princípios que regem a obrigação de meios, mas no segundo fica mais visível a imprudência ou a imperícia do médico que prova a deformidade. O insucesso da operação, nesse último caso, caracteriza indício sério da culpa do profissional, a quem incumbe a contraprova de atuação correta”. (AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Responsabilidade civil do médico. Direito e Medicina: aspectos jurídicos da Medicina*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 133-180).

¹⁹A lei, por vezes, impede que um excludente de responsabilidade isente o devedor do dever de reparar. É o caso, por exemplo, daquele que firmou contrato de transporte de pessoas. Por força da disposição expressa do art. 735, do Código Civil de 2002 (A responsabilidade contratual do transportador por acidente com o passageiro não é elidida por culpa de terceiro, contra o qual tem ação regressiva), a culpa de terceiro não elide a responsabilidade civil do transportador, na hipótese da ocorrência de acidente que cause danos, muito embora assegure a este o direito de regresso contra o verdadeiro causador do fato ilícito.

²⁰VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. 9 ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 56.

E essa presunção, segundo André Tunc²¹, seria perfeitamente compreensível, pois, nesse tipo de obrigação, é possível supor que o resultado comumente é atingido mediante o emprego de esforços ordinários. Não fosse assim, o devedor não aceitaria se obrigar.

Nas obrigações de meio, por sua vez, caberia ao credor comprovar que o devedor não agiu com a diligência que dele se esperava²². Cabe àquele, portanto, demonstrar que este não se comportou como “um bom pai de família”²³. A inexistência de culpa presumida se justificaria, segundo André Tunc²⁴, pelo fato de que, nas obrigações de meio, o resultado não depende única e exclusivamente do devedor. Há inúmeros fatores externos que podem interferir na execução da obrigação.

No clássico exemplo do médico, o sucesso da intervenção cirúrgica ou medicamentosa não depende da atuação do profissional, tão somente, mas, entre tantas outras variáveis, da forma como o organismo do paciente irá reagir ao tratamento. É lógico que, em virtude dos inúmeros estudos que orientam a realização de procedimentos médicos, há uma previsibilidade do comportamento do doente, mas isso não detém um grau de certeza que justifique a presunção de culpa do médico, já que cada organismo é diferente e o estágio da doença nem sempre é o mesmo quando do início do tratamento.

Existiria, portanto, nas obrigações de meio, uma álea, algo inexistente nas obrigações de resultado. Um fato externo imprevisível.

2.2 RELAÇÃO OBRIGACIONAL: DO ESTANQUE LIAME AO PROCESSO, NA CONCEPÇÃO DE CLÓVIS DO COUTO E SILVA

O direito, tal como a vida, é dinâmico e, justamente por isso, tende a acomodar-se a novas realidades sociais. O desejo napoleônico de que a vida civil fosse regulada por uma lei perene não durou muito. A fluidez da vida simplesmente impede que regulações sejam eternas, e isso logo foi percebido pelos juristas -

²¹TUNC, André. A distinção entre obrigações de resultado e obrigações de diligência. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 89, n. 778, p. 755–764, ago. 2000.

²²FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: obrigações**. 11 ed. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 340.

²³VENOSA, op. cit., p. 54.

²⁴TUNC, op. cit., p. 756.

certamente não sem que, antes, a suposta atemporalidade da lei causasse certas injustiças.

O direito das obrigações, todavia, sempre pareceu, aos olhos dos juristas, uma redoma imune a modificações²⁵. Muitos dos tradicionais conceitos do direito obrigacional, aliás, até hoje permanecem, incólumes, guardando a mesma significação que possuíam à época em que foram criados, tal como o instituto da própria relação obrigacional, que, por muito tempo, manteve sua conceituação e características, sem que se pusesse sobre ela um olhar crítico indispensável à sua “adesão” à nova realidade social.

Se a matéria das obrigações é a parte teórica por excelência do Direito Privado, aquela que mais tem suscitado estudos e controvérsias através dos tempos, não deixa de causar estranheza o fato de que alguns de seus capítulos – tal como a classificação das obrigações – venham atravessando impavidamente séculos, desde a sistematização dos glosadores medievais, em plácida imutabilidade. Será este o sintoma de que se atingiu na matéria a *summa ratio*, capaz de resistir à formidável evolução da vida jurídica privadas desde a época de Irnério, Bártolo e Arcúcio?²⁶

Não é difícil imaginar que as relações sociais de outrora tinham por base valores e realidades absolutamente distintas das atuais. As transações guardavam um grau de pessoalidade simplesmente impensável hodiernamente. A complexidade da sociedade moderna passou a exigir dos juristas o fornecimento de instrumentos adequados ao trânsito jurídico, pois aqueles voltados a simples transações de compra e venda de gado, citadas com frequência na doutrina tradicional, entre “Caio” e “Tício”, não mais são suficientes ao atendimento de suas necessidades.

O direito das obrigações, precisou, portanto, de uma reformulação, a partir de uma análise funcional da relação obrigacional, indo além, pois, da sua importante - mas insuficiente - análise estrutural.

2.3 PERSPECTIVA TRADICIONAL DA RELAÇÃO OBRIGACIONAL: ANÁLISE ESTRUTURAL DO VÍNCULO JURÍDICO

²⁵ “Ao mesmo tempo em que as escolas do direito civil contemporâneo conclamam a historicidade e a relatividade de seus institutos, a Teoria geral das Obrigações continua a ser tratada, difusamente, da mesma forma acrítica com que se enfrentou o tema na codificação anterior. As obrigações constituir-se-iam, segundo o entendimento tradicional, na mais bem-acabada expressão da racionalidade técnica do direito civil: uma regulação perene, definitiva”. (TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. **Código Civil interpretado**: conforme a Constituição da República. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. v. 3. p. 492).

²⁶ COMPARATO, Fábio Konder. **Ensaio e pareceres de direito empresarial**. Rio de Janeiro: Forense, 1978. p. 521.

A conceituação de um instrumento jurídico, isto é, dar significado aos significantes do meio, é indispensável à sua utilização prática. Mais do que isso, também compete ao jurista, além de dar significado às palavras do mundo do direito, realizar simplificações sistemáticas de fatos condicionantes que implicam consequências jurídicas²⁷.

O termo obrigação, por exemplo, tal como propriedade, direito subjetivo, crédito etc., é, na origem, absolutamente desconstituído de significado. Coube ao jurista, então, para que pudesse viabilizar o trânsito jurídico de coisas, estabelecê-lo – ou, até, assumir, no mundo do direito, um significado já existente no pensamento pré-científico -, fazendo-o também quanto às consequências jurídicas de sua aplicação.

Foi nessa linha que a relação obrigacional, durante muito tempo, foi conceituada como liame estanque, estabelecido entre credor e devedor, que representava um crédito cujo inadimplemento autorizava aquele a exigir o seu cumprimento por parte deste. Nas palavras de Orlando Gomes:

Encarada em seu conjunto, a relação obrigacional é um vínculo jurídico entre duas partes, em virtude do qual uma delas fica adstrita a satisfazer uma prestação patrimonial de interesse da outra, que pode exigí-la, se não for cumprida espontaneamente, mediante agressão ao patrimônio do devedor²⁸.

Essa definição tradicional leva em conta o lado passivo da relação, o devedor, que fica obrigado a uma prestação/dívida. Do lado ativo da relação, porém, isto é, do credor, tinha-se o crédito, que se contrapõe à prestação/dívida. A obrigação seria, enfim, o vínculo jurídico temporário estabelecido entre o credor e o devedor, que impunha a este o dever de dar, fazer ou não fazer determinada coisa em favor daquele: *ius et obligatio sunt correlata*²⁹ (a todo direito corresponde uma obrigação).

Observa-se, pois, que o conceito de obrigação, em regra, guarda certa relação com transitoriedade. Seria, pois, sob a perspectiva tradicional, o vínculo jurídico transitório que autoriza o credor a exigir do devedor uma determinada prestação.

²⁷ ROSS, Alf. **Tû-Tû**. São Paulo: Quartier Latin, 2004. p. 39

²⁸ GOMES, Orlando. **Obrigações**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 19.

²⁹ NONATO, Orosimbo. **Curso de Obrigações**. Rio de Janeiro: Forense, 1959. p. 58. v. 1.

Esse vínculo, de fato, costuma ser temporário, encerrando-se a obrigação quando do alcance do seu termo, ou satisfação de sua finalidade. A maioria deles, inclusive, sob um ponto de vista factual, se encerra de modo instantâneo, como uma compra e venda de mercadorias de menor valor, tal como bombons ou revistas, em que o consumidor entrega o dinheiro e, ato contínuo, recebe o produto.

Mas há obrigações, no entanto, longínquas, que vinculam credor e devedor por anos, até que, finalmente, atinjam o seu fim. É o caso, por exemplo, de contratos de financiamento imobiliário, que se estendem, com grande frequência, por décadas.

Mas a verdade é que nem sempre uma obrigação guarda uma relação direta com o tempo, e o grande exemplo disso são as obrigações de não fazer³⁰, cuja existência pode durar toda a vida daqueles que integram a relação jurídica. O tempo, portanto, não pode integrar, como regra geral, o conceito de obrigação.

Desse modo, tal como esclarece San Tiago Santos, sem considerar a questão temporal ao tratar de conceitos, a obrigação tinha por foco um liame único que existia unicamente entre o devedor e o credor, não passava de um dever correspondente a um direito relativo:

São obrigações, em primeiro lugar, deveres que correspondem a um direito relativo, isto é, não são deveres que recaem, indistintamente, sobre os membros de uma coletividade ou que afetem um indivíduo em razão da relação que ele se encontra com uma coisa. São deveres que, realmente, se inserem numa pessoa determinada, que aderem, não às coisas, mas às pessoas e, por essa razão, as obrigações são chamadas, também, direitos pessoais³¹.

Como se vê, as obrigações, em sua concepção tradicional, eram estudadas sob sua perspectiva estrutural, mediante identificação dos sujeitos e daquilo que se prometia. A análise da função das obrigações tinha uma importância secundária, e somente se mostrava presente em casos pontuais, como na apreciação da legitimidade de pagamento realizado por terceiro ou a análise da possibilidade do pagamento da dívida mesmo após o termo (purgação de mora)³².

Esse desinteresse pela análise funcional do direito, inclusive, não se resumia ao direito obrigacional, e advinha da presunção da irrelevância da função do direito

³⁰ NONATO, op. cit., p. 72.

³¹ DANTAS, San Tiago. **Programa de direito civil**. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1978. p. 15. v. 2.

³² KONDER, Carlos Nelson; RENTERIA, Pablo. A funcionalização das relações obrigacionais: interesse do credor e patrimonialidade da prestação. *In*: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Org.). **Diálogos sobre direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. v. 2.

por partes dos juristas³³. Kelsen, por exemplo, citado e contestado por Bobbio³⁴, chegou a afirmar que o direito não tinha uma função específica, mas consistia em um instrumento que poderia ser utilizado nas mais diversas funções.

A análise funcional do direito, porém, parece ter demonstrado a sua efetiva relevância³⁵. Fachin afirma que a “travessia da estrutura para a função” alterou ontologicamente diversos institutos de base³⁶. No direito obrigacional, pois, observa-se que a análise estrutural dos conceitos isolados que compõem o vínculo obrigacional já atingiu o seu importante objetivo, sendo certo que, desde há algum tempo, a doutrina, além de ressaltar a complexidade do vínculo obrigacional, tem destacado a importância dos objetivos perseguidos pelas partes da relação obrigacional (perspectiva dinâmica e funcional das obrigações³⁷), em contraste com as teorias personalistas - que afirmavam que o direito de crédito, analisado sob o ponto de vista estrutural, representava um vínculo pessoal, um direito que tem por objeto a própria conduta do devedor³⁸ - e realistas da obrigação – que concluíam que o direito de crédito não diz respeito à prestação, mas, antes, a um direito sobre o patrimônio do devedor³⁹.

2.4 PRINCÍPIOS DA RELAÇÃO OBRIGACIONAL

A bipartição das normas jurídicas em regras e princípios é, como se sabe, algo amplamente defendido pela doutrina. Enquanto aquelas são relatos descritivos de condutas, com um conteúdo objetivo, certo e específico, a partir do qual,

³³BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função**: novos estudos de teoria do direito. Tradução: Daniela Beccaccia Versiani. Barueri: Manole, 2007. p. 87.

³⁴BOBBIO. op. cit. p. 85.

³⁵“Em atendimento à função promocional do Direito, o princípio da democracia impõe a máxima eficácia ao texto constitucional, expressão mais sincera das profundas aspirações de transformação social. Por conta disso, a funcionalização dos institutos clássicos do direito civil às finalidades superiores consagradas na Constituição, tal como se observa, por exemplo, na instrumentalização da família ao livre desenvolvimento de seus membros e na subordinação da tutela do contrato e da propriedade à realização da função (rectius, justiça) social, tornou-se uma consequência necessária do respeito obrigatório à hierarquia das fontes”. (MORAES, Maria Celina Bodin de. A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil. **Direito, Estado e Sociedade**, v. 9, n. 9, jul./dez. 2006, p. 235).

³⁶FACHIN, Luiz Edson. **Direito civil**: sentidos, transformações e fim. Rio de Janeiro: Renovar, 2015. p. 31.

³⁷PERLINGIERI, Pietro. **Perfis de direito civil**. Tradução: Maria Cristina de Cicco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 207.

³⁸LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. **Direito das obrigações**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2002. p. 64.

³⁹LEITÃO, op. cit., p. 67.

mediante subsunção, enquadram-se os fatos cotidianos às previsões abstratas da norma⁴⁰, estes são verdadeiros mandamentos de otimização, que: “são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas”⁴¹.

Também há certo consenso, na doutrina, de que os princípios, antes reservados ao papel meramente informativo/integrativo, exercem uma função de destaque no ordenamento, por representarem verdadeiros pilares axiológicos do sistema jurídico⁴², sobre os quais este se ergue.

É justamente em razão de tal relevância que, ao estudar as obrigações, não se deve deixar de estudar a influência dos princípios na relação obrigacional, notadamente os da autonomia da vontade, da boa-fé e da separação entre a fase do nascimento e desenvolvimento e a fase do adimplemento das obrigações, os quais, segundo Clóvis do Couto, condicionam o próprio desenvolvimento da relação obrigacional, polarizado pelo adimplemento⁴³.

2.4.1 Autonomia da vontade

Longe de toda questão existencial, o instituto da autonomia privada se estruturou, a princípio, por razões de mercado: os trabalhadores precisavam se desvincular dos senhores feudais; serem livres e donos dos próprios corpos para poderem negociar a sua força de trabalho⁴⁴. O sistema de produção capitalista, por sua vez, levou à ordem jurídica a reconhecer o homem como sujeito jurídico, capaz de realizar os seus próprios negócios de modo independente. Muito embora as suas individualidades eram simplesmente ignoradas.

A liberdade desse sujeito - denominado liberal -, portanto, apesar de representar um verdadeiro avanço, não passava de um engodo de um sistema

⁴⁰FARIAS, Cristiano Chaves de. **Escritos de direito e processo das famílias**. 2 ed. Bahia: Editora Juspodivm, 2013. p. 29.

⁴¹ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 86.

⁴²CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora revista dos Tribunais, 2011. p. 88.

⁴³SILVA, Clóvis V. do Couto e. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006. p. 23.

⁴⁴PRATA, Ana. **A tutela constitucional da autonomia privada**. Coimbra: Almedina, 2016. p. 10-11.

capitalista que utilizava indivíduos como máquinas de produção: livres, porém dependentes de suas próprias necessidades.

Naturalmente, esse instituto passou por reformulações, muito embora continue sendo o fundamento do direito dos indivíduos de realizarem negócios jurídicos, gerando, a partir deles, obrigações que lhes permitem dispor de seus bens da maneira que melhor lhes aprouver. Os negócios jurídicos representam, portanto, fonte⁴⁵ de obrigações, as quais, por sua vez, decorrem do princípio da autonomia da vontade.

A autonomia privada, porém, não é absoluta. Por imposições advindas do regular desenvolvimento da sociedade, a autonomia da vontade teve o seu papel reduzido - para o bem dos próprios indivíduos -, tal como na formação dos “contratos ditados”, em que a essencialidade do seu objeto (luz, água etc.) induz a uma verdadeira contratação por coação⁴⁶. Nesses casos, dúvidas não há de que tanto a concessionária de serviço público não pode aplicar o preço que lhe convier, como o utente não dispõe de alternativa senão aceitar as condições que lhe são impostas.

Esse novo olhar sobre a autonomia privada decorre da maior participação do Estado nas relações privadas, com fito a substituir o ideal da igualdade formal pela igualdade material⁴⁷. A expansão do Estado Social faz com que vulnerabilidades sejam reconhecidas e tuteladas no âmbito das relações privadas, tal como se fez com a edição do Código de Defesa do Consumidor, do Estatuto do Idoso, do Estatuto da Pessoa com Deficiência, do Estatuto da Criança e do Adolescente etc.

A massificação dos contratos, por outro lado, também é fato que reduziu a autonomia da vontade, a ponto de Enzo Roppo propor a substituição da “teoria da vontade” pela “teoria da declaração”, diante da progressiva redução do papel e da importância da vontade dos contratantes no ato da celebração dos negócios jurídicos (objetivação do contrato)⁴⁸.

⁴⁵Em sentido amplo, a fonte das obrigações é a própria lei, tendo em vista ser obrigações relação jurídicas. Fonte, aqui, tem por significado fatos jurídicos cuja a lei atribui consequências jurídicas.

⁴⁶SILVA, op. cit., p. 26.

⁴⁷Esse novo paradigma é apontado de forma muito clara por Cláudia Lima Marques e Bruno Miragem: “Aqui o novo ideal: do “outro como igual”. Esta visão do outro como igual significa os atuais esforços do direito de superar a desigualdade criada pela diferença ou, em nossa análise, pela vulnerabilidade pela fragilidade ou fraqueza de determinados grupos sociais. Isto é, ao espelhar a si próprio, ou ao ser comparado com as suas próprias chances e talentos, é possível passar a ver o “outro” como necessariamente um “igual”, mesmo se identificadas e localizadas as diferenças”. (MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 112).

⁴⁸ROPPO, Enzo. **O contrato**. Tradução: Ana Coimbra, M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina,

Nesse sentido, é de se ressaltar que, hoje, os contratantes raramente discutem sobre o conteúdo das cláusulas contratuais, pois a maior parte dos instrumentos são de adesão, de modo que a autonomia dos indivíduos se resume ao ato de aderir, ou não, às condições estabelecidas pelo outro contratante.

É nesse momento em que o Estado intervém com o intuito de evitar abusos, impedindo que o exercício da autonomia privada se torne prejudicial ao próprio titular desse direito. Há, portanto, uma limitação intencional, por parte do Estado, da autonomia privada, com o fito de tutelar os vulneráveis em relações jurídicas privadas. E isso é o reflexo do remodelamento dos institutos do direito civil à luz dos princípios da dignidade da pessoa humana, da solidariedade social e da igualdade substancial, todos presentes na Constituição Federal de 1988⁴⁹.

Ao perceber-se isso, é de se ver que a autonomia da vontade, antes um conceito central dos negócios jurídicos, passou por uma profunda transformação e de reelaboração dogmática, o que lhe impôs uma verdadeira revisão de conceitos. E isso, naturalmente, também pode trazer reflexos na releitura de institutos consagrados do direito civil, tal como as obrigações de meio e de resultado, objeto deste estudo.

Nesse sentido, percebe-se que isso já ocorre quando se reconhece que uma determinada relação jurídica estabelecida à título de obrigação de meio sofre reflexos dos Código de Defesa do Consumidor. Essa, porém, é uma questão que será melhor tratada adiante.

2.4.2 Boa-fé objetiva

A boa-fé detém um conceito polissêmico. Enquanto, no sentido subjetivo, ela representa a ignorância de se estar lesando direito alheios, no campo objetivo, a boa-fé está relacionada com regras de conduta, com o dever de adotar uma conduta em benefício de outrem⁵⁰. Em que pese a importância do aspecto subjetivo – notadamente na análise da natureza da posse -, é no aspecto objetivo que a boa-fé detém maior aplicabilidade.

2009. p. 297.

⁴⁹MEIRELES, Rose Melo Vencelau. **Autonomia privada e dignidade humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 83.

⁵⁰LEITÃO, op. cit., p. 52.

No Brasil, a boa-fé objetiva, apesar de ter sido positivada pelo Código Comercial de 1850⁵¹, quando tinha função meramente interpretativa, somente ganhou maior nitidez e aplicabilidade com a entrada em vigor do Código de Defesa do Consumidor e do Código Civil de 2002, diploma este que não só impôs a sua observância, pelos contratantes, em todas as fases do contrato (art. 422⁵²), mas a elegeu como critério de interpretação dos negócios jurídicos (art. 113⁵³).

Diante disso, se mesmo antes da positivação da boa-fé já se observava a sua enorme relevância – tendo em vista que tal princípio já encontrava aplicabilidade antes mesmo da Lei dele dispor, já que se trata de verdadeira proposição jurídica, com significado de regra de conduta⁵⁴ -, a sua previsão expressa no ordenamento deu-lhe ainda mais fôlego, ampliando a sua já reconhecida influência na formação dos institutos jurídicos⁵⁵.

É justamente isso que se passou a observar na jurisprudência pátria⁵⁶. Ao analisar diversos julgados do Superior Tribunal de Justiça, percebe-se que a jurisprudência vem reinterpretando uma série de institutos jurídicos, mediante a aplicação, em cada caso, do princípio da boa-fé objetiva: i) relativização da impenhorabilidade do bem de família, quando este foi oferecido voluntariamente como garantia hipotecária (REsp. 1.141.732); ii) relativização do princípio da proibição do enriquecimento sem causa, ao concluir pela desnecessidade de

⁵¹ Código Comercial de 1850, art. 131: “Sendo necessário interpretar as cláusulas do contrato, a interpretação, além das regras sobreditas, será regulada sobre as seguintes bases:

1 - a inteligência simples e adequada, que for mais conforme à boa fé, e ao verdadeiro espírito e natureza do contrato, deverá sempre prevalecer à rigorosa e restrita significação das palavras”.

⁵² Código Civil de 2002, art. 422: “Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”.

⁵³ Código Civil de 2002, art. 113: “Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração”.

⁵⁴ SILVA, op. cit., p. 33.

⁵⁵ “O mobiliário científico nas raízes do Brasil do século XIX se redesenha ao final do século XX como pilar fundamental nas obrigações, nas relações familiares e na propriedade (em sentido amplo, englobando, aí, também a empresa). Para a atividade, empresa, vero e própria, celeridade, desburocratização e segurança constituem tripé de desejos a realizar. Para o regime de Contratos, as Obrigações tendem a recolocar o sentido da vinculatividade substancial das partes, ambiência de especial cabimento da boa-fé. Quanto a essa cláusula geral, a síntese pode ser mesmo esta: consolida-se, no Brasil, conceito mesclado (*Mischling*) de boa-fé, em parte distinto da tradição germânica, quer pelas diversas origens, quer pela metodologia de aplicação. Preservação e construção são dois aspectos dessa travessia: as categorias estruturantes se preservam, sem prejuízo dos fatos percebidos pela doutrina e pelos tribunais”. (FACHIN, Luiz Edson. **Direito civil: sentidos, transformações e fim**. Rio de Janeiro: Renovar, 2015. p. 35-36).

⁵⁶ “Problemas e virtudes da boa-fé, por exemplo, na jurisprudência e na doutrina, tomam como “pano de fundo” o panorama instalado a partir da contemporaneidade, projetando-se, de algum modo, na codificação de 2002 e nos julgados do Superior Tribunal de Justiça, com novos desenvolvimentos teóricos, nomeadamente a incidência de princípios e direitos fundamentais nas relações entre particulares” (FACHIN, Luiz Edson. **Direito civil: sentidos, transformações e fim**. Rio de Janeiro: Renovar, 2015. p. 36-37).

devolverem-se verbas públicas recebidas indevidamente, mas de boa-fé (REsp. 1626020); iii) relativização da autonomia privada, ao proibir a rescisão unilateral, por parte da seguradora, de seguro de vida renovado por vários anos (REsp. 1.105.483); iv) relativização do prazo contratual de garantia, quando o bem tido por durável tem vida inferior ao que legitimamente se esperava (REsp. 984.106), entre outros.

Aliás, destaque-se que a boa-fé, em razão da dinamicidade do seu conceito, não permite que se alcancem os seus limites. A sua utilização prática, no entanto, criou figuras típicas, todas diretamente ligadas e decorrentes da boa-fé, cujos contornos têm maior tangibilidade, tais como proibição do *venire contra factum proprium*⁵⁷, *supressio*⁵⁸, *surrectio*⁵⁹ e *tu quoque*⁶⁰.

No âmbito das obrigações, a boa-fé não só contribui para determinar *o que e o como* da prestação, mas fixa os limites desta⁶¹. Nessa linha, Luís Manuel Teles de Menezes Leitão afirma que a boa-fé se encontra essencialmente plasmada em cinco institutos: i) responsabilidade pré-contratual; ii) integração dos negócios; iii) abuso de direito; iv) resolução ou modificação dos contratos pode alteração das circunstâncias; e na v) complexidade das obrigações⁶².

Mas, talvez, o maior reflexo que a boa-fé objetiva trouxe para o campo das obrigações foi a criação de deveres “secundários”, “anexos” ou “instrumentais” (também denominados deveres gerais, segundo Paulo Lôbo⁶³, diante da sua grande

⁵⁷ “Exercício de uma posição jurídica em contradição com o comportamento assumido anteriormente pelo exercente”. ROCHA, Antônio Manuel da; CORDEIRO, Menezes. **Da Boa Fé no Direito Civil**, 6 ed. Coimbra: Almedina, 2015. p. 742.

⁵⁸ “Situação do direito que, não tendo sido, em certas circunstâncias, exercido durante um determinado lapso de tempo, não possa mais sê-lo por, de outra forma, se contrariar a boa fé”. ROCHA; CORDEIRO, op. cit., p. 797.

⁵⁹ “Faz surgir um direito não existente antes, juridicamente, mas que, na efetividade social, era tido como presente”. ROCHA; CORDEIRO, op. cit., p. 816.

⁶⁰ “Regra pela qual a pessoa que viole uma norma jurídica não poderia, sem abuso, exercer a situação jurídica que essa mesma norma lhe tivesse atribuído”. ROCHA; CORDEIRO, op. cit., p. 837.

⁶¹ SILVA, op. cit., p. 34.

⁶² LEITÃO. op. cit. p. 53.

⁶³ “A doutrina jurídica portuguesa opta pela denominação “deveres acessórios de conduta”, conforme se vê em Antunes Varela e em Menezes Cordeiro. Antunes Varela distingue os deveres acessórios de conduta, assim entendidos os que estão dispersos no Código Civil e na legislação avulsa, a exemplo de não se vender coisa com vício, e o “dever geral de agir de boa-fé”, que seria muito mais que um dever acessório. A generalidade dos deveres acessórios de conduta não daria lugar à exigibilidade da prestação ou do adimplemento, mas sua violação poderia obrigar à indenização dos danos causados à outra parte ou dar mesmo origem à resolução do contrato ou à sanção análoga [2]. Para Menezes Cordeiro são deveres acessórios: a) os deveres *in contrahendo*, impostos aos contraentes durante as negociações que antecedem o contrato, revelados pelos deveres de proteção, de esclarecimento e de lealdade; b) deveres de eficácia protetora de terceiros; c) deveres *post pactum finitum*, que subsistiriam após a extinção da relação obrigacional; d) deveres que subsistem na nulidade [3]. Esses deveres remetem, de um modo ou

relevância), vinculados a toda e qualquer relação obrigacional, que não decorrem da autonomia da vontade dos indivíduos, mas são ínsitas a todo negócio jurídico. São, por Larenz denominados, os “deveres de conduta”, que importam conduta honesta, leal e correta⁶⁴.

Desse dever geral de agir com boa-fé decorrem três deveres específicos, de acordo com Menezes Cordeiro, nas palavras de Paulo Lôbo:

a) os deveres de proteção, que determinam que as partes devem evitar qualquer atuação suscetível de causar danos à outra parte, sejam eles pessoais ou patrimoniais; b) os deveres de informação, em especial quanto às circunstâncias que possam ser relevantes para a formação do consenso da outra parte e com especial intensidade quando uma das partes se apresenta como mais fraca; c) deveres de lealdade, para evitar comportamentos que traduzam deslealdade para com a outra parte⁶⁵.

Interessante notar que, apesar de serem designados “anexos” ou “secundários” por boa parte da doutrina, a inobservância de tais deveres representa verdadeiro inadimplemento da obrigação - vista como um todo -, ainda que o estrito dever de prestação tenha sido cumprido. É o caso, de acordo com o exemplo apresentado por Clóvis do Couto e Silva⁶⁶, de um comerciante A que convencionou com um terceiro, B, a confecção e a colocação de um anúncio luminoso, para efeitos de propaganda, mas que vê tal anúncio instalado em local pouco frequentado. Em tal hipótese, resta evidente que A poderá não considerar o adimplemento como satisfatório, ainda que na convenção não se tenha estipulado o local onde seria instalado o anúncio. O contrário também é possível, sendo viável imaginar-se que

de outro, ao princípio ou dever geral de boa-fé. Todavia, a evolução do direito fez despontar deveres de conduta que se revestiram da dignidade de princípios normativos, de caráter constitucional e infraconstitucional, que deixaram de ter “caráter secundário, complementar, do autêntico dever de adimplemento”, referido por Larenz, que tanta influência exerceu e exerce na civilística brasileira. Os deveres de conduta, convertidos em princípios normativos, não são simplesmente anexos ao dever de prestar adimplemento. A evolução do direito fê-los deveres gerais de conduta, que se impõem tanto ao devedor quanto ao credor e, em determinadas circunstâncias, a terceiros. Esses deveres não derivam da relação jurídica obrigacional, e muito menos do dever de adimplemento; estão acima de ambos, tanto como limites externos ou negativos, quanto como limites internos ou positivos. Derivam diretamente dos princípios normativos e irradiam-se sobre a relação jurídica obrigacional e seus efeitos, conformando e determinando, de modo cogente, assim o débito como o crédito. Os deveres gerais de conduta exigem interpretação de seus efeitos e alcances diretamente conjugada aos dos princípios de onde promanam. A compreensão de uns implica a dos outros”. (LÔBO, Paulo. Deveres gerais de conduta nas obrigações civis. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 711, 16 jun. 2005. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/6903>. Acesso em: 1 ago. 2017).

⁶⁴ LÔBO, Paulo. **Direito civil**: obrigações. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 74.

⁶⁵ LÔBO, op. cit., p. 78.

⁶⁶ SILVA, op. cit., p. 41.

De alguns negócios jurídicos brotam obrigações cujo adimplemento por considerar realizado, ainda que não se obtenha o fim do contrato e mesmo que não se tenha verificado o obstáculo da *vis major*. Os autores franceses, os primeiros que observaram esse fenômeno, denominaram e dividiram as obrigações em ‘de meios e de resultado’⁶⁷.

Saliente-se, inclusive, que os deveres de boa-fé atingem não só o devedor, mas o credor e terceiros. Quem contrata não contrata mais apenas com quem contrata⁶⁸.

Nesse sentido, paradigmático é o caso da disputa judicial travada entre as cervejarias Brahma e Nova Schin. Nele, o cantor Zeca Pagodinho, após gravar um comercial para a Nova Schin, foi cooptado para fazer o mesmo para a concorrente Brahma, o que prejudicou a imagem de sua primeira contratante. Ao julgar o caso, o Superior Tribunal de Justiça entendeu que houve quebra de boa-fé por parte da Brahma, terceiro não participante da relação contratual originária, asseverando existir um “dever geral imposto a toda a coletividade de manter uma postura ética, respeitando a relação contratual estabelecida entre dois contratantes”⁶⁹.

Diante disso, percebe-se que a incidência do princípio da boa-fé objetiva não só traz reflexos objetivos, mas, também, gera reflexos subjetivos às relações obrigacionais, fazendo com que negócios jurídicos repercutam na esfera jurídica de terceiros, que deles não participaram originariamente.

2.4.2.1 O dever de informar

Dentre os deveres gerais de conduta implícitos em qualquer relação jurídica de direito privado, por força da incidência normativa⁷⁰ do princípio da boa-fé, talvez o

⁶⁷ SILVA, op. cit., p. 64.

⁶⁸ FACHIN, Luiz Edson. **Questões do direito civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 3.

⁶⁹ REsp 1316149/SP T3 - TERCEIRA TURMA DJe 27/06/2014 Julgamento 3 de Junho de 2014 Relator Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO

⁷⁰ Sobre a natureza normativa do dever de informação, veja-se o que afirma Rubén S. Stiglitz: “*La obligación legal de informacion también consiste en abstenerse de afirmar absolutamente nada sin estar seguro de lo que se informa a los fines de evitar inducir en error al contratante. El expresado constituye un clásico fundamental como regla moral: el de no mentir. Sucede que principios morales como la buena fe, la lealtad, la honestidad en el obrar, la cooperación, la sinceridad, el auxilio y la protección al débil o al vulnerable son todas directivas que, con sustento ético, aparecen recibidas por el Derecho como deberes positivos, accesorios a los efectos principales, por lo que constituyen deberes jurídicos*”. (STIGLITZ, Rubén S. **Contratos civiles y comerciales**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998. p. 166. t. 1.).

dever de informar seja o que mais se destaca para o objeto deste estudo, notadamente no que diz respeito às obrigações de meio.

Isso porque, como já se viu, a celebração de um negócio jurídico (classicamente) caracterizado como obrigação de meio envolve, necessariamente, a presença de um risco de não se alcançar o resultado final pretendido pelas partes contratantes. Afinal, o adimplemento da obrigação seria atingido, tão somente, com a demonstração de dispêndio de esforços voltados ao alcance do resultado, e não com o efetivo êxito.

E se é assim, mais do que nunca, os contratantes precisam saber da natureza do negócio jurídico celebrado, a fim de ajustarem as suas expectativas de acordo com as reais possibilidades de alcance do resultado. O direito de informação é, inclusive, um direito fundamental, de acordo com Fabíola Lôbo:

A informação deve ser compreendida como um bem público, como categoria de direito difuso dotada da característica da transindividualidade. É um direito que pertence a todos indistintamente ninguém detém a sua exclusividade e muito menos a sua titularidade.⁷¹

Em seguida, conclui a autora:

Temos então sem margem à dúvida que o direito à informação é um direito fundamental e como tal merece tutela legal, paradigma seguido pelo CDC, ao estabelecer que as normas de proteção e defesa do consumidor são de ordem pública e interesse social (art. 1º).⁷²

Nesse sentido, imagine-se a hipótese de um advogado – cujos serviços são classicamente caracterizados como obrigações de meio – dar ao seu cliente a certeza do êxito da ação, sem esclarecer a ele que, eventualmente, apesar de o direito parecer favorável, há chances de perda. Nessa hipótese, parecem ser legítimas as expectativas criadas pelo seu cliente (leigo, portanto, tecnicamente vulnerável), acerca do êxito da ação. Tudo indica, então, que a quebra do dever de informar, nesse caso, pode constituir ilícito capaz de ensejar o dever de reparar, apesar de a natureza dos serviços prestados pelo advogado envolver riscos.

⁷¹ Lôbo, Fabíola Albuquerque. O dever de informar nas relações de consumo. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, p. 83-100, jan./mar. 2000.

⁷² Lôbo, op. cit., p. 86.

Nesse ponto, vale conferir o que decidiu o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul em uma hipótese semelhante, em que um advogado foi condenado a indenizar o seu cliente por ter-lhe prometido êxito na causa:

TJRS – Apelação nº 0424883-14.2015.8.21.7000 – julg. 09/03/16.
 APELAÇÃO CÍVEL. MANDATOS. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. CONTRATO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. PROPAGANDA ENGANOSA. DIVULGAÇÃO DE PROPAGANDA DE SERVIÇOS PROFISSIONAIS DE ADVOCACIA QUE OFENDE AO CÓDIGO DE ÉTICA DA OAB, ESPECIALMENTE O ART. 31, § 1º. PROMESSA DE ÊXITO NA CAUSA. ÔNUS DA PROVA. I. Há necessidade de demonstração mínima dos danos alegados pela parte autora, somado ao conjunto probatório materializado durante a instrução processual, para ver acolhida a pretensão, hipótese configurada. II. A publicidade veiculada pela parte ré configura a prática de propaganda enganosa, bem como fere o Código de Ética e Disciplina instituído pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, especialmente o art. 31, § 1º, pois as expressões utilizadas podem iludir ou confundir o público relativamente ao efetivo ganho de causa na ação revisional. Ônus da parte ré de comprovar que o cliente sabia exatamente a extensão da expressão ou termo jurídico utilizado na propaganda veiculada na rádio, do qual não se desincumbiu no feito. Manutenção da sentença quanto à declaração de inexigibilidade de débito, danos materiais e morais. RECURSO ADESIVO. QUANTUM INDENIZATÓRIO. MAJORAÇÃO. DESCABIMENTO. Cabe ao julgador, de acordo com seu prudente arbítrio, observando a repercussão do dano e a possibilidade econômica do ofensor, estabelecer uma quantia a título indenizatório. No caso dos autos, as circunstâncias de fato, bem como os parâmetros adotados por este Órgão Julgador, desautorizam a majoração do quantum indenizatório. MAJORAÇÃO DA VERBA HONORÁRIA SUCUMBENCIAL. IMPOSSIBILIDADE. Verba honorária sucumbencial arbitrada em atenção às diretrizes do artigo 20, §4º, do Código de Processo Civil. APELAÇÕES DESPROVIDAS. (grifou-se)

Em relação aos serviços prestados pelos médicos, não merece menor importância o dever de informar. O próprio Código de Ética Médica (Resolução CFM nº 1931, de 17 de setembro de 2009) estabelece que:

É vedado ao médico:

Art. 34. Deixar de informar ao paciente o diagnóstico, o prognóstico, os riscos e os objetivos do tratamento, salvo quando a comunicação direta possa lhe provocar dano, devendo, nesse caso, fazer a comunicação a seu representante legal.

Art. 35. Exagerar a gravidade do diagnóstico ou do prognóstico, complicar a terapêutica ou exceder-se no número de visitas, consultas ou quaisquer outros procedimentos médicos.

É direito do paciente saber, em termos compreensíveis, do seu verdadeiro estado de saúde, bem como de todos os riscos que envolvem qualquer procedimento médico a ser realizado, até mesmo para que tenha condições de

conduzir-se diante da sua enfermidade⁷³, aceitando, ou não, submeter-se aos tratamentos oferecidos, notadamente quando paliativos, por não mais serem suficientes para trazer a cura (ortotanásia, por exemplo). Também está presente no Código Civil o direito de informação. De acordo com Marcos Ehrhardt Júnior:

[...] a despeito de tradicionalmente o dever de informação estar regulado apenas no Código de Defesa do Consumidor, entendemos que tratamento semelhante deve ser dispensado no campo das relações paritárias entre particulares, sobretudo após o novo código civil ter explicitado os deveres de probidade e honestidade no trato negocial (art. 422)⁷⁴.

Paulo Lôbo⁷⁵ vai além, vislumbrando o dever de informar no art. 518, que aduz que o comprador, se o contrato contiver cláusula de preferência para o vendedor, tem o dever de informar a este o preço e as vantagens oferecidos por terceiro para adquirir a coisa, sob pena de perdas e danos; no art. 569, que atribui ao locatário o dever de informar ao locador de turbações de terceiros; no art. 613, que incumbe ao empreiteiro responsável pela mão de obra, tão somente, o dever de informar o dono da obra sobre a má qualidade ou quantidade do material, sob pena de perder a sua remuneração, se a coisa perecer antes de entregue; no art. 686, que afirma que o mandante tem o dever de informar a terceiros da revogação do mandato, sob pena de este não surtir efeito quanto àqueles; no art. 723, atribui ao corretor o dever de prestar todos os esclarecimentos sobre a segurança ou risco do negócio, das alterações de valores e de outros fatores que possam influir na decisão do cliente; no art. 769, que informa que é dever do segurador informar à seguradora sobre agravamentos de risco do contrato, sob pena de perder a garantia; no art. 856, que atribui ao promitente, na promessa de recompensa, o dever de informar da revogação desta, utilizando-se da mesma publicidade outrora utilizada para a sua divulgação, sob pena de ter que cumprir com o prometido; e no art. 864, por sua vez, que determina que o gestor do negócio tem o dever de informar ao dono do negócio a gestão que assumiu, sob pena de ter que responder até mesmo pelos casos fortuitos.

⁷³ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Responsabilidade civil do médico. **Direito e Medicina: aspectos jurídicos da Medicina**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 133-180.

⁷⁴ JÚNIOR, Marcos Ehrhardt. **Deveres gerais de conduta nas obrigações civis**: breves notas sobre o princípio da boa-fé objetiva e sua influência nas relações contratuais. Disponível em: <http://www.marcosehrhardt.com.br/index.php/artigo/2010/06/06/deveres-gerais-de-conduta-e-boafe>. Acesso em: 20 ago. 2017.

⁷⁵ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito civil**: Obrigações. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 92.

Bem se vê, portanto, que o direito à informação, decorrente da boa-fé objetiva, constitui um verdadeiro direito fundamental que deve ser observado em todo e qualquer negócio jurídico.

2.4.3 Separação entre a fase do nascimento e desenvolvimento dos deveres e do adimplemento

A obrigação e o adimplemento são, pois, coisas distintas. Enquanto obrigar-se representa ligar-se por um vínculo, o adimplir representa o afastamento, a liberação.

O processo obrigacional, então, supõe duas fases: a fase do nascimento e desenvolvimento dos deveres e a fase do adimplemento⁷⁶. E nem sempre as duas fases estão dentro de um mesmo plano. Quando o adimplemento importa transmissão de propriedade, o nascimento e desenvolvimento da obrigação se dão no plano obrigacional, enquanto o adimplemento se dá no plano do direito das coisas – o que revela a utilidade da distinção, ao estabelecer-se um discrimine entre os princípios e atos que se inserem num e noutro setor⁷⁷.

Nesse sentido, percebe-se que, mesmo quando a vontade é elemento indispensável ao nascimento da obrigação – o que nem sempre é necessário, tendo em vista que os atos ilícitos (ao lado dos atos unilaterais) também constituem fontes das obrigações⁷⁸ - ela é dispensável no ato do adimplemento. A vontade do devedor de adimplir a dívida é irrelevante. O que importa para o direito é o resultado fático que ingressa no mundo jurídico, independentemente da vontade⁷⁹.

Em verdade, no dia a dia, a separação é quase imperceptível, tendo em vista que a maioria das obrigações nasce e se extingue no mesmo instante, tal como a compra e venda de um bem - notadamente no Brasil, em que a vontade de adimplir é considerada co-declarada no ato da compra e venda⁸⁰. No entanto, as fases de tais obrigações são notadas, sempre que analisadas de modo minucioso, sendo certo que é tal distinção que:

⁷⁶ SILVA, op. cit., p. 43.

⁷⁷ SILVA, op. cit., p. 54.

⁷⁸ LÔBO, Paulo. Fatos jurídicos como fontes das obrigações. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 18, n. 3761, 18 out. 2013. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/25366>. Acesso em: 12 mar. 2017.

⁷⁹ LÔBO, Paulo. **Direito civil: obrigações**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 171.

⁸⁰ SILVA, op. cit., p. 55.

- a) comandará o regime da validade e da eficácia, pois a incapacidade ou a ilegitimidade do emissor do ato situado no plano obrigacional contagiarão o ato situado no plano real, *ex vi* do art. 316 do novo Código (correspondente ao art. 933 do CC 1916), que exige, para a eficácia do negócio dispositivo, a titularidade concomitante do poder de disposição;
- b) explicará a amplitude hermenêutica do art. 1.268 (correspondente, no CC 1916, ao art. 622) consagrando a possibilidade da pós-eficacização da venda por quem não é dono, observadas certas condições;
- c) indicará as possíveis soluções para os cada vez mais corriqueiros casos de indeterminação do credor, como nos casos da venda mecânica, da venda pela internet, ou do pagamento feito em caixas eletrônicas: é que muito embora as “máquinas” tenham proprietário, resta relativizada a regra do art. 308, pois o adimplemento de ambas as partes “se realiza com a absoluta falta de conhecimento de quem seja o vendedor”, conquanto se exija a possibilidade de individualização para fins de garantia⁸¹.

Além dessas consequências práticas apontadas por Judith Martins-Costa, a consciência dessa distinção entre as fases do vínculo obrigacional também se assevera muito importante para que se perceba a evolução conceitual do instituto, e o porquê de se enxergá-lo com um conjunto funcional de processos.

2.4.3.1 Teoria da causa do contrato

Como denuncia Maria Celina Bodin de Moraes⁸², a noção de causa do contrato, instituto esse que jamais foi positivado no Brasil (ao contrário do que ocorreu na França⁸³ e na Itália⁸⁴), é tida como uma das mais difíceis e complexas em todo o direito civil. Torquato Castro⁸⁵ chega a afirmar, inclusive, que a transposição do conceito de causa, da ordem lógica ou filosófica, para o terreno técnico é um dos mais obscuros⁸⁶ temas do direito civil.

⁸¹ MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao novo Código Civil**: do direito das obrigações, do adimplemento e da extinção das obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. 5. t. 1. p. 50-51.

⁸² MORAES, Maria Celina Bodin de. A causa do contrato. **Civilística.com**. Rio de Janeiro, ano 2, n. 4, out./dez. 2013. Disponível em: <http://civilistica.com/wp-content/uploads/2015/02/Bodin-de-Moraes-civilistica.com-a.2.n.1.2013.pdf>. Acesso em: 10 ago. 2017.

⁸³ Code Civil: Art. 1.131. *l'obligation sans cause, ou sur une fausse cause, ou sur une cause illicite, ne peut avoir aucun effet.*

⁸⁴ Codice Civile: Art. 1325. *I requisiti del contratto sono: 1) l'accordo delle parti; 2) la causa; 3) l'oggetto; 4) la forma, quando risulta che è prescritta dalla legge sotto pena di nullità.*

⁸⁵ CASTRO, Torquato. **Da causa no contrato**. Recife: Oficinas Gráficas do Jornal do Commercio, 1947.

⁸⁶ O professor espanhol Federico de Castro y Bravo também se refere à obscuridade, ao tratar da causa do contrato, nos seguintes termos: “*La causa de los contratos, de las obligaciones e de los negocios jurídicos, viene siendo uno de los grandes tópicos del Derecho privado, objeto de continuada y al parecer interminable discusión. Lo que há traído consigo más oscuridad que luz, y que dicho concepto cobre fama de incomprensible y hasta misterioso. Mirado sin prejuicios de escuela, sin atender más que a sua significado, a lo que sirve y para lo que se le ha venido utilizando em la realidade social, se obtiene la impresión paradójica de que se trata de algo sencillo y claro*”. (CASTRO Y BRAVO, Frederico de. **El negocio jurídico**. Madrid: Editorial Civitas

O “obscurantismo” e a “complexidade” do conceito, ou a ausência de regulamentação legal, porém, não afasta a importantíssima função desempenhada pela causa do contrato. É através dela que se individualizam os elementos essenciais a um determinado contrato, a fim de que, daí então, analise-se a presença ou ausência desses elementos na regulação de vontade dos contratantes⁸⁷.

No sentido filosófico, Aristóteles, ao tratar da causa, aponta quatro diferentes modalidades: i) causa como matéria, entendida como substância, a chamada causa material; ii) causa formal, isto é, aquela que molda a matéria a fim de aprimorá-la; iii) causa eficiente, que indica o que é responsável por provocar alteração em algo; e iv) causa final, no sentido de finalidade, objetivo⁸⁸.

O surgimento da noção de causa, no direito, afirma Lino de Moraes Leme⁸⁹, reside em Roma. O catedrático da USP aduz que a causa do contrato constituía sua fonte, e que, ao lado dele, havia obrigações extracontratuais, em relação às quais poder-se-ia invocar as *conditiones: causa data causa non secuta*. Caso alguém tivesse pago o que não era devido ou havia prometido sem causa, por exemplo, restaria configurada a *condictio sine causa*.

Os conceitos dessa causa romana foram restaurados, na modernidade, pelo jurista francês Domat. Para ele, a causa era o fundamento da obrigação: nos contratos onerosos, se encontrava a causa nas obrigações assumidas pela outra parte, e, nos de “título gratuito”, no prazer de fazer o bem⁹⁰.

A causa, na doutrina de Domat, porém, assim como na de Pothier, não dizia respeito ao ato ou negócio jurídico em si, mas na obrigação de cada uma das partes, de modo que um contrato poderia suportar tantas causas quanto obrigações que dele derivam. A causa seria, então, a intenção ou o escopo do ato, que lhe garante a essência⁹¹, ou o escopo que move o sujeito a se obrigar⁹² (conceito esse que tona difícil a distinção de causa e de motivo).

S.A., 1997. p. 164.

⁸⁷ MORAES, op. cit., p. 10.

⁸⁸ PAULINO, Roberto; CHUEIRI, Rodrigo Cunha; AZEVEDO, Rafael. O problema da causa na resolução dos contratos. **Revista de informação legislativa**, v. 53, n. 211, p. 335-352, jul./set. 2016. Disponível em: http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/53/211/ril_v53_n211_p335. Acesso em: 26 jun. 2017.

⁸⁹ LEME, Lino de Moraes. A causa nos contratos. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**. v. 52, 1957. p. 72.

⁹⁰ LEME, op. cit., p. 73.

⁹¹ CASTRO, Torquato. **Da causa no contrato**. p. 20.

⁹² MORAES, op. cit., p. 10.

Esse modo de enxergar a causa da obrigação, tão somente, e não do negócio jurídico em si, é justificada, pelos causalistas, pelo argumento de que, como a obrigação é parte integrante do ato de vontade, é, também, por consequência, do acordo de vontades. Nada obstante essa justificativa, assevera Torquato, foi justamente a forma limitada de analisar a causa (na obrigação, tão somente, e não no negócio jurídico como um todo) que culminou no insucesso da expansão desse conceito⁹³, que só veio a ser superado com o surgimento da escola da causa objetiva⁹⁴ (teoria antivoluntarista, ou da declaração).

Pela teoria objetiva da causa do contrato, a função do negócio fica em primeiro plano, em lugar da vontade. Superou-se a ideia de intenção do sujeito de se obrigar, e passou-se a enxergar o significado objetivo da declaração emanada, e do específico valor do comportamento, isto é, do interesse objetivo digno de tutela pelo ordenamento⁹⁵.

Sob a ótica objetiva, a causa seria, segundo o acima referido autor, uma harmonização de vontades de duas ou mais pessoas, na constituição de um negócio jurídico:

O contrato, negócio jurídico bilateral, se define pelo acordo de vontades de duas ou mais pessoas, tendente a constituir, regular ou solver, entre elas, uma relação jurídica de caráter patrimonial. Esse acordo de vontade – consentimento – pressupõe a presença de duas vontades, “cada uma delas emanado de dois diversos centros de interesse” (salvo quando se cogita de contratos que, por sua natureza, se afastam da bilateralidade típica, como o contrato de sociedade, em que as prestações dos sócios se dirigem a um escopo comum, que é a obtenção do fim social). A bilateralidade do consentimento não exclui, porém que essas vontades se encontrem e se harmonizem entre si, num plano de comunhão. Elas se integram, em vista de uma ideia posta em comum pelas partes: a ideia (causa) do contrato⁹⁶.

A causa seria, então, em resumo, segundo Torquato Castro:

A causa – o fim ou ideia funcional do contrato – é justamente essa intenção última das partes, uma, comum, indivisível, a garantir ao ato a sua individualidade, a sua unidade conceitual. A ideia de causa do contrato se revela na simples consideração do vocábulo consensus, que tem, por si a autoridade da tradição romana: *cum sentire*. É a identidade do querer: *in idem placitum consensus*⁹⁷.

⁹³ Ibid., p. 22.

⁹⁴ CASTRO, Torquato, Ibid., p. 45.

⁹⁵ MORAES, op. cit., p. 10.

⁹⁶ CASTRO, Torquato. **Da causa no contrato**. p. 49-50.

⁹⁷ Ibid., p. 52.

Ainda sob a perspectiva objetivista, a causa também passou a ser definida de acordo com os seus efeitos. Se a causa é um elemento inderrogável do negócio, e se não há negócio desprovido de efeito jurídico, entendeu-se que todo negócio tem uma causa e que esta é justamente a síntese dos seus efeitos jurídicos essenciais⁹⁸.

A causa é, portanto, a função econômico-social de todo negócio⁹⁹, ou melhor, a operação jurídico-econômica realizada por cada contrato, ou o conjunto dos resultados e dos efeitos essenciais que dele derivam, ou ainda a sua função econômico-social¹⁰⁰. O seu estudo, por sua vez, tem grande valia para fins de caracterização/classificação dos negócios jurídicos, para fins de justificação de atribuição patrimonial (o ordenamento jurídico veda o enriquecimento sem causa), e para referir-se à dependência de outros negócios jurídicos (negócio jurídico causal ou abstrato)¹⁰¹.

2.4.3.2 A flexibilização do conceito de adimplemento das obrigações: a obrigação como processo funcional

A análise do conceito de adimplemento é de suma importância ao presente estudo. É natural que todas as obrigações, teleologicamente falando, existem tão

⁹⁸ MORAES, op. cit., p. 10.

⁹⁹ BETTI, Emílio. **Teoria geral do negócio jurídico**. v. 2. Tradução: Fernando de Miranda. Coimbra: Coimbra Editora, 1969, p. 350.

¹⁰⁰ ROPPO, Enzo. **O contrato**. Tradução: Ana Coimbra, M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 2009. p. 197.

¹⁰¹ De acordo com Federido de Castro y Bravo, são as funções da causa do contrato: “1.º *caracterizadora; es decir, la que hasta aqui se há considerado preferentemente y que parece se la principal. La causa se entiende como um requisito esencial del negocio. Consiste em distinguir: a) entre lo que merece consideración de negocio y lo que no lo merece; se atende a ella, por ejemplo, em las cuestiones sobre simulación absoluta, error em la causa, obligaciones morales, meros compromissos sociales; b) entre los negocios, distinguiendo los que son lícitos de los ilícitos o inmorales (a los que se avecinan los viciados por dolo o fraude); c) entre los distintos propósitos dignos de amparo jurídico; lo que se refleja em la clasificación de los negocios, según su diversa eficacia. 2º La función justificadora de la atribución patrimonial; em especial, el passo de um bien de um patrimônio a outro. La que se manifiesta em: a) la distinción de negocios causales y abstractos, conforme a la que se separa em acurdero puro de transmisión, del negocio jurídico que la origina (p. ej., em la venta); b) la justificación de la atribución de bienes, que se manifiesta negativamente em las “condiciones” por falta de causa; c) la justificación de cada crédito u así de la correspondiente obligación; la que separándola artificiosamente de la causa del contrato, se há llamado causa de la obligación ou de la prestación. 3º También se há utilizado para referirse a la dependencia entre los negocios; se han podido entonces denominar causales, los negocios cuya validez depende de outro; por ejemplo, la fianza no puede existir se no es válido el negocio del que nace la obligación garantizada (art. 1.824)”.*

somente com o intuito de serem satisfeitas, e o cumprimento é o “momento capital”, verdadeiro “centro de gravidade” da relação obrigacional¹⁰².

Mas o conceito dessa “satisfação”, ou melhor, do adimplemento, precisa restar muito bem definido, pois isso pode refletir diretamente na própria definição das obrigações de meio e de resultado. Afinal, a distinção entre uma e outra reside justamente no conceito de seu respectivo adimplemento - na visão clássica, para cumprir-se uma obrigação de resultado, o devedor deve entregar exatamente aquilo a que se comprometeu, de modo que, se assim não o fizer, restará imediatamente caracterizado o inadimplemento; já nas obrigações de meio, bastaria o devedor demonstrar que agiu com “diligência” para que a obrigação reste satisfeita, ainda que, no final, não se tenha entregue aquilo que motivou a contratação.

Pois bem. Diga-se, desde já, que a vontade dos contratantes não é fator relevante para a caracterização do adimplemento, pois, em verdade, este é um ato-fato¹⁰³, de modo que pode restar caracterizado de forma involuntária e, ainda, ser cumprida por terceiros, além do próprio devedor. O adimplemento seria, portanto, a simples realização da prestação, seja pelo devedor, seja por terceiros.

Orlando Gomes, no entanto, faz uma distinção terminológica entre o adimplemento e a simples satisfação do crédito. Para o referido autor, como o vínculo obrigacional é constituído para a satisfação do interesse do credor, não interessa quem irá cumprir a obrigação, se o devedor ou terceiros. Todavia, se cumprida diretamente pelo devedor, estar-se-á diante do verdadeiro adimplemento da obrigação. Quando este vier por parte de terceiro, não há de se falar em adimplemento, mas simples satisfação do crédito¹⁰⁴.

Tal distinção é relevante se se considerar que determinadas obrigações só comportam “adimplemento”, isto é, a prestação da obrigação diretamente pelo devedor (obrigações *intuitu personae*), pelo que pode o credor, nessa hipótese, rejeitar o cumprimento da obrigação por terceiros.

Mas, independentemente dessa distinção terminológica, o fato é que o processo obrigacional tem por escopo principal a satisfação do credor. Esta é uma

¹⁰² SILVA, João Calvão da. **Cumprimento e sanção pecuniária**. 2 ed. Coimbra: Almedina, 1995. p. 69.

¹⁰³ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito civil: Obrigações**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 105.

¹⁰⁴ GOMES, Orlando. **Obrigações**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978. p 111.

verdadeira bússola¹⁰⁵ que deve guiar o processo obrigacional, sendo que essa nem sempre é atingida pela simples satisfação da prestação a que se obrigou o devedor.

É o caso do exemplo apresentado por Clóvis do Couto e Silva¹⁰⁶, como já se apontou acima, de um comerciante A que convencionou com um terceiro, B, a confecção e a colocação de um anúncio luminoso, para efeitos de propaganda, mas que vê tal anúncio instalado em local pouco frequentado. Em tal hipótese, resta evidente que A poderá não considerar o adimplemento como satisfatório, ainda que na convenção não se tenha estipulado o local onde seria instalado o anúncio.

Trata-se, na realidade, da incidência da boa-fé objetiva às relações interpessoais. Baseado na dogmática portuguesa, João Calvão da Silva aponta situações que demonstram a prevalência do interesse no credor no processo obrigacional¹⁰⁷:

Depende ainda do interesse do credor considerar-se a impossibilidade da prestação como temporária ou definitiva (arts. 792.º e 808.º), poder ou não o credor resolver o negócio em caso de impossibilidade parcial (arts. 793.º e 802.º), saber se a prestação é ou não fungível (art. 767.º), delimitar os casos em que a mora do devedor equivale à falta definitiva de cumprimento (art. 808.º), calcular o montante da indenização a prestar pelo devedor no caso de inadimplemento da obrigação – indemnização que se mede pelo dano concreto sofrido pelo credor lesado <<possa agora, nas palavras de Pereira Coelho, conseguir as mesmas vantagens e utilidades que o facto constitutivo de responsabilidade lhe fez perder>>¹⁰⁸.

Nesse ponto, porém, é importante ressaltar que a prevalência do interesse do credor não se traduz na satisfação arbitrária do seu interesse, mas no atendimento da função socioeconômica, identificada como a própria causa do contrato¹⁰⁹.

Ao concluir-se que o adimplemento representa o alcance daquilo que se visou no momento de atar-se o vínculo¹¹⁰, resume-se a obrigação a um único liame

¹⁰⁵ SILVA, João Calvão da. **Cumprimento e sanção pecuniária**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1995. p. 62.

¹⁰⁶ SILVA, op. cit., p. 41.

¹⁰⁷ No direito brasileiro, também se percebe tal prevalência pela observância de normas constantes do Código Civil de 2002. O art. 235, por exemplo, atribui ao credor a opção de resolver a obrigação ou aceitar a coisa no estado em que se encontra, na hipótese de deterioração. Já o art. 236 faculta ao credor, na hipótese de descumprimento culposo do devedor da obrigação de dar, exigir o equivalente, ou aceitar a coisa no estado em que se acha, com direito a reclamar, em um ou em outro caso, indenização das perdas e danos. A norma do art. 249, por sua vez, permite que o credor contrate terceiro para cumprimento de obrigação de fazer, na hipótese de inadimplemento do devedor, às custas deste.

¹⁰⁸ SILVA, op. cit., p. 65-66.

¹⁰⁹ SCHREIBER, Anderson. A tríplice transformação do adimplemento (adimplemento substancial, inadimplemento antecipado e outras figuras). **Revista Trimestral de Direito Civil**. v. 32, out./dez. 2007, p. 15

¹¹⁰ BEVILAQUA, Clóvis. **Direito das obrigações**. 8 ed. Rio de Janeiro: Editora Paulo de Azevedo

existente entre devedor e credor, em prejuízo da observância da grande complexidade que envolve a relação obrigacional.

A propósito, é importante registrar que a percepção inicial da complexidade intraobrigacional coube a Siber Heinrich. Partindo da ideia de relação como organismo, de Savigny, Siber descreveu a obrigação como uma multiplicidade de pretensões, que se encontrava unificada em razão do conjunto orgânico da relação global. Siber ainda criou a distinção entre a relação obrigacional em sentido estrito e em amplo sentido, sendo certo que, enquanto aquele deveria ser utilizado para referir-se à situação jurídica creditícia, este serviria para designar as pretensões singulares nela incluídas¹¹¹⁻¹¹².

Mas foi Larenz quem primeiro apresentou a concepção da obrigação como “sistema de processos”¹¹³, formada por um conjunto de direitos, obrigações e situações jurídicas.

Para Menezes Leitão, a complexidade das relações obrigacionais autoriza falar-se de obrigação em dois sentidos: um estrito, que abrange o dever de prestação, e outro mais amplo, que abrange todo o conjunto de situações jurídicas geradas no vínculo obrigacional estabelecido entre devedor e credor¹¹⁴, que permite abranger:

- 1) o dever de efectuar a prestação principal, que por sua vez pode analiticamente ainda ser decomposto em sub-deveres relativos a diversas condutas materiais ou jurídicas;
- 2) os deveres secundários de prestação, que correspondem a prestações autónomas ainda que especificamente acordadas com o fim de complementar a prestação principal, sem a qual não fazem sentido;
- 3) os deveres acessórios, impostos através da boa fé, que se destinam a permitir que a execução da prestação corresponda à plena satisfação do interesse do credor e que essa execução não implique danos para qualquer das partes;
- 4) sujeições, como contraponto a algumas situações jurídicas potestativas que competem ao credor;
- 5) poderes ou faculdades, que o devedor pode exercer perante o credor;
- 6) excepções, que consistem na faculdade de paralisar eficazmente o direito de crédito¹¹⁵.

Ltda, 1954, p. 85.

¹¹¹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: obrigações**. 11 ed. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 138-139.

¹¹² CORDEIRO, Antônio Menezes. *Da boa-fé no direito civil*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2015. p. 588.

¹¹³ SILVA, op. cit., p. 17.

¹¹⁴ LEITÃO. op. cit. p. 113.

¹¹⁵ LEITÃO. op. cit. p. 113\114.

A obrigação passou a abarcar, além dos simples deveres de prestação, deveres de conduta, direitos potestativos e situações de sujeição, de modo a ser plenamente possível que o credor receba a prestação – núcleo da relação jurídica – sem, no entanto, que a obrigação seja tida por cumprida.

Apesar do conceito clássico estabelecido, a obrigação, portanto, não se limitava à prestação. Mais do que o vínculo jurídico estanque que liga os sujeitos de uma relação jurídica, a obrigação abrange uma série de situações subjetivas que, independentemente da vontade das partes, integra a relação. Um todo que, apesar de ser visto como tal, não deixa de dar à prestação a posição de destaque no vínculo obrigacional. É o que ressaltam Fredie Didier Júnior e Paula Sarno Braga:

Inicialmente, há os deveres de prestação principais (primários) e acidentais (secundários). No epicentro da relação obrigacional há o(s) dito(s) dever(es) principal(is) ou primário(s), cujo adimplemento é o fim último do rito percorrido. São eles que justificam todo o processo obrigacional, razão por que definem o tipo negocial surgido. Orbitam em seu entorno os chamados deveres secundários ou acidentais, que se subdividem em: i) deveres meramente acessórios ou anexos; ii) deveres autônomos. Os deveres meramente acessórios (anexos) visam a criar as condições necessárias para que o dever principal seja adimplido. Exemplifica a autora com o dever de embalar e transportar a coisa, com segurança, que viabiliza e prepara o perfeito adimplemento de um contrato de compra e venda. Já os deveres secundários autônomos seriam substitutos (“sucedâneos”) ou paralelos (“coexistentes”) da prestação principal. Por exemplo, o dever de indenizar pelo inadimplemento absoluto é substituto do principal, e o dever de indenizar pela mora é paralelo a ele. Todos estes deveres de prestação (primários e secundários) visam a concretizar um direito a uma prestação do credor, trazendo-lhe um benefício. Mas ao seu lado, subsistem deveres instrumentais, corolários da boa-fé objetiva, que têm por fim assegurar o adequado adimplemento do negócio, considerando as razões por que foi criado. E o adimplemento adequado é leal, transparente e cooperativo¹¹⁶.

A obrigação, todavia, não se trata de mera soma de situações subjetivas. Ao revés, trata-se de uma unidade que assume autonomia própria, apesar da consideração individualizada de cada um dos elementos que a compõem¹¹⁷.

Como esclarece Karl Larenz, a relação obrigacional, como relação jurídica concreta entre pessoas determinadas, existente no tempo, é, certamente, um conjunto de direitos, obrigações e situações jurídicas, mas não é a simples soma desses elementos. É muito mais um todo, um conjunto. Subsiste como tal, ainda que alguns deveres que contém tenham-se extinguido com o adimplemento, ou alguns dos direitos de formação tenham

¹¹⁶ BRAGA, Paula Sarno; DIDIER JUNIOR, Fredie. **A obrigação como processo e a responsabilidade patrimonial**. Juris Plenum, v. 111, 2010, p. 15.

¹¹⁷ TERRA, Aline de Miranda Valverde. **Inadimplemento anterior ao termo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 20.

desaparecido por terem sido exercidos, ou tenham caído em prescrição, por não terem sido exercidos no tempo previsto¹¹⁸.

Nesse mesmo sentido, Judith Martins-Costa afirma que:

Mais do que a mera “soma” de seus elementos principais (o crédito e o débito), a relação configura, quando visualizada internamente, uma totalidade de direitos subjetivos, deveres jurídicos, poderes formativos, pretensões, ônus jurídicos, sujeições e exceções que não são, de modo algum, fixos e imutáveis, podendo vir a sofrer os reflexos da ação do tempo e das circunstâncias que conformam concretamente o entorno no qual desenvolvida a relação¹¹⁹.

E esse todo, isto é, esta soma (mas não, tão somente, a soma) dessas situações subjetivas não representa uma estrutura estática, mas um verdadeiro processo dinâmico, formado por uma série de atos que se ligam com interdependência, orientados a certo fim. Algo que se desenvolve visando à satisfação dos interesses do credor¹²⁰, mas que não necessariamente se limita ao cumprimento do dever de prestar¹²¹, tendo em vista que a relação jurídica pode perdurar em razão de deveres secundários independentes¹²² (garantia, por exemplo).

Sobre a superação do caráter estático da relação obrigacional, veja-se o posicionamento de Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald:

Partindo dessa necessária aproximação entre a vida real e a ciência do direito, é preciso visualizar o mundo das relações jurídicas obrigacionais com um olhar diferenciado e atento ao sistema civil-constitucional. Assim, é fácil notar que em cada relação obrigacional há uma série de direitos e deveres recíprocos entre as partes, tornando a obrigação muito mais dinâmica e funcional, afastando-se da estática ideia de direitos para o credor e responsabilidades para o devedor, isoladamente. Vivenciamos a passagem da obrigação para um verdadeiro processo obrigacional¹²³.

Toda essa concepção faz ressaltar o caráter funcional, finalístico, da relação obrigacional. A obrigação, como um processo voltado a um fim, não se limita a si mesma, mas se traduz em um complexo instrumento de satisfação de certos interesses das partes (em especial os do credor).

¹¹⁸ LÔBO, op. cit., p. 62.

¹¹⁹ MARTINS-COSTA, op. cit., p. 48.

¹²⁰ TERRA, op. cit., p. 21.

¹²¹ EHRHARDT JÚNIOR, Marcos Augusto de Albuquerque. **Responsabilidade civil pelo inadimplemento da boa-fé**. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 78.

¹²² SILVA, op. cit., p. 20.

¹²³ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: obrigações**. 11 ed. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 346.

Chega-se, portanto, à concepção pluralista e dinâmica da relação obrigacional, que supera a concepção tradicional, marcadamente formalista e abstrata. A obrigação é relação jurídica cujo conteúdo, variável e complexo, se define no caso concreto em função dos legítimos interesses a serem tutelados – especialmente a do credor - e se vai constituindo pelos diversos deveres acessórios de conduta que completam e integram o núcleo central, composto pelo dever de prestar do devedor e pelo direito de exigir a prestação do credor¹²⁴.

E essa finalidade não exige uma postura ativa por parte do devedor, tão somente. Em verdade, a obrigação se traduz num processo de cooperação, que, em razão da boa-fé objetiva, não só envolve ambos os participantes da relação obrigacional, mas, também, terceiros, que devem colaborar com o cumprimento da obrigação contraída.

Não se deve enxergar, todavia, esse processo de cooperação com uma visão excessivamente romântica. Ao revés, o dever de colaborar está no núcleo da conduta devida, servindo para possibilitar mensurar e qualificar o adimplemento¹²⁵, finalidade precípua da obrigação.

3 O INADIMPLEMENTO DAS OBRIGAÇÕES E A RESPONSABILIDADE CIVIL

3.1 A CRISE DA OBRIGAÇÃO E A RESPONSABILIDADE CIVIL

A principal razão de ser do estudo crítico das obrigações de meio e de resultado reside justamente no seu inadimplemento. É no momento de crise do processo obrigacional que se impõe a observância crítica do jurista, pois é nessa fase em que se encontram as grandes celeumas que envolvem a temática.

A propósito, é importante destacar que a dificuldade encontrada pela doutrina e pela jurisprudência em apresentar conceitos objetivos que delimitem as obrigações de meio e de resultado torna complexa a mera identificação do seu inadimplemento.

O descumprimento de obrigações, por outro lado, desde que preenchidos alguns requisitos impostos pelo próprio ordenamento jurídico, dá origem a outras obrigações baseadas no princípio do ressarcimento dos danos¹²⁶ (dever de reparar), as quais, por sua vez, interessam ao campo da responsabilidade civil.

¹²⁴ KONDER; RENTERIA, op. cit., p. 10.

¹²⁵ MARTINS-COSTA, op. cit., p. 26.

¹²⁶ LEITÃO. op. cit. p. 267.

Nesse ponto, é importante ressaltar que, para muitos autores, tal como Silvio Rodrigues¹²⁷ e Luiz Antônio Scavone¹²⁸, a fonte da obrigação é sempre a lei. Todavia, como ressalta Scavone¹²⁹, apesar de a lei parecer ser a fonte imediata das obrigações, as causas mediatas são a vontade humana e o ato ilícito.

Justamente por isso, ao fazer-se um estudo crítico sobre as obrigações de meio e de resultado, faz-se imperiosa uma imersão na seara da responsabilidade civil.

3.2 DO SUBJETIVO DEVER DE INDENIZAR À OBJETIVAÇÃO DA REPARAÇÃO CIVIL

A moderna teoria da responsabilidade civil surgiu como verdadeiro avanço e superação da vingança privada. O “olho por olho, dente por dente”, regra expressa da Lei das XII Tábuas, não mais convinha à sociedade moderna. A separação da responsabilidade civil da criminal e o banimento do castigo corporal constituíram verdadeiros marcos da lenta evolução do conceito de responsabilidade civil.

Pouco a pouco, sob a nítida influência dos ideais liberais, o mau uso da liberdade individual passava a justificar o dever de reparar¹³⁰. A vinculação entre responsabilidade e liberdade se tornou, pois, consequência lógica dessa construção, e o surgimento da culpa como pressuposto do dever de reparar naturalmente surgiu dessa evolução conceitual.

Nessa fase histórica, o moderno conceito de culpa se apresentou não só como elemento indispensável à caracterização do dever de indenizar, mas também como verdadeiro tema central da “reparação civil”¹³¹. Foi nesse contexto de aproximação da culpa com a responsabilidade civil que se consagrou a máxima *pas de responsabilité sans faute*¹³², a qual, por muito tempo, parecia ser absoluta.

Ocorre que, em razão de a culpa ser um conceito claramente subjetivo, pois desde a sua concepção individualista advinha da falta moral ou até mesmo religiosa

¹²⁷RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil**. São Paulo: Saraiva: 1991. v. 2. p. 12.

¹²⁸ SCAVONE JÚNIOR, Luiz Antônio. **Obrigações**: abordagem didática. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 41.

¹²⁹ SCAVONE. *op. cit.* p. 41.

¹³⁰ CATALAN, Marcos. **A Morte da culpa na responsabilidade contratual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 26.

¹³¹ SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil**: a erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 12.

¹³² Não há responsabilidade sem culpa.

(pecado), a exigência ou o ônus de sua comprovação constituía um verdadeiro obstáculo que impedia (e ainda impede) o acesso à justiça.

Ora, com o desenvolvimento do capitalismo industrial, e conseqüente elevação acentuada dos acidentes de trabalho, a indispensabilidade da comprovação da culpa para o acesso à reparação civil constituía, para o trabalhador acidentado, quase que uma utopia, seja pela sua clara subordinação ao agente causador do dano, seja pela sua manifesta hipossuficiência técnica¹³³.

Para atender aos ideais de justiça, surgia, então, um novo desafio aos juristas da época: a criação de um sistema de reparação civil no qual, em hipóteses determinadas, a responsabilidade restaria configurada independentemente da comprovação da culpa.

Foi nesse cenário, pois, após longa discussão doutrinária e ferrenho ataque ao instituto da culpa, que surgiu a responsabilidade objetiva, construída com a consagração da teoria do risco e aplicada em alguns casos determinados por lei.

No Brasil, o Código Civil de 1916, confeccionado na vigência do estado liberal, adotou a responsabilidade subjetiva como regra e impôs a comprovação da culpa como requisito indispensável da configuração do dever de reparar (art. 159)¹³⁴.

Foi necessária, portanto, a criação de leis esparsas para que a responsabilidade objetiva ingressasse o sistema de responsabilidade civil pátrio.

Sobre o tema, narra Tepedino¹³⁵ que embora o Código Civil de 1916 tivesse alargado a noção de culpa (culpa indireta) para alguns casos, o que fez a fim de garantir maior efetividade à reparação (ex.: responsabilidade do patrão pelos empregados), foi por meio do Decreto-lei nº 2.681 de 7 de dezembro de 1912 (a Lei das Estradas de Ferro) que a responsabilidade objetiva efetivamente ingressou no ordenamento jurídico brasileiro.

Outras leis esparsas também chegaram a tratar da responsabilidade objetiva em situações específicas, como o Código Brasileiro da Aeronáutica (Lei nº 7.565/86) e a Lei nº 6.453/77¹³⁶, mas foi com a promulgação da Constituição Federal de 1988 e, conseqüentemente, com a criação de diversos princípios de aplicação imediata

¹³³ SCHREIBER, op. cit., p. 17.

¹³⁴ Art. 159. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano.

A verificação da culpa e a avaliação da responsabilidade regulam-se pelo disposto neste Código, arts. 1.521 a 1.532 e 1.542 a 1.553.

¹³⁵ TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 180.

¹³⁶ Dispõe sobre as atividades nucleares.

que buscavam garantir a efetividade da reparação dos danos, que esse importantíssimo instituto ganhou destaque, notadamente em razão da positivação do princípio da solidariedade social.

Exemplo imediato da mudança paradigmática causada pela Constituição sobre a forma de se enxergar a responsabilidade civil foi a criação do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90), diploma que veio consagrar a eliminação da culpa como elemento do dever de reparar do fornecedor de produtos e serviços, instituindo, assim, a responsabilidade objetiva dentro da relação de consumo.

Mas a verdade é que a Constituição de 1988 não só transformou a responsabilidade civil mediante suas evidentes influências axiológicas, mas todo o direito privado, que passou a ter uma nova face.

3.3 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL E AS SUAS CONSEQUÊNCIAS NA RESPONSABILIDADE CIVIL

Na vigência do Estado liberal, o Código Civil, que prometia oferecer a solução para todos os problemas da vida dos cidadãos, atuava como verdadeiro “sol do sistema jurídico pátrio”¹³⁷. Sem preocupar-se com os direitos inerentes à condição humana, o Código Civil induzia a condutas individualistas e patrimonialistas que influenciavam, inclusive, a interpretação da própria Constituição Federal¹³⁸.

Com a inserção do direito civil no Estado social e com a promulgação da Constituição Federal de 1988, toda essa perspectiva oitocentista mudou. O viés patrimonialista do Código de 1916 passou a não ser mais compatível com os valores fundados na dignidade da pessoa humana. A onda do “ser”, ao invés do “ter”, espalhou-se por todo o direito privado, em movimento denominado pela doutrina como a “repersonalização do direito privado”.

Ademais, a realidade social, que não era estática, mas dinâmica, não mais suportava o estagnado modelo de codificação como solução de todos os problemas da vida privada. Várias leis esparsas começaram a ser criadas para atender determinadas situações que, ou não eram tratadas pelo Código Civil de 1916, ou já

¹³⁷ EHRHARDT JÚNIOR, Marcos Augusto de Albuquerque. **A conquista do valor dignidade nas relações privadas.** Disponível em: <http://www.marcosehrhardt.adv.br/index.php/artigo/2010/06/06/a-conquista-do-valor-dignidade-nas-relacoes-privadas>. Acesso em: 25 jun. 2017.

¹³⁸ LÓBO, Paulo. Constitucionalização do direito civil. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 4, n. 33, 1 jul. 1999. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/507>. Acesso em: 26 jun. 2017.

não mais encontravam a solução no antigo diploma. O Estatuto da Criança e do Adolescente, o Código de Defesa do Consumidor e a Lei dos Bens de Família são claros exemplos desse movimento de “descodificação”.

Diante dessa nova perspectiva, notadamente em razão de sua magnífica tábua axiológica, a Constituição Federal deixou de ser uma mera carta política e passou a atuar como o verdadeiro e legítimo centro do sistema jurídico pátrio.

Evidentemente, esse fenômeno da constitucionalização do direito civil trouxe reflexos em diversas disciplinas do direito privado, como no direito das famílias, por exemplo, com a consagração da igualdade entre o homem e a mulher e o reconhecimento da união estável como entidade familiar.

Mas não foram essas mudanças impostas de forma explícita pelo texto constitucional que trouxeram as maiores alterações ao ordenamento jurídico como um todo. Em verdade, foi a instauração do antes aludido sistema de princípios (dotados de caráter normativo) refletivos dos anseios da sociedade moderna que fez com que as tradicionais balizas do direito privado fossem revistas.

Claros exemplos dessa paradigmática mudança foi o reconhecimento, pela Corte constitucional pátria, de que a união pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo constitui, sim, uma entidade familiar (STF ADI 4277 / ADPF 132), ou reconhecimento, pelo Superior Tribunal de Justiça (Súmula 364)¹³⁹ que o imóvel do indivíduo solteiro, assim como aquele pertencente a um indivíduo integrado a uma entidade familiar, também é impenhorável, por constituir bem de família, em razão da aplicação imediata do direito à moradia previsto na Constituição Federal¹⁴⁰⁻¹⁴¹.

Vê-se, pois, que os princípios constitucionais, a partir da Constituição de 1988, deixaram de ser meros auxiliares de interpretação da lei para se tornarem normas constitucionais definidoras de direitos e garantias fundamentais de aplicabilidade imediata (art. 5º, §1º, CF).

A responsabilidade civil não poderia passar ao largo dessa mudança paradigmática. A imediata e imperativa aplicação dos princípios da solidariedade

¹³⁹ Súmula 364 - O conceito de impenhorabilidade de bem de família abrange também o imóvel pertencente a pessoas solteiras, separadas e viúvas.

¹⁴⁰ Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

¹⁴¹ SCHREIBER, Anderson. Direito à moradia como fundamento para impenhorabilidade do imóvel residencial do devedor solteiro. In: RAMOS, Carmem Lúcia Silveira (Org.). **Diálogos sobre o Direito Civil**. Rio de Janeiro, 2002.

social, isonomia substancial e dignidade da pessoa humana causaram uma incrível e feliz mudança na disciplina que regula o dever de reparar.

Isso porque, a partir da incidência e necessária observância dessas verdadeiras normas constitucionais, a imposição do dever de reparar não pode sustentar-se com a simples comprovação da legalidade de uma decisão oriunda do mero preenchimento de regras infraconstitucionais¹⁴².

O dever de reparar, agora, é um imperativo constitucional, algo que deve ser visto sob o viés social que interessa a todos, e não somente à vítima e ao causador do dano.

Nesse sentido, observe-se que, a partir do momento em que o ordenamento jurídico pátrio, mediante a criação dos princípios da solidariedade social, isonomia substancial e dignidade da pessoa humana, impõe mecanismos destinados a garantir a dignidade de todos, sem marginalização dos excluídos, a sociedade não mais pode analisar a reparação civil sob o viés meramente individualista. Se a sociedade deve caminhar para o bem comum, o prejuízo sofrido por um em razão de uma ilicitude cometida por outro não interessa tão somente àqueles que integram a cadeia obrigacional.

O que mais interessa à coletividade, pois, é a reparação do lesado, e não a “punição” daquele que causou o dano. Não mais é concebível, portanto, que a reparação civil esteja sendo vista como forma de castigar o “indivíduo irresponsável” que deu causa ao dano (castigo moral)¹⁴³. O foco, agora, deve ser a reparação do dano, e não a repressão da conduta ou, ainda, a motivação subjetiva de sua causa.

Sobre o tema, ao tratar da influência do princípio da solidariedade na responsabilidade civil moderna, narra Schreiber¹⁴⁴:

A influência dos ideais solidários e do reconhecimento do caráter normativo do princípio da solidariedade social, por toda a parte difundido, provocou efeitos revolucionários em diversos setores do direito privado, temperando

¹⁴² CATALAN, op. cit., p. 45.

¹⁴³ “O princípio da proteção da pessoa humana, determinado constitucionalmente, gerou no sistema particular da responsabilidade civil, a sistemática extensão da tutela da pessoa da vítima, em detrimento do objetivo anterior de punição do responsável. Tal extensão, neste âmbito, desdobrou-se em dois efeitos principais: de um lado, no expressivo aumento das hipóteses de dano ressarcível; de outro, na perda de importância da função moralizadora, outrora tida como um dos aspectos nucleares do instituto” (MORAES, Maria Celina Bodin de. A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil. **Direito, Estado e Sociedade**, v. 9, n. 9, jul./dez. 2006, p. 238).

¹⁴⁴ SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil**: a erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 224-225.

sua história orientação liberal e individualista. Também na responsabilidade civil, esta influência se fez sentir intensamente. Muito além da costumeira alusão às hipóteses legais de responsabilidade objetiva, a solidariedade social promoveu radical transformação na própria função atribuída a este ramo jurídico, especialmente por meio de uma gradativa conscientização de que o escopo fundamental da responsabilidade civil não deve ser a repressão a condutas negligentes, mas a reparação dos danos.

Diante desse cenário, evidente que a reparação da “vítima”, mais do que a análise da culpa daquele que a lesou, é o que verdadeiramente importa, até mesmo porque, nem sempre uma lesão (que merece ser reparada) existe em razão da violação de um dever geral de conduta ou mediante uma ação dolosa.

Nesse sentido, sobre a impossibilidade de analisar-se o grau da culpa do ofensor para medir-se a extensão do dano, veja-se o que afirma Marcos Ehrhardt Jr.:

É importante não perder de vista o conteúdo do princípio da reparação integral. Diferentemente do que ocorre na responsabilidade penal, busca-se a reparação de toda a extensão dos danos sofridos pela vítima (art. 944, CC/02), não devendo o magistrado pautar-se no grau de culpa do ofensor no momento da fixação da indenização, mas sim nas repercussões do dano na esfera jurídica do ofendido¹⁴⁵.

A culpa - seja como elemento do dever de reparar, seja como critério de fixação do montante indenizatório -, passa, então, a não mais ser tão relevante à responsabilidade civil.

3.4 A DIMINUIÇÃO DO PAPEL DA CULPA COMO ELEMENTO DO DEVER DE REPARAR

Retomando ao instituto da culpa, impõe-se ressaltar que a sua inserção como pressuposto do dever de reparar foi também uma consequência do entrelaçamento histórico entre o direito e religião. Por essa razão, a culpa, por muito tempo, foi vista como pecado¹⁴⁶, uma falha humana que culminaria na punição.

¹⁴⁵ EHRHARDT JÚNIOR, Marcos Augusto de Albuquerque. **Responsabilidade civil pelo inadimplemento da boa-fé**. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 114.

¹⁴⁶ “Vinculada originalmente à ideia de pecado, a culpa era compreendida, antes do mais como uma falta moral, indissociavelmente ligada aos impulsos anímicos do sujeito. Nessa acepção, a prova da culpa mostrava-se, como se sabe, extremamente árdua, impondo juízos de previsibilidade do dano e análises psicológicas incompatíveis com os limites naturais da atividade judiciária” (SCHREIBER, Anderson. *Novas tendências da responsabilidade civil brasileira*. **Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Padma, v. 22, abr./jun. 2005).

A culpa, desde os primórdios de sua concepção, já sofreu diversas alterações conceituais, a maioria delas em razão da mais do que evidente dificuldade de se auferir o que é, de fato, uma conduta culposa. Saber, com a segurança que o ideal de justiça exige, se houve ou não a falta de aptidão do devedor de antever as consequências de sua conduta, ou se, intimamente, alguém pretendeu causar um dano a outrem, é um desafio que vem sendo enfrentado por anos e anos pelos estudiosos do direito.

E essa clara dificuldade de tratar com o conceito claramente subjetivo da culpa fez com que a doutrina passasse a designá-la como sendo um “erro de conduta”, a ser auferida mediante a comparação da ação/omissão havida no caso em concreto como a que se esperava de alguns modelos gerais de comportamento, refletidas nas figuras do “homem médio” (*reasonable man*) e da “mulher honesta”¹⁴⁷. Tentou-se, pois, tornar a culpa mais “científica”¹⁴⁸.

Acontece que, além da subjetividade do conceito de culpa ainda remanescer, já que essas figuras “gerais de comportamento” e o que se espera delas (diante da complexidade da sociedade moderna) não podem ser definidos com precisão, essa tentativa de “objetivá-la” representa um ataque à natureza do próprio instituto, que sempre foi relacionado aos aspectos anímicos do sujeito (nada objetivo, portanto). Sobre o tema da objetivação da culpa, narra Tepedino:

Trata-se de processo amplo, que não se limita apenas ao crescimento paulatino das hipóteses legais de responsabilidade objetiva, indicando, também, mais recentemente, a formulação, no âmbito da responsabilidade subjetiva, da concepção normativa de culpa. Vale dizer, a valoração do ato ilícito verifica-se não a partir de elementos intencionais do agente, e sim com base em padrões de comportamento considerados razoáveis para o fato concreto – standards de conduta¹⁴⁹.

No mais, a referida “figura média” deve ser repelida em razão de desconsiderar completamente o abismo social muitas vezes existente entre o julgador e o jurisdicionado.

¹⁴⁷ SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: a erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 34-35.

¹⁴⁸ O novo desenho da culpa a eleva ao patamar de culpa normativa, “associadas à objetiva desconformidade com o padrão de conduta esperado para a hipótese concreta”. Isso se dá de tal como que o juízo de responsabilidade mira uma “objetivação do fato” (FACHIN, Luiz Edson. Responsabilidade civil contemporânea no Brasil: notas para uma aproximação. **Revista Jurídica**, Rio Grande do Sul: Notadez, ano 58, n. 397, nov. 2010, p. 13).

¹⁴⁹ TEPEDINO, Gustavo. Nexo de causalidade: conceito, teorias e aplicação na jurisprudência brasileira. In: RODRIGUES JR., Otavio Luiz; MAMEDE, Gladston; VITAL DA ROCHA, Maria (Coord.) **Responsabilidade civil contemporânea**. São Paulo: Atlas, 2011. p. 106-119.

A especialização dos setores ou o constante avanço da tecnologia também impedem que o magistrado, isolado em seu gabinete, entenda e sinta qual é o comportamento médio esperado dos indivíduos que atuam em áreas cujas regras e praxes absolutamente desconhece. Simplesmente, não pode o juiz se transportar a uma situação fática que ele ignora.

Se o fim dessa “objetivação” da culpa, por meio da figura do homem médio, era então uma consequência inevitável, o último dos seus lastros tende a ruir em razão da instauração da nova ordem constitucional pátria.

Isso porque, com a “repersonalização” do direito privado - uma das consequências imediatas da superação do estado liberal -, não mais podem subsistir “entes” padronizados, pré-concebidos tão somente para preencher os lugares das relações jurídicas, como se as pessoas fossem meros coadjuvantes do verdadeiro valor necessário de sua realização, a propriedade.

As pessoas são reais, e devem ser vistas com as suas peculiaridades, e não como seres “sempre-iguais”, cujos comportamentos “médios” satisfazem o ideal de conduta, tais como o testador, o inventariante, o pai de família etc. Sobre o tema, ensina Pablo Malheiros¹⁵⁰:

Esse contexto incerto e complexo – tanto da sociedade, como do Direito como problema – interage com o jurídico e afasta padronizações como a do homem médio, a colocar em xeque julgamentos e interpretações que se ferram a determinadas standards, como se fosse possível a planificação de direitos e de deveres como universais aceitos e aplicáveis. A diferença e a assimetria, mormente de poder, são condições da coexistenciabilidade e ratificam a importância de as categorias, institutos e interpretações apreenderes essas características.

Anderson Schreiber, por sua vez, sobre o tema assim se manifestou:

A acepção normativa da culpa trouxe, todavia, dificuldades outras, inerentes à construção de um modelo abstrato de comportamento. Vive-se, hoje, um momento de crítica crescente a tal mecanismo. Nos ordenamentos de tradição romano-germânica, o *bonus pater familias* vem perdendo legitimidade, diante da constatação de que, na sua elevada generalização, o modelo acaba por refletir, na prática, tão somente a formação sociocultural do julgador, quase sempre muito diversa daquela do sujeito cujo comportamento se avalia. Nos ordenamentos do *common law*, a mesma espécie de crítica foi dirigida ao *reasonable man*, tendo-se, inclusive, destacado que o próprio termo *man* invoca parâmetros típicos de

¹⁵⁰ FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. **Responsabilidade por danos, Imputação e nexos de causalidade**. Curitiba: Juruá, 2014. p. 260-261.

comportamento masculino, inaplicáveis às mulheres, crítica de que também o *pater familias*, por óbvio, não escaparia¹⁵¹.

Se não há como subsistirem, portanto, “sujeitos de direitos” pré-moldados, não mais se pode conceber que o dever de reparar seja dependente da mais do que subjetiva análise do comportamento do detestável do “homem médio”, figura que, em uma sociedade cada dia mais complexa e plural, é de impossível definição.

E se esse “padrão médio de comportamento” almejado e vislumbrado no “homem médio” não deixa de ser algo claramente subjetivo, já que não leva em consideração as diferenças sociais, culturais e histórias de cada sociedade, região e próprio indivíduo, não merece ele ser utilizado, diante da clara insegurança jurídica que representa.

A tentativa de “objetivar” a culpa – desde sempre ligada à subjetividade – parece representar, portanto, uma tentativa de salvaguardar um instituto em declínio, mantendo-se, sem maiores digressões, um confortável *status quo*, onde imperam conceitos jurídicos perenes, e o direito não acompanha a evolução social.

A propósito, como destaca Catalan¹⁵², convém destacar que, contrariando a natureza subjetiva da culpa, muitos autores a ela se referem como espécie de “violação de dever jurídico”, ou “inobservância de regra de conduta”. Acontece que tais designações são muito mais relacionadas à questão da antijuridicidade do que com a própria culpa.

Nesse sentido, Alvino Lima define a culpa como “o erro de conduta, moralmente imputável ao agente e que não seria cometido por uma pessoa avisada, em iguais circunstâncias de fato”¹⁵³.

Assim, percebe-se que a violação de um dever jurídico diz respeito a ato contrário ao ordenamento jurídico. Salvo exceções, como a aluvião, o dever de reparar só existe a partir da prática de um ato ilícito. Ou seja, a ilicitude da conduta já integra um outro elemento do dever de reparar, o que afasta, por completo, a necessidade de analisar-se o preenchimento de mais um requisito (a culpa), lastreado nos mesmos pressupostos (violação de regra de conduta).

¹⁵¹ SCHREIBER, Anderson. Novas tendências da responsabilidade civil brasileira. **Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Padma, v. 22, abr./jun. 2005, p. 47.

¹⁵² CATALAN, Marcos. **A Morte da culpa na responsabilidade contratual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 191.

¹⁵³ LIMA, Alvino. **Culpa e risco**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999. p. 69.

Não sendo assim, poder-se-ia concluir que, em todas as hipóteses em que houvesse a prática de um ato ilícito (o que pressupõe uma “violação de um dever jurídico”), também se estaria diante da configuração da culpa, já que ela também restaria caracterizada pela “violação de um dever jurídico”, ou pela “inobservância de um dever de conduta”, o que, por uma questão de lógica, não deve ocorrer.

Diante disso, percebe-se que a culpa vem perdendo, ao longo do tempo, as suas características, e isso vem fazendo com que tal instituto perca a razão de ser dentro da responsabilidade civil, o que faz com que se conclua que, não daqui a muito tempo, deixe-se de utilizar a responsabilidade subjetiva como regra, sendo esta substituída pela responsabilidade objetiva, em parte ou totalmente.

3.5 A RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO

Em praticamente todas as fontes que tratam da questão das obrigações de meio e de resultado, a natureza da relação jurídica mantida entre o médico e o paciente é mencionada como exemplo.

Em um primeiro momento, diga-se que a responsabilidade civil que surge de eventual erro médico tem natureza contratual¹⁵⁴, ainda que não exista instrumento formal firmado entre as partes, vez que decorre de atividade prestada por profissional liberal, não sujeita à legislação trabalhista. Eduardo Nunes de Souza, porém, citando Tepedino, explana que a natureza da responsabilidade pode ser extracontratual, a depender das circunstâncias do caso concreto, e cita como exemplo as hipóteses de omissão de socorro, fornecimento de atestados falsos, quebra de sigilo médico, entre outras¹⁵⁵.

A importância da definição da natureza dessa relação reside no fato de que, enquanto na responsabilidade contratual há uma previsão de culpa em favor do lesado¹⁵⁶, na responsabilidade extracontratual esta teria de ser provada pela vítima, o que beneficia o ofensor, na questão probatória.

¹⁵⁴ KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil do médico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 52.

¹⁵⁵ SOUZA, Eduardo Nunes. Responsabilidade civil dos médicos e dos profissionais da saúde. In: MORAES, Maria Celina Bodin de; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz (Coord). **Responsabilidade civil dos profissionais liberais**. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 36.

¹⁵⁶ SOUZA, Eduardo Nunes de. Do erro à culpa na responsabilidade civil do médico. **Revista Eletrônica de Direito Civil**, ano 2, n. 2, 2013.

Mas a questão vai adiante. Além dos reflexos na seara probatória, a distinção entre responsabilidade civil contratual e extracontratual também gera controvérsias que dizem respeito ao prazo prescricional¹⁵⁷ e a definição de foro para o ajuizamento de uma ação indenizatória (no caso de responsabilidade extracontratual, o foro seria o lugar do fato¹⁵⁸, e na hipótese de responsabilidade contratual, o foro seria o do domicílio do réu¹⁵⁹).

Para além dessa distinção, entende-se que, ao tratar de um paciente, o médico assume uma obrigação de meio, pois não estaria, em tese, comprometendo-se com a recuperação do paciente, mas, tão somente, obrigando-se a aplicar a técnica que a ciência médica indica devida para o caso apresentado, envidando esforços necessários para atingir o objetivo da cura. É isso que se extrai da lição de Maria Celina Bodin de Moraes e Gisela Sampaio da Cruz Guedes:

O exemplo mais comum de “obrigações de meios”, aventado pela doutrina, é justamente o do contrato de prestação de serviços profissionais celebrado pelos médicos e advogados. É claro que o paciente que procura um médico deseja restabelecer sua saúde, assim como o litigante quer que o seu advogado ganhe a causa. Tais resultados, entretanto, não são – ou pelo menos não deveriam ser – parte do pactuado. O que o paciente deve exigir é que o médico lhe dispense um tratamento adequado, diligente e conforme a ciência médica: não pode, porém, exigir que o médico proporcione a cura. Da mesma forma, o cliente não pode cobrar do advogado uma sentença que lhe seja favorável. Quer isto dizer, por outras palavras, que o conteúdo da obrigação não é um resultado determinado, mas a própria atividade do devedor, isto é, “os meios tendentes a produzir o resultado almejado”¹⁶⁰.

¹⁵⁷ “No que tange especificamente aos prejuízos oriundos de relações contratuais ou extracontratuais, prevalece nos tribunais brasileiros a opinião de que o prazo prescricional previsto no §3º, inciso V, do art. 206, deve ser aplicado indistintamente para essas duas espécies de responsabilidade civil. A grande maioria dos precedentes, entretanto, limita-se a aplicar o prazo prescricional trienal aos casos concretos, sem maiores reflexões. Também no âmbito doutrinário a maioria das manifestações é no sentido de que o prazo trienal é aplicado indistintamente às pretensões ressarcitórias oriundas de relações contratuais e extracontratuais, sendo possível dizer, então, que a posição majoritária, no direito brasileiro, não distingue, nas relações civis ou comerciais, se o dano tem origem contratual ou extracontratual para fins de prescrição. Esta interpretação, todavia, não está imune a críticas. Uma corrente de pensamento, hoje ainda minoritária, capitaneada pelos professores Judith Martins-Costa e Humberto Theodoro Junior, defende que, em se tratando de responsabilidade civil contratual, o prazo prescricional aplicável não deve ser o previsto no artigo 206, §3º, inciso V, do Código Civil, mas, sim, o prazo geral, isto é, dez anos, previsto no art. 205 do Código Civil. Segundo este posicionamento, o prazo trienal só seria aplicável aos casos de responsabilidade civil extracontratual” (Cruz, Gisela Sampaio da; Lgow, Carla Wainer Chalréo. Prescrição extintiva: questões controversas. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson. **Diálogos sobre direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. v. 3, p. 562-587).

¹⁵⁸ Código de Processo Civil de 2015:

Art. 53. É competente o foro:

[...] IV - do lugar do ato ou fato para a ação:

a) de reparação de dano;

¹⁵⁹ Código de Processo Civil de 2015:

Art. 46. A ação fundada em direito pessoal ou em direito real sobre bens móveis será proposta, em regra, no foro de domicílio do réu.

¹⁶⁰ MORAES, Maria Celina Bodin de; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. À guisa de introdução: o

Mas não é só a doutrina que, de modo majoritário, entende que a obrigação do médico é de meios, e não de resultado. O Superior Tribunal de Justiça, corte responsável pela uniformização da jurisprudência brasileira, já se posicionou diversas vezes nesse sentido. Veja-se a seguinte ementa de um desses julgados, a título exemplificativo:

RECURSO ESPECIAL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - DANOS MORAIS E MATERIAIS - CIRURGIA DE VASECTOMIA - SUPOSTO ERRO MÉDICO - RESPONSABILIDADE CIVIL SUBJETIVA - OBRIGAÇÃO DE MEIO - PRECEDENTES - AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE IMPRUDÊNCIA NA CONDUTA DO PROFISSIONAL - CUMPRIMENTO DO DEVER DE INFORMAÇÃO - ENTENDIMENTO OBTIDO DA ANÁLISE DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO - REEXAME DE PROVAS - IMPOSSIBILIDADE - ÓBICE DO ENUNCIADO N. 7 DA SÚMULA/STJ - RECURSO ESPECIAL NÃO CONHECIDO.

I - A relação entre médico e paciente é contratual, e encerra, de modo geral (salvo cirurgias plásticas embelezadoras), obrigação de meio, e não de resultado.

II - Em razão disso, no caso da ineficácia porventura decorrente da ação do médico, imprescindível se apresenta a demonstração de culpa do profissional, sendo descabida presumi-la à guisa de responsabilidade objetiva;

III - Estando comprovado perante as instâncias ordinárias o cumprimento do dever de informação ao paciente e a ausência de negligência na conduta do profissional, a revisão de tal entendimento implicaria reexame do material fático-probatório, providência inadmissível nesta instância extraordinária (Enunciado n. 7/STJ);

IV - Recurso especial não conhecido¹⁶¹

Tal entendimento, todavia, não é unânime. Jorge Mosset Iturraspe¹⁶², acerca do tema, aduz que a obrigação do médico persegue, sim, um resultado, ainda que

multifacetado conceito de profissional liberal. In: MORAES, Maria Celina Bodin de; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz (Coord). **Responsabilidade civil dos profissionais liberais**. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 18-19.

¹⁶¹ REsp 1051674 RS 2008/0087259-0 - T3 - TERCEIRA TURMA – Publicação DJe 24/04/2009 – Julgamento - 3 de Fevereiro de 2009 Relator Ministro MASSAMI UYEDA

¹⁶² “De lo expuesto sobre la distinción de Demogue, y sin perjuicio de volver al tema com motivo de la culpa y después de la prueba, sintetizamos: a) Que la admisión del distingo teórico entre obligaciones de medio y obligaciones de resultado – puramente doctrinario, sin base normativa alguna – dista mucho de se unánime em el panorama jurídico nacional. b) Que son menos admisibles aún las consecuencias que um sector pretende inferir de esse distingo, em orden a la prueba de incumplimiento y de la culpa, em las hipótesis de la atención médica. c) Que más allá de las fórmulas meramente verbales y de los valores sobretendidos, es indudable que la obligación del médico persigue um resultado, aunque sea inmediato y no remoto, que es tratar de conseguir la curación del enfermo. d) Que para el logro de esse resultado – que es la causa fin de la contartación médico-paciente, el para qué – el médico deve emplear todos los “medios” pertinentes. e) Que esos medios son los que la ciencia médica, em su actual estádio, dispone; a uma prudencia extrema, como corresponde a la profesión que se desenpeña, y a uma pericia aquilatada. f) Que, em consecuencia, el médico no libera su responsabilidade frente a um “mal resultado” demosntrando que se dedico simplemente a la atención del paciente. Tiene que

seja imediato e não remoto, que é tratar de conseguir a cura do paciente. Não bastaria ao médico, portanto, para livrar-se do dever de reparar, na hipótese da ocorrência de um dano decorrente de um erro seu, provar que dedicou a sua atenção ao paciente; teria de mostrar ter posto à disposição do paciente todos os “meios” que a ciência médica, no seu estágio atual, dispõe, somados a uma diligência extrema e uma alta perícia.

Situação diferente, de acordo com a doutrina e jurisprudência majoritárias, seria o caso de relação estabelecida entre médico e paciente para fins estéticos (cirurgia plástica, por exemplo). Para esses casos, entende-se que deve existir uma certa vinculação entre o resultado prometido pelo médico e o que efetivamente foi apresentado no final do procedimento e, por isso, a relação jurídica não trataria de obrigação de meio, mas obrigação de resultado¹⁶³.

Nesse sentido, veja-se a ementa do seguinte aresto do Superior Tribunal de Justiça sobre a questão:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL E CONSUMIDOR. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E COMPENSAÇÃO POR DANOS MORAIS. CIRURGIA ESTÉTICA. OBRIGAÇÃO DE RESULTADO. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. REGRA DE INSTRUÇÃO. ARTIGOS ANALISADOS: 6º, VIII, E 14, § 4º, DO CDC.

1. Ação de indenização por danos materiais e compensação por danos morais, ajuizada em 14.09.2005. Dessa ação foi extraído o presente recurso especial, concluso ao Gabinete em 25.06.2013. 2. Controvérsia acerca da responsabilidade do médico na cirurgia estética e da possibilidade de inversão do ônus da prova. 3. A cirurgia estética é uma obrigação de resultado, pois o contratado se compromete a alcançar um resultado específico, que constitui o cerne da própria obrigação, sem o que haverá a inexecução desta. 4. Nessas hipóteses, há a presunção de culpa, com inversão do ônus da prova. 5. O uso da técnica adequada na cirurgia estética não é suficiente para isentar o médico da culpa pelo não cumprimento de sua obrigação. 6. A jurisprudência da 2ª Seção, após o julgamento do Reps 802.832/MG, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, DJe de 21.09.2011, consolidou-se no sentido de que a inversão do ônus da prova constitui regra de instrução, e não de julgamento. 7. Recurso especial conhecido e provido¹⁶⁴.

aportar elementos que prueben haver puesto los “medios” aludidos y que convenzám al juez de que el fracasso se produjo a pesar de todos ellos, por um alea incontrolable.” (ITURRASPE, Jorge Mosset. **Responsabilidad por daños**. tomo VIII: responsabilidad de los profesionales. Buenos Aires: Rubinzal - Culsoni Editores, 2001, p. 315-316).

¹⁶³ KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil do médico**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994. p. 148.

¹⁶⁴ REsp 1395254 SC 2013/0132242-9 - Órgão Julgador T3 - TERCEIRA TURMA – Publicação - DJe 29/11/2013 -Julgamento - 15 de Outubro de 2013 – Relator Ministra NANCY ANDRIGHI

Na realidade, para chegar a essa conclusão, doutrina e jurisprudência perfilham do entendimento de que, ao procurar um médico para fins estéticos, não há nenhuma doença a ser curada (o que, por uma constatação fática, poderia gerar fatores externos incontrolláveis, pelos quais o médico não poderia responsabilizar-se), e é por essa razão que o médico poderia “prometer” um determinado resultado.

A questão, todavia, sempre deve ser vista sob a ótica da boa-fé objetiva. Ainda que o médico possa “prometer” um resultado, é seu dever alertar ao paciente sobre todos os riscos relacionados ao procedimento eleito, sendo recomendável, inclusive, a assinatura de um termo de consentimento informado – por meio do qual registra-se a ciência do paciente sobre os riscos inerentes à intervenção eleita - , que é, segundo Silvio Romero Beltrão¹⁶⁵, além de um requisito ético fundamental, um verdadeiro direito do paciente, decorrente do livre desenvolvimento da personalidade, em defesa de seus interesses na proteção a sua vida e integridade física.

Essa transparência na comunicação do médico com o paciente é de suma importância. Afinal, é o médico que detém o conhecimento sobre a intervenção a ser efetuada, e quem sabe, inclusive, quais são os procedimentos pós-operatórios que devem ser seguidos pelo paciente.

Sobre esse aspecto é importante destacar que o fato de a obrigação do médico, na realização de um procedimento estético, ser de resultado, não o exime da possibilidade de livrar-se da responsabilidade na hipótese de incidência de algum excludente de responsabilidade. Kfoury¹⁶⁶, por exemplo, cita dois casos, em sua obra, nos quais os médicos tiveram as suas responsabilidades eximidas em caso de complicações ocorridas após realização de cirurgia estética. No primeiro deles, o Tribunal Supremo da Espanha teria isentado a responsabilidade do médico sobre uma infecção pós-operatória que infligiu a paciente, em razão de descuidos dela própria. No segundo, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul teria eximido a responsabilidade de um cirurgião que alegou, em sua defesa, tabagismo pós-operatório por parte da paciente, o que teria influenciado de modo nefasto o resultado do procedimento realizado.

Além desses casos, também é possível imaginar outras hipóteses em que a responsabilidade do cirurgião deveria ser eximida. É o caso, por exemplo, de um

¹⁶⁵ BELTRÃO, Silvio Romero. **Direitos da Personalidade**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 168.

¹⁶⁶ KFOURI NETO, op. cit., p. 155.

paciente que ocultou ter determinada alergia, apesar de devidamente questionado, de alguma medicação ou material utilizado no procedimento, ou o caso do paciente que, apesar de regularmente orientado, omitiu algum sintoma pós-cirurgia, retardando possível intervenção corretiva.

Há autores, todavia, que entendem que, mesmo na cirurgia estética, há riscos que são incontrolláveis pela atuação do médico, pelo que seria tal intervenção uma obrigação de meio, e não de resultado. É o caso de Ruy Rosado de Aguiar, que, sobre o tema, assim se posiciona:

No Brasil, porém, a maioria da doutrina e da jurisprudência defende a tese de que se trata de uma obrigação de resultado. Assim os ensinamentos de Aguiar Dias e Caio Mário, para citar apenas dois dos nossos mais ilustres juristas. O acerto está, no entanto, com os que atribuem ao cirurgião estético uma obrigação de meios. Embora se diga que os cirurgiões plásticos prometam corrigir, - sem o que ninguém se submeteria, sendo são, a uma intervenção cirúrgica, - assumindo a obrigação de alcançar o resultado prometido, a verdade é que a álea está presente em toda intervenção cirúrgica, e imprevisíveis são as reações de cada organismo à agressão do ato cirúrgico. Pode acontecer que algum cirurgião plástico ou muitos deles assegurem a obtenção de um certo resultado, mas isso não define a natureza da obrigação, não altera a sua categoria jurídica, que continua sendo sempre a obrigação de prestar um serviço que traz consigo o risco. É bem verdade que se pode examinar com maior rigor o elemento culpa, pois mais facilmente se constata a imprudência na conduta do cirurgião que se aventura à prática da cirurgia estética que tinha chances reais, tanto que ocorrente, de fracasso. A falta de uma informação precisa sobre o risco e a não-obtenção de consentimento plenamente esclarecido conduzirão eventualmente à responsabilidade do cirurgião, mas por descumprimento culposo da obrigação de meios. Na cirurgia estética, o dano pode consistir em não alcançar o resultado embelezador pretendido, com frustração da expectativa, ou em agravar os defeitos, piorando as condições do paciente. As duas situações devem ser resolvidas à luz dos princípios que regem a obrigação de meios, mas no segundo fica mais visível a imprudência ou a imperícia do médico que provoca a deformidade. O insucesso da operação, nesse último caso, caracteriza indício sério da culpa do profissional, a quem incumbe a contraprova de atuação correta¹⁶⁷.

Carlos Alberto Menezes Direito perfilha do mesmo entendimento, como se observa do seguinte extrato de sua lição:

Pela própria natureza de ato cirúrgico, cientificamente igual, pouco importando a subespecialidade, a relação entre cirurgião e o paciente está subordinada a uma expectativa do melhor resultado possível, tal como em qualquer atuação terapêutica, muito embora haja possibilidade de bons ou não muito bons resultados; mesmo na ausência de imperícia, imprudência ou negligência, dependente de fatores alheios, assim, por exemplo, o próprio comportamento do paciente, a reação metabólica, ainda que

¹⁶⁷ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Responsabilidade civil do médico. **Direito e Medicina: aspectos jurídicos da Medicina**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 133-180.

cercado o ato cirúrgico de todas as cautelas possíveis, a saúde prévia do paciente, a sua vida pregressa, a sua atitude somatopsíquica em relação ao ato cirúrgico. Toda intervenção cirúrgica, qualquer que ela seja, pode apresentar resultados não esperados, mesmo na ausência de erro médico. E, ainda, há em certas técnicas consequências que podem ocorrer, independentemente da qualificação do profissional e da diligência, perícia e prudência com que realize o ato cirúrgico¹⁶⁸.

Indo além sobre a questão, sendo obrigação de meio ou de resultado, a responsabilidade civil do médico sempre será apurada sob a perspectiva subjetiva, em razão de expressa disposição do art. 14, §4º, do Código de Defesa do Consumidor, que assim dispõe:

Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.
(...)
§ 4º A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa.

Isso significa que, ainda que a obrigação seja classificada como “de resultado”, ainda assim, a responsabilidade do médico remanesce subjetiva. Nesse sentido, veja-se a conclusão a que chegou o STJ no julgamento do recurso especial nº 1180815/MG, da relatoria da Ministra Nancy Andrighi, ao decidir que na obrigação de resultado, apesar de a responsabilidade remanescer subjetiva, impõe-se ao devedor (e não ao credor) o ônus de provar um excludente de responsabilidade:

RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ERRO MÉDICO. ART. 14 DO CDC. CIRURGIA PLÁSTICA. OBRIGAÇÃO DE RESULTADO. CASO FORTUITO. EXCLUDENTE DE RESPONSABILIDADE. 1. Os procedimentos cirúrgicos de fins meramente estéticos caracterizam verdadeira obrigação de resultado, pois neles o cirurgião assume verdadeiro compromisso pelo efeito embelezador prometido. 2. **Nas obrigações de resultado, a responsabilidade do profissional da medicina permanece subjetiva. Cumpre ao médico, contudo, demonstrar que os eventos danosos decorreram de fatores externos e alheios à sua atuação durante a cirurgia.** 3. Apesar de não prevista expressamente no CDC, a eximente de caso fortuito possui força liberatória e exclui a responsabilidade do cirurgião plástico, pois rompe o nexo de causalidade entre o dano apontado pelo paciente e o serviço prestado pelo profissional. 4. Age com cautela e conforme os ditames da boa-fé objetiva o médico que colhe a assinatura do paciente em “termo de consentimento informado”, de maneira a alertá-lo acerca de eventuais problemas que possam surgir durante o pós-operatório. RECURSO ESPECIAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. (BRASIL, 2010, sem destaques no original)

¹⁶⁸ MENEZES, Carlos Alberto. A responsabilidade civil em cirurgia plástica. **Revista de Direito**, Rio de Janeiro, p. 16, jan./abr. 1997.

Em síntese conclusiva sobre a questão, é de se registrar que, majoritariamente, a relação do médico com o paciente tem natureza de obrigação de meio, com exceção das cirurgias estéticas, quando, então, tal relação é classificada como de resultado, mas que, em todo caso, remanesce subjetiva a responsabilidade do profissional da saúde.

4 ÔNUS DA PROVA NAS AÇÕES DE RESPONSABILIDADE POR INADIMPLENTO CONTRATUAL

4.1 A PROVA E A SUA VALORAÇÃO

O conceito de prova, como meio de se atingir a *verdade dos fatos*, está ligado a um paradigma racionalista do direito, pelo qual o juiz exerce uma atividade mecânica de dizer a “vontade da lei” (juiz boca da lei)¹⁶⁹. Esse conceito tradicional, porém, vem sendo superado, seja porque não mais há dúvidas de que o juiz cria, sim, o direito, e não simplesmente o declara, seja porque a verdade jamais é reproduzida fielmente, mediante atividade probatória¹⁷⁰. A busca pela verdade nada mais é, na realidade, um fator de legitimação da decisão judicial¹⁷¹.

O conceito de verdade, porém, não é unívoco, até mesmo por existirem diversas indagações filosóficas sobre a questão. Nessa linha, para tentar trazer operacionalidade ao conceito da verdade, Carnelutti criou os conceitos de verdade material – aquela que é única, decorre do mundo dos fatos, e se só se atinge por meio da utilização de todos os meios de investigação possíveis (conceito ainda ligado ao paradigma da verdade unívoca) – e de verdade formal – que parte do princípio de que, como há limitações instrumentais à descoberta de verdade material, deve-se recorrer ao um processo formal de fixação dos fatos, para viabilizar a solução da causa¹⁷².

¹⁶⁹ MACÊDO, Lucas Buri; PEIXOTO, Ravi. **Ônus da prova e sua dinamização**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 53.

¹⁷⁰ MACÊDO; PEIXOTO, op. cit., p. 54.

¹⁷¹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Processo de conhecimento**. 6. ed. São Paulo: RT, 2007. p. 254.

¹⁷² VILELA, Mozart Andrade. O conceito de prova no processo civil. In: GARCIA, Pedro de Castilho; VASCONCELOS, Maria Gabriela Lordelo de. (Org.). **A prova cível: elementos para convicção judicial**. Campo Grande: Contemplar, 2017. p. 18.

Mas o fato é que o paradigma da Verdade (com “v” maiúsculo) já foi devidamente superado, pois se sabe que, em razão das limitações humanas, toda a verdade, em qualquer campo do conhecimento, é relativa¹⁷³. A solução da distinção entre as verdades material e formal, portanto, não mais seria adequada, já que o objetivo do processo seria alcançar a verdade, tão somente.

Há autores, no entanto, que rechaçam essa possibilidade de alcance da verdade no processo. A verdade, para eles, não passaria de um consenso resultante do diálogo argumentativo instaurado entre o juiz e as partes (diálogo judicial)¹⁷⁴.

As provas, por outro lado, não podem ser tidas como retratos neutros da realidade, pois aqueles que as produzem, isto é, os litigantes, são motivados pelo seu interesse no êxito de sua pretensão, pelo que, naturalmente, só tentam reproduzir em juízo aquele “extrato da realidade” que lhe é mais cômoda.

Não se deve esquecer que são as partes que apresentam e reconstróem os fatos em juízo. Calamandrei alertava que todo ser humano é um mundo moral único e original, que frente às leis comporta-se e acordo com suas aflições e seus interesses, de maneira imprevisível e não raro desconcertante. Recorda um provérbio do Vêneto segundo o qual para ter justiça, não basta ter razão, é preciso também saber expô-la, encontrar quem a entenda e lhe queira dar, e ainda um devedor disposto a pagar. Antes de descortinar uma reencenação da realidade perante os olhos do juiz, o que as partes fazem é descrever a realidade com as tintas que lhes são mais favoráveis. O vencedor da causa, naturalmente, é quem melhor consegue carrear os meios de prova que construam a verdade mais provável. É por isso que uma visão mais contemporânea do processo coloca a prova como elemento retórico, cujo “objetivo não é a reconstrução do fato, mas o convencimento dos demais sujeitos processuais sobre ele”¹⁷⁵.

Acontece que, apesar dessa incerteza quanto à imparcialidade das provas produzidas no processo, dúvidas não há de que é a partir delas que o juiz forma a sua convicção para solucionar os casos. Indispensável, portanto, foi a criação de normas voltadas ao estabelecimento de métodos objetivos e lógicos para a valoração das provas, inclusive o de presunções legais (tal como a presunção de

¹⁷³ TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade**: o juiz e a construção dos fatos. Tradução: Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2016. p. 105-108.

¹⁷⁴ VILELA, Mozart Andrade. O conceito de prova no processo civil. In: GARCIA, Pedro de Castilho; VASCONCELOS, Maria Gabriela Lordelo de. (Org.). **A prova cível**: elementos para convicção judicial. Campo Grande: Contemplar, 2017. p. 19.

¹⁷⁵ CAPELOTTI, João Paulo. Prova no processo civil: entre a verdade e a probabilidade. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.7, n.2, p. 1038 -1057, set. 2012.

veracidade de um fato não contestado¹⁷⁶), cujo objetivo operacional é facilitar a resolução dos casos, muito embora não sirvam para o alcance da almejada verdade.

A criação de tais métodos, por sua vez, tem por objetivo o resguardo da segurança jurídica, já que – teoricamente – tenta expurgar qualquer critério subjetivo da análise do julgador e, conseqüentemente, da formação da sua convicção. A premissa maior do silogismo da apreciação das provas é definida pelo próprio legislador, o que vincula a convicção do juiz sobre os fatos controvertidos¹⁷⁷.

Atualmente, fala-se de dois modelos de valoração de prova: o sistema de prova legal, que prevê que a convicção do juiz partirá da análise dedutiva das provas, considerando os critérios estabelecidos pela própria lei; e o sistema de prova livre, por meio do qual o juiz, por intermédio de diretrizes lógicas e das regras de experiência humana, valorará o conteúdo probatório produzido no curso do processo¹⁷⁸.

Os artigos 371¹⁷⁹ e 372¹⁸⁰, do Código de Processo Civil de 2015, seguindo a linha do artigo 131¹⁸¹, do Código de Processo Civil de 1973, indicam que o legislador, ao dispor que o juiz deve atribuir à prova o valor que entender adequado¹⁸², especificando, contudo, as razões de sua decisão, optou pelo sistema da apreciação racional da prova, o que leva, inclusive, à conclusão de que se manteve, no novo novel processual civil, o princípio do livre convencimento motivado.

É importante destacar que o sistema adotado, apesar de manter a liberdade de atuação do juiz, impôs um freio da justificação, tudo para impedir que o órgão do

¹⁷⁶ Código de Processo Civil de 2015: Art. 344. Se o réu não contestar a ação, será considerado revel e presumir-se-ão verdadeiras as alegações de fato formuladas pelo autor.

¹⁷⁷ RODRIGUES, Alessandro Carlos Meliso. A valoração da prova e o convencimento do julgador no novo Código de Processo Civil brasileiro. In: GARCIA, Pedro de Castilho; VASCONCELOS, Maria Gabriela Lordelo de. (Org.). **A prova cível: elementos para convicção judicial**. Campo Grande: Contemplar, 2017. p. 54.

¹⁷⁸ RODRIGUES, op. cit., p. 55.

¹⁷⁹ Art. 371. O juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento.

¹⁸⁰ Art. 372. O juiz poderá admitir a utilização de prova produzida em outro processo, atribuindo-lhe o valor que considerar adequado, observado o contraditório.

¹⁸¹ Art. 131. O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento.

¹⁸² O art. 369, do CPC/15, por sua vez, garantiu as partes o direito de provar a “verdade dos fatos” por meio de todos os meios legais moralmente legítimos, nos seguintes termos:

Art. 369. As partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz.

jugador forme seu convencimento baseado em convicções pessoais, tão somente. Ao exigir a justificação dos julgados, o legislador passou a impor a demonstração da logicidade e racionalidade da decisão, evitando, assim, a prolação de decisões arbitrárias.

4.2 REGRA GERAL DE DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA, E ESPECÍFICA PARA AS OBRIGAÇÕES DE MEIO E DE RESULTADO

Em razão do princípio do *non liquet*, o juiz é impedido de deixar de decidir. Acontece que, se o juiz é livre para apreciar racionalmente as provas e formar o seu convencimento, não se pode dizer o mesmo quanto ao ônus das partes de produzi-las. O sistema processual impõe regras para que o juiz, considerando as disposições legais sobre ônus de produção de prova, chegue a uma solução do caso, ainda que o magistrado não vislumbre, pela fase instrutória desenvolvida, todas as premissas necessárias ao julgamento.

De um modo geral, então, cabe ao autor provar o fato constitutivo do seu direito, e ao réu provar a existência de algum fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor¹⁸³. Não se trata, pois, de um dever das partes, já que elas não são legalmente obrigadas a produzir nenhuma prova, mas de um verdadeiro ônus, visto que o não cumprimento das disposições legais atinentes à matéria gera presunções de veracidade das alegações da parte adversa (o que não deve ser confundido com sanção, mas como mera técnica processual).

O conceito de ônus, porém, vem sendo entendido como uma verdadeira situação de poder - ativa, portanto -, pois o seu cumprimento resulta de um interesse próprio¹⁸⁴, e o seu descumprimento está longe de ser considerado uma ilegalidade.

Mas o fato é que, independentemente do que se entende por ônus, considerando as normas processuais voltadas à matéria probatória, uma parte pode ser prejudicada ao deixar de provar o acerto dos seus argumentos, ou as contradições ou desacertos da parte adversa, pois tal omissão acaba por gerar uma presunção desfavorável aos seus interesses.

¹⁸³ Código de Processo Civil de 2015:

Art. 373. O ônus da prova incumbe:

I – ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito;

II – ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

¹⁸⁴ MACÊDO, Lucas Buril; PEIXOTO, Ravi. **Ônus da prova e sua dinamização**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 81.

Mas uma situação um pouco diferente se vislumbra na distribuição do ônus probatório nas hipóteses de descumprimento de obrigações de meio e de resultado. Para as referidas obrigações, a doutrina e a jurisprudência pátrias, em sua grande maioria, sem qualquer previsão normativa, criaram uma regra própria, absolutamente distinta da regra geral estampada no artigo 373, do Código de Processo Civil. De acordo com essa orientação clássica predominante

Na obrigação de meio o credor deverá comprovar que o devedor falhou ao não agir com o grau de diligência pertinente; já na obrigação de resultado, incumbe ao devedor afastar a sua culpa e demonstrar a existência de uma causa diversa que frustrou o resultado comprometido, invertendo-se então o ônus probatório. Assim, o advogado não se obriga a vencer a demanda, mas sim a bem defender o seu cliente, por isso fará jus aos seus honorários mesmo não tendo êxito na lide. Os honorários não representam o valor pela possibilidade da vitória, mas a correspectividade aos serviços prestados em uma relação comutativa. Já o transportador assume obrigação de resultado, pois conduzirá a salvo o transportado e seus pertences até o destino. Frustrada a cláusula tácita de incolumidade em razão de qualquer evento danoso ocorrido no trajeto, só se exonera da obrigação de indenizar se excluir o nexo causal, provando a incidência da força maior¹⁸⁵.

Tudo indica que essa regra específica de distribuição do ônus probatório, porém, pode ser alterada, pois, além de não ser de hoje a constatação de alguns juristas sobre o esmaecimento das fronteiras que separam as obrigações de meio e de resultado – por força da incidência do princípio da boa-fé¹⁸⁶ –, o que, logicamente, interferirá na seara probatória, já é presente no ordenamento jurídico brasileiro norma que autoriza a distribuição dinâmica do ônus da prova, considerando-se a facilidade/possibilidade que cada uma das partes tem de produzi-la¹⁸⁷.

4.3 DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

¹⁸⁵ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: obrigações**. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 341.

¹⁸⁶ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: obrigações**. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 348.

¹⁸⁷ Código de Processo Civil de 2015:

Art. 373. O ônus da prova incumbe:

(...)

§ 1º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.

É a proteção da pessoa humana que orienta o novo direito privado¹⁸⁸, e, no Brasil, a tutela do consumidor foi consagrada como um direito fundamental, pela Constituição Federal (art. 5º, XXXII¹⁸⁹).

Significa dizer que tutelar o consumidor, novo sujeito de direitos consagrado pelo art. 170, V, da Constituição Federal¹⁹⁰, reconhecendo as suas fragilidades e criando normas que visam trazer isonomia na relação de consumo é, pois, mais do que caminhar no sentido da evolução do direito privado, mas, sobretudo, dar cumprimento a uma norma constitucional.

Foi nesse viés que o legislador, atendendo ao comando ao art. 48, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias¹⁹¹, elaborou o Código de Defesa do Consumidor.

No referido diploma, tendo em vista as inúmeras situações fáticas de desvantagem do consumidor em relação a todos aqueles que integram a cadeia da relação de consumo, criou-se uma presunção de hipossuficiência em favor daquele - que pode ser de ordem material, formal, econômica ou informativa¹⁹² -, e, a partir daí, criou-se uma série de normas protetivas para esse novo sujeito de direitos.

Perceba-se que essa proteção do consumidor não advém, tão somente, das normas infraconstitucionais previstas no Código de Defesa do Consumidor, mas tem origem constitucional, sendo certo que essa tutela é reconhecida tanto como verdadeiro direito fundamental (lastreado no princípio da dignidade da pessoa), como princípio de ordem econômica¹⁹³.

¹⁸⁸ MARQUES, Claudia Lima; Miragem, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 83.

¹⁸⁹Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

XXXII - o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor;

¹⁹⁰ Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

(...)

V - defesa do consumidor;

¹⁹¹ Art. 48. O Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará código de defesa do consumidor.

¹⁹² Código de Defesa do Consumidor:

Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios:

I - reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo;

¹⁹³MARQUES, op. cit., p. 152-153.

Foi nessa ordem que o Código de Defesa do Consumidor, para beneficiar o consumidor em demandas judiciais travadas com fornecedores, comerciantes, fabricantes, importadores etc., previu que, em favor daquele era garantido o direito de inversão do ônus da prova, desde que restasse evidenciado, na hipótese levada a Juízo, a verossimilhança das alegações daquele que pleiteia, ou quando restar constatada a sua hipossuficiência¹⁹⁴, de acordo com as regras ordinárias de experiência:

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

[...]

VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências;

A propósito, destaque-se que, por tratar a defesa do consumidor de um direito básico, a inversão do ônus probatório, nas relações de consumo, não só ocorre por requerimento da parte, mas, também, de ofício. É como se posiciona Barbosa Moreira:

A inversão poderá ser determinada tanto a requerimento da parte, como de ofício: tratando-se de um dos "direitos básicos do consumidor", e sendo o diploma composto de normas de ordem pública (art. 1º), deve-se entender que a medida independe da iniciativa do interessado em requerê-la. Aliás, a interpretação em sentido oposto levaria ao absurdo de fazer crer que o Código, inovador em tantos passos, pela outorga de novos e expressivos poderes ao Juiz, teria, no particular, andado em marcha-ré¹⁹⁵.

Outro ponto que se discute quando se trata de inversão do ônus probatório é o momento em que isso deve ser declarado pelo juiz. Isso porque, se o juiz só declara

¹⁹⁴ Sobre a vulnerabilidade do consumidor, veja-se o que afirmam Bruno Miragem e Cláudia Lima Marques: "(...) é necessário distinguir entre vulnerabilidade e hipossuficiência, ambas as expressões presentes no Código de defesa do Consumidor. Ou seja, nem todo o consumidor será hipossuficiente, devendo esta condição ser identificada pelo juiz no caso concreto. Trata-se, portanto, de um critério que depende, Segundo duas linhas de entendimento: (a) da discricionariedade do juiz, permitindo que ele identifique, topicamente, a existência ou não de debilidade que dificulte ao consumidor, no processo, sustentar suas alegações com provas que demonstrem a veracidade das suas alegações; (b) de conceito indeterminado, cujo preenchimento de significado deve se dar Segundo critérios objetivos, porém, sem espaço de escolha para o juiz, senão a mera avaliação dos fatos da causa e sua subsunção à norma (...) A noção de vulnerabilidade no direito associa-se à identificação de fraqueza ou debilidade de um dos sujeitos da relação jurídica em razão de determinadas condições ou qualidades que lhe são inerentes ou, ainda, de uma posição de força que pode ser identificada no outro sujeito da relação jurídica" (MARQUES, Cláudia Lima; Miragem, Bruno. op. cit. p. 164).

¹⁹⁵ MOREIRA, Carlos Roberto Barbosa e outros. **Direito Civil e Processo**: Estudos em homenagem ao Professor Arruda Alvim. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 176.

a inversão do ônus da prova quando da prolação da sentença, a parte a quem caberia produzi-la não mais detém oportunidade de fazê-lo, o que, em tese, poderia configurar um cerceamento do direito de defesa. Por outro lado, há quem defenda que a inversão do ônus da prova no despacho inicial é descabida, tendo em vista que, naquela fase processual, o juiz só tem conhecimento dos argumentos trazidos pelo autor, desconhecendo aqueles que serão trazidos pelo réu, pelo que ainda não sabe quais são os pontos controvertidos que deverão ser objeto de prova¹⁹⁶.

Muito se discute, portanto, se a inversão da prova é regra de julgamento, o que autorizaria a sua declaração somente na sentença, ou regra de instrução, o que importaria a concessão de prévia oportunidade às partes para que elas produzissem as provas que lhe incumbissem¹⁹⁷. Em 2012, o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento dos Embargos de Divergência de nº 422.778/SP, concluiu que a inversão do ônus da prova é uma regra de instrução, pelo que a decisão que a declara deve, preferencialmente, ser proferida na fase de saneamento do processo, ou, caso não seja, que se assegure à parte a quem inicialmente não cabia a produção da prova a reabertura da possibilidade¹⁹⁸.

4.4 O PROFISSIONAL LIBERAL E O ART. 14, §4º, DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

O conceito de profissional liberal não é estanque. A sua origem, apontam Bodin de Moraes e Gisela Sampaio da Cruz, está no direito romano, quando os serviços eram considerados “liberais”, isto é, se não constituíssem objeto de contrato de trabalho remunerado (*locatio conductio operarum*)¹⁹⁹. Na Idade Média, os “profissionais liberais” eram aqueles que se liberavam das corporações, e passavam

¹⁹⁶ BELLINI JÚNIOR, Antônio Carlos. **A Inversão do Ônus da Prova no Código de Defesa do Consumidor**. Campinas: Servanda, 2006. p. 115.

¹⁹⁷ ALMEIDA, João Alberto de; CARVALHO, André Lopes. Momento processual da inversão do ônus da prova nas relações de consumo: necessidade de elaboração de uma nova teoria para o juizado especial cível. **Revista da Faculdade de Direito UFMG**, Belo Horizonte, n. 63, pp. 325 - 355, jul./dez. 2013.

¹⁹⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2. Seção). Embargos de Divergência em Recurso Especial 422778/SP. Relatora: Min. Maria Isabel Gallotti. **Revista do Superior Tribunal de Justiça**, v. 227, p. 391, 21 de junho de 2012.

¹⁹⁹ MORAES, Maria Celina Bodin de; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. À guisa de introdução: o multifacetado conceito de profissional liberal. In: MORAES, Maria Celina Bodin de; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz (Coord.). **Responsabilidade civil dos profissionais liberais**. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 1.

a exercer as “profissões livres”²⁰⁰. Esse sentido de liberdade profissional dos “liberais” é, até certo ponto, mantido até hoje, muito embora já se discuta o fenômeno da “proletarização” ou “assalariamento” dos referidos profissionais, tendo em vista ser tendência a sua vinculação às sociedades prestadoras de serviço, e, conseqüentemente, a sua subordinação a elas²⁰¹.

Para Jorge Mosset Iturraspe, profissional liberal é uma pessoa física que exerce uma profissão, que, por sua vez, seria o sinônimo de carreira, ofício, ciência ou arte²⁰².

Mas o fato é que os profissionais liberais sempre tiveram a autonomia, a liberdade, a formação específica, com o conhecimento técnico necessário para o desempenho das suas atividades, além de serem fiscalizados por órgão especializado (OAB, CREA etc.). Essas características fizeram com que o legislador dedicasse aos referidos profissionais uma série de normas específicas sobre a sua responsabilidade civil. Por exemplo, para tratar da responsabilidade civil dos advogados e médicos, não basta o conhecimento da teoria geral e dos comandos normativos constantes do Código Civil. É indispensável, na hipótese, o conhecimento do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, o Código de Ética e Disciplina dos advogados, do Código de Ética Médica, entre vários outros.

Não se exclua desses códigos normativos o próprio Código de Defesa do Consumidor. O referido diploma legislativo trata especificamente dos profissionais liberais, dispondo que a sua responsabilidade pessoal será apurada mediante a verificação de culpa (art. 14, §4º²⁰³). Isso não se aplica, todavia, aos advogados. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça caminha firmemente no sentido de que o Código de Defesa do Consumidor não se aplica às relações dos clientes com os seus advogados, em razão de tal relação ser regida por normas próprias (Lei nº 8.906/94 - Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil), como se

²⁰⁰ MORAES; GUEDES, op. cit. p., 2.

²⁰¹ MORAES; GUEDES, op. cit., p. 2.

²⁰² ITURRASPE, Jorge Mosset. **Responsabilidad por daños**: responsabilidad de los profesionales. Buenos Aires: Rubinzal - Culsoni Editores, 2001. p. 23-24.

²⁰³ Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

(...)

§ 4º A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa.

observa da seguinte ementa do acórdão proferido no recurso especial nº 1134709/MG:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE COBRANÇA. CONTRATO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. CDC NÃO APLICÁVEL. INVENTÁRIO. SUBSTABELECIMENTO E RESILIÇÃO CONSENSUAL EM RELAÇÃO A UM DOS COOBRIGADOS. PEDIDO DE PAGAMENTO INTEGRAL. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. Na linha da jurisprudência do STJ não se aplica o Código de Defesa do Consumidor à relação contratual entre advogados e clientes, a qual é regida por norma específica - Lei n. 8.906/94. Precedentes.

2. A obediência ao princípio processual da congruência, ou adstrição, espelhado nos artigos 459 e 460 do CPC, não se desnatura quando se acolhe parte do pedido do autor, ainda que implicitamente formulado, em razão da natureza jurídica da relação contratual, em que veiculadas obrigações recíprocas parcialmente adimplidas. Precedentes.

3. Recurso especial conhecido e parcialmente provido²⁰⁴.

Tal previsão normativa do Código de Defesa do Consumidor acaba por afastar as clássicas regras de distribuição do ônus da prova nas obrigações de meio e de resultado (apesar de já se defender, na academia, que a referida distinção não mais existir²⁰⁵). Isso porque, se ao consumidor é garantida inversão do ônus da prova, nas hipóteses em que restar configurado o preenchimento dos requisitos específicos²⁰⁶, a imputação da responsabilidade subjetiva faz com que o ofensor, e não a vítima, tenha que comprovar que não agiu com culpa.

4.5 TEORIA DA DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA

Por mais que o direito se aperfeiçoe, cada dia mais, para adequar-se às realidades sociais, o fato é que as normas jamais poderão prever todas as variáveis de conduta, de modo a impedir a existência de situações em que sua aplicação

²⁰⁴ STJ - REsp 1134709 MG 2009/0067116-4 – 4ª Turma – Rel. Min. MARIA ISABEL GALLOTTI – Julgado em 19 de maio de 2015

²⁰⁵ “Aspectos da responsabilidade civil dos médicos e advogados, também, foram explorados e, nesse contexto, o fantasma que, por longa data, sustentou a propalada dicotomia, supostamente, havida entre as obrigações de meio e as de resultado foi exorcizado, embora alguns dos espectros atribuídos ao intelecto de Demogue continuem a transitar – também à luz do dia – por cenários compartilhados pelo senso comum imaginário dos juristas”. (CATALAN, Jorge. Um sucinto inventário de 25 anos de vigência do Código de Defesa do Consumidor no Brasil. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 103, p. 23-53, jan. / fev. 2016).

²⁰⁶ Código de Defesa do Consumidor:
Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

(...)

VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências;

representa, mais do que a proteção de um direito, a sua violação. Quando isso ocorre, por exemplo, fala-se na aplicação da derrotabilidade das normas jurídicas, ou seja, “a capacidade de acomodar exceções”²⁰⁷.

Tal regra de julgamento, por exemplo, é vislumbrada em julgados que envolvem a autorização de matrícula a indivíduos que tenham menos idade do que o permitido pela lei²⁰⁸. Em tais situações, não parece justificável que a norma que visa proteger o estudante acabe por prejudicá-lo em situações em que ele demonstre elevado amadurecimento intelectual prematuro.

Acontece que a derrotabilidade das regras deve ser um recurso que, por questão de segurança jurídica, só deve ser utilizado de modo excepcionalíssimo, pois o seu uso banal pode gerar a proliferação de decisões não fundamentadas na lei, mas na própria consciência do julgador, o que não deve ocorrer.

Isso também ocorre na seara probatória. Há casos em que a regra geral de distribuição do ônus da prova acaba por prejudicar a própria essência do “processo substancial”²⁰⁹, pois acaba por impor a uma das partes um ônus desproporcional de provar as suas alegações – ou as de rejeitar as alegações da outra parte. Essas hipóteses, até a publicação do Código de Processo Civil de 2015, não eram tratadas por normas específicas, pelo que o juiz deveria utilizar-se da regra geral de distribuição do ônus probatório caso não optasse por utilizar-se da técnica da derrotabilidade das normas.

O novel código processual de 2015 acabou por consagrar a teoria de distribuição dinâmica do ônus da prova, que possibilita que o magistrado, observando as especificidades do caso concreto, deixe de aplicar a regra geral de

²⁰⁷ BÄCKER, Carsten. Regras, Princípios e Derrotabilidade. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, n. 102, p. 60, jan./jun. 2011.

²⁰⁸ (TJDFT - APC 20130110185090 DF 0005296-77.2013.8.07.0001 Orgão Julgador = 1ª Turma Cível publicado no DJE : 09/01/2014 . Pág.: 123 Julgamento 18 de Dezembro de 2013 Relator TEÓFILO CAETANO) – (TJSP - REEX 00006144020118260286 SP 0000614-40.2011.8.26.0286 Orgão Julgador 5ª Câmara de Direito Público Publicação 24/09/2013 Julgamento 16 de Setembro de 2013 Relator Fermio Magnani Filho)

²⁰⁹ “Em apertada síntese, o devido processo legal substancial diz respeito à limitação ao exercício do poder e autoriza ao julgador questionar a razoabilidade de determinada lei e a justiça das decisões estatais, estabelecendo o controle material da constitucionalidade e da proporcionalidade. Aliás, a fundamentação do princípio da proporcionalidade, no nosso sistema, é realizada pelo princípio constitucional expresso do devido processo legal. Importa aqui a sua ênfase substantiva, em que há a preocupação com a igual proteção dos direitos do homem e os interesses da comunidade quando confrontados”. (LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Devido processo legal substancial. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Leituras Complementares de Processo Civil**. 4. ed. Salvador: JusPODIVM, 2006).

distribuição do ônus da prova, atribuindo este a quem tem mais condições para tanto, nos seguintes termos:

Art. 373. O ônus da prova incumbe:

I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito;

II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

§ 1º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído. (grifou-se)

Tal inovação legislativa é de grande importância, pois favorece o exercício facilitado do direito material, sem que os entraves processuais atrapalhem o seu alcance.

5 OBRIGAÇÃO DE MEIO E DE RESULTADO: HÁ FUNDAMENTOS PARA A MANUTENÇÃO DA DICOTOMIA?

5.1 CRÍTICAS CLÁSSICAS À DISTINÇÃO CONCEITUAL

Nada mais natural que, junto com a evolução social, lancem-se novos olhares sobre os tradicionais institutos jurídicos, cotejando as suas bases originárias com os novos influxos decorrentes da evolução do direito. É justamente isso que se buscou fazer com este estudo sobre as obrigações de meio e de resultado.

Nessa linha, e não sem levar em consideração que o direito, por ser um instrumento que visa garantir segurança, não pode ser alterado a qualquer momento e por qualquer argumento, é importante considerar que a repaginação de um instituto deve ser feita com cautela, e não deve ocorrer antes de um estudo aprofundado, cotejando-se todos os argumentos favoráveis e contrários à mudança.

Assim, para atingir o objetivo deste estudo, é importante enfrentar a questão do porquê de ainda existir a distinção entre as obrigações de meio e de resultado no ordenamento jurídico brasileiro.

Como já se viu, os pilares tradicionais da responsabilidade civil vêm sendo alterados. E, apesar de essa mudança paradigmática ainda não ser um consenso entre os doutrinadores, o fato é que os avanços dos estudos na área já levam à conclusão de que a função protagonista da responsabilidade civil está longe de ser a condenação do ofensor. Ao revés, como reflexo direito da incidência dos princípios constitucionais às relações provadas, é a reparação da vítima que figura entre os objetivos principais (senão o principal) da responsabilidade civil²¹⁰.

A primazia do interesse da vítima é tal que, hoje, não só se vislumbram instrumentos de reparação dos danos decorrentes de um ilícito perpetrado, mas instrumentos de prevenção da sua ocorrência, tal como a tutela inibitória, cuja concessão sequer exige a probabilidade de dano, bastando a probabilidade da prática de ilícito, tão somente²¹¹.

²¹⁰ EHRHARDT JÚNIOR, Marcos Augusto de Albuquerque. **Responsabilidade civil pelo inadimplemento da boa-fé**. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 114.

²¹¹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela Inibitória e Tutela de Remoção do Ilícito**. Disponível em [http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Luiz%20G%20Marinoni\(2\)%20-20formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Luiz%20G%20Marinoni(2)%20-20formatado.pdf). Acesso em: 10 jul. 2017.

Essa mudança, logicamente, não traz reflexos só dentro da esfera da reponsabilidade civil. Absolutamente. Se a reparação da vítima protagoniza, indispensável que haja, por parte do jurista, uma visão holística dos negócios jurídicos, de modo que, desde o momento do estabelecimento de suas diretrizes, criem-se formas de evitar ou minimizar danos.

É necessário, portanto, que os negócios jurídicos estejam em conformidade com os novos influxos da responsabilidade civil. Não se pode admitir, portanto, que existam negócios jurídicos que, em uma eventual crise de adimplemento, coloquem a vítima em uma situação de extrema desvantagem em relação ao ofensor. Tais negócios estariam, a priori, em desconformidade com o princípio do melhor interesse da vítima, um dos três fundamentos constitucionais da responsabilidade civil (ao lado da a máxima reparação do dano e da solidariedade social), segundo Paulo Lôbo.²¹²

Pois bem. É certo que a classificação das obrigações, quanto ao seu objeto, faz uma nítida distinção entre as obrigações de dar, fazer ou não fazer. Não há obrigações de natureza diversa. Sob essa ótica, é de se questionar onde as obrigações de meio e de resultado se encaixariam nessa clássica divisão.

Esse problema aparente, porém, não poderia ser enfrentado mediante a utilização simplista de uma classificação criada por doutrinadores. Se se observa que há obrigações que não são de dar, fazer ou não fazer, fácil é que se proponha, de modo consistente e estruturado, uma nova classificação.

Acontece que, ao se analisarem as obrigações de um modo geral, constata-se que, de fato, não existe substrato para a criação de uma nova categoria de obrigações, quanto ao seu objeto, pois todas elas, além de serem, de fato, de dar, fazer ou não fazer, são, ao mesmo tempo, de meio e de resultado.

Felipe Osterling Parodi e Mario Castillo Freyre²¹³, para tentar provar esse ponto de vista, utilizam o simples exemplo da obrigação de dar uma quantia de dinheiro. Nesse simplório caso, se se considerar a obrigação pura e simplesmente, chegar-se-á à conclusão tratar-se de uma obrigação de resultado, que só restaria atingida pela efetiva entrega do resultado, isto é, da soma de dinheiro, por parte do

²¹² LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito Civil**: obrigações. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 23.

²¹³ OSTERLING PARODI, Felipe; CASTILLO FREYRE, Mario. El tema fundamental de las obligaciones de medios y de resultados frente a la responsabilidad civil. **Derecho PUCP**, [S.l.], n. 53, p. 476, dec. 2013. Disponível em: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/6568>. Acesso em: 9 sep. 2017.

devedor. Esse mesmo caso, por outro lado, pode ser enxergado como uma obrigação de meio, se se considerar que, no momento da celebração do negócio, o devedor não possuía o dinheiro que havia prometido dar, e que, para o obter, tem de realizar uma série de trabalhos, cobrar créditos, efetuar transferência de dinheiro em contas bancárias etc., ou seja, empenhar diversos *meios* para honrar a sua dívida.

Outro exemplo apontado pelos referidos autores é a hipotética obrigação de entregar (dar) um elefante vivo, de três anos, a um determinado zoológico²¹⁴. Apesar de poder-se simplificar a hipótese dizendo tratar-se de uma simples obrigação de dar, imaginem-se os tortuosos trâmites que o devedor deverá enfrentar para conseguir cumprir a obrigação prometida (desde a captura do animal vivo, superação de todos os trâmites administrativos de retirada do animal do seu habitat, transporte e, efetivamente entrega). Imaginem-se quantos *meios* não se deve empregar para cumprir-se a obrigação.

Já quanto às obrigações de não fazer, estas restam exemplificadas, pelos mesmos autores, pela hipótese de um químico que, prestando serviços a um laboratório, obrigou-se a não revelar as fórmulas e elementos de composição do fármaco durante o processo de investigação. Sobre dito exemplo, questionam Parodi e Freyre:

Por acaso não resultaria ilógico pensar que o resultado, consequência natural dos meios empregados, foi algo distinto que o fiel cumprimento dos próprios meios? Acaso pode distinguir-se entre guardar o silêncio devido durante o processo de investigação, etapa por etapa, e guardar dito silêncio logo que concluído o processo?

Neste caso, percebe-se que os meios constituem o próprio resultado e que o resultado não é outra coisa que não a execução dos mesmos meios. Portanto, insistir na pertinência deste tipo de classificação é absolutamente errado²¹⁵.

Diante desses simples exemplos, percebe-se que toda obrigação (ou a maior parte delas, já que não se pode imaginar no que consistiria o universo de todas as obrigações) envolve, por certo, uma determinada álea, ou uma soma complexa de obrigações prévias, que acabam por dificultar a sua designação como obrigação de

²¹⁴ OSTERLING PARODI; CASTILLO FREYRE, op. cit., p. 477.

²¹⁵ “¿Pero acaso no resultaria ilógico pensar que el resultado, consecuencia natural de los medios empleados, fuera algo distinto que el fiel cumplimiento de los propios medios? ¿Acaso puede distinguirse entre guardar el silencio debido durante el proceso de investigación, etapa por etapa, y guardar dicho silencio luego de concluido el proceso? En este caso se aprcia que los medios constituyen el propio resultado y que el resultado no es otra cosa que la ejecución misma de los medios. Por tanto, insistir en la pertinencia de este tipo de clacificaciones es absolutamente errado.” (OSTERLING PARODI, Felipe; CASTILLO FREYRE, Mario. op. cit.)

meio ou de resultado. Referida distinção seria, portanto, uma forma de tentar simplificar a complexidade das obrigações, o que seria uma medida elogiosa, não fosse o reflexo disso na distribuição da carga probatória do devedor e do credor quando da discussão sobre eventual inadimplemento da obrigação em juízo.

Essa posição, que defende que todas as obrigações são, ao mesmo tempo, de meio e de resultado, também é sustentada por Luís Manuel Teles de Menezes Leitão que, baseado na doutrina de Gomes da Silva, conclui que, mesmo nas obrigações de meio, há uma vinculação com um fim, que corresponde ao interesse do credor, o qual, caso não atingido, gera uma presunção de culpa por parte do devedor. Por outro lado, ao devedor sempre cabe o ônus da prova de que efetivamente cumpriu a obrigação, ou que a falta de cumprimento não decorreu de sua culpa²¹⁶. A doutrina de Ana Prata²¹⁷ também caminha no mesmo sentido:

Qualquer obrigação é uma obrigação de resultado, no sentido em que, em todas, o comportamento devido, a prestação, se dirige à satisfação de um determinado interesse creditício; e qualquer obrigação é uma obrigação de meios, no sentido em que, em todas, o devedor só está vinculado a um esforço determinado com vista à obtenção do resultado, e tal esforço é, em última análise, medido pelo padrão de diligência devida.

Para contrariarem-se ao posicionamento que defende a similitude entre as obrigações de meio e de resultado, Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald recorrem à causa do contrato como elemento que nega ou dá juridicidade ao negócio jurídico. Segundo os referidos autores, a distinção entre o resultado prático perseguido pelo credor e a eventualidade desse resultado se converter no próprio objeto da obrigação justificaria a distinção das obrigações de meio e de resultado²¹⁸. Seria o critério da aleatoriedade, portanto, que justificaria a distinção, de acordo com Comparato²¹⁹.

Ocorre que, salvo nos negócios jurídicos cuja álea é previamente estipulada pelas partes, tal como no contrato de seguro, o grau de aleatoriedade dos negócios - visto sob a ótica da relação obrigacional formada por um complexo de feixes que constituem, simultaneamente, as obrigações principais e gerais (acessórias,

²¹⁶ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. **Direito das obrigações**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2002. p. 131-132.

²¹⁷ PRATA, 2015 apud FARIAS; ROSENVALD, 2017, p. 342.

²¹⁸ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: obrigações**. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 342.

²¹⁹ COMPARATO, Fábio Konder. **Ensaio e pareceres de direito empresarial**. Rio de Janeiro: Forense, 1978. p. 524.

colaterais, laterais etc.) de conduta, em que, por força da norma da boa-fé, não se consideram, tão somente, as condições observadas no ato da celebração do negócio, mas, também, as alterações das bases do negócio - é algo muito difícil de se estabelecer.

Não se quer dizer, com isso, que, por força da complexidade das relações sociais, todos os negócios devam ser analisados sob a ótica da subjetividade - na qual as vicissitudes de cada um dos contratantes interferem no objeto do negócio. Ao revés, o que se afirma é que, com a incidência da boa-fé, mesmo se se observar o negócio de forma objetiva, as possibilidades de adimplemento da obrigação, seja ela qual for, podem sofrer alterações de cunho objetivo que não podem ser ignoradas pelo direito, sendo que essa complexa (mas necessária) forma de enxergar a obrigação dificulta, sobremaneira, estipular o grau de aleatoriedade dos negócios, com a segurança necessária para que se possa estabelecer o que é uma obrigação de meio ou de resultado.

Nesse sentido, Eduardo A. Zannoni, em crítica direta à distinção entre as obrigações de meio e resultado, ressalta que, independentemente da natureza da obrigação, o resultado sempre será o interesse do credor²²⁰.

Para confirmar a sua afirmação, o referido autor resgata o clássico exemplo do médico, para enfrentar o senso de que, como não se promete cura, tudo o que se pode exigir são esforços de acordo com a técnica profissional. Sustenta, após reconhecer que a morte do paciente não representa, automaticamente, inadimplemento da obrigação, por parte do médico; na realidade, o ponto de partida da análise da obrigação não é a conduta médica em si, mas a frustração do fim a que essa conduta deveria orientar-se, que é curar o doente. Nessa linha, destaca o autor que há casos em que o paciente se cura independentemente da má prática médica e, nesse caso, não haverá responsabilidade civil, vez que não houve dano, bem como que todo paciente procura um médico (salvo para fins estéticos) para curar-se, e não para que ele simplesmente “administre uma série de cuidados de acordo com uma técnica científica”²²¹.

²²⁰ ZANNONI, Eduardo A. *Elementos de la obligación: concepto, fuentes, contenido, objeto, cumplimiento*. Buenos Aires, 1996: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma. p. 133.

²²¹ “Es cierto, como dice Díez-Picazo, que “si una persona se ha comprometido a construir un edificio, parece claro que se el edificio no es construido o no queda terminado el deudor no ha cumplido su obligación. En cambio, al médico que estipula sus servicios no se le puede decir que no haya cumplido su obligación si el paciente no sana o incluso si muere, porque el médico no promete la curación del enfermo, sino simplemente administrarle una serie de cuidados de acuerdo con una

Parece razoável, pois, a reflexão de Zannoni. Tanto é verdade que o simples fato de a cura não ser atingida não representa, automaticamente, inadimplemento da obrigação por parte do médico, como também é verdadeira a alegação de que o objetivo do paciente (salvo em questões relacionadas à estética, repita-se) sempre é a cura, pelo que o objeto da obrigação não pode se resumir, única e exclusivamente, na aplicação das técnicas médicas. É a cura do paciente que deve, sempre, orientar o médico.

O referido autor, para lastrear as suas afirmações, aduz que o paciente não procura o médico tão somente para ser bem atendido (mas para curar-se), e que a medicina não é a “arte de cuidar”, mas a “arte de curar”; explica, ainda, que existe uma distinção entre “condição necessária” e “condição suficiente”. A atuação do médico, utilizando-se do exemplo utilizado, é necessária para a cura do paciente, mas não é suficiente, pois há diversos fatores externos (aleatórios) que podem interferir no resultado da obrigação²²². Para Zannoni, então, o objeto de todas as obrigações é sempre de resultado, e a prestação, por sua vez, é de meio²²³.

O ensinamento de Zannoni é baseado na constatação de que as obrigações são naturalmente complexas em razão dos fatos da vida, e que não se pode tentar reduzir a complexidade das relações obrigacionais tão somente para encaixá-las em conceitos tradicionais. E como nenhuma obrigação é, de fato, igual a outra, defende o autor que a questão da prova do descumprimento deveria subordinar-se às

técnica científica y profesional. Estamos de acuerdo. Ocurre, sin embargo, que en el plano fáctico, de la realidad, el punto de partida no lo constituye el análisis de la conducta médica, sino la frustración de fin a que esa conducta debió orientarse: curar al enfermo. Re- cien si el enfermo se agrava, sufre otros daños en el cuerpo o la salud, o muere, se planteará la atribución de responsabilidad. Convengamos en que si, por el contrario, el paciente se recupera satisfactoriamente y sana, no se planteará cuestión de responsabilidad alguna, aunque por hipótesis pudiese imputarse al médico que desatendió al enfermo o que no le prodigó los cuidados que su dolencia reclamaba. Hay pacientes que sanan a pesar de la mala atención médica, en cuyo caso nada podrán reclamar -en el terreno de la responsabilidad civil-, pues el resultado previsto, la curación, se ha logrado. La hipótesis de mala praxis médica no causó daño Nuestra afirmación, aunque pueda parecer perogrullesca, sitúa la cuestión desde un plano realista y no puramente conceptual. Todo aquel que, verbigracia, requiere los servicios médicos, que se somete a una intervención quirúrgica, etc., persigue un resultado: curar, aliviar su mal, extirpar la causa de su dolencia, embellecer cualquier parte de su cuerpo (p.ej cirugía estética), etcétera. Este es el interés de cumplimiento que está presente siempre. Sería absurdo pensar que se acude al médico sin pretender curar, al solo efecto de que el profesional "administre una serie de cuidados de acuerdo con una técnica científica y profesional". Ello queda implícito para el paciente (acreedor de la prestación médica), a quien si se le pregunta para qué acudió al galeno, responderá que lo hizo para curarse, para sanar. Este es el resultado explícito y, por otra parte, el interés de cumplimiento." (ZANNONI, Eduardo A. op. cit. p. 134-135).

²²² ZANNONI, op. cit., p. 137.

²²³ ZANNONI, op. cit., p. 138.

circunstâncias de cada caso, que exigirão maior ou menor esforço probatório por parte do credor²²⁴.

Interessante notar que essa perspectiva encontra consonância com alguns dos temas abordados no curso deste estudo. Em primeiro momento, percebe-se que as obrigações têm especificidades que as distinguem - perspectiva da obrigação como processo, dividida em fases autônomas que devem ser analisadas sob a ótica da boa-fé - pelo que as regras de distribuição do ônus da prova não deveriam ser estanques.

As obrigações, tanto quanto a vida, são dinâmicas. A relação do médico com o paciente, por exemplo, não deve limitar-se à intervenção médica em si. Desde o primeiro contato das partes contratantes, há a incidência de um sem número de obrigações gerais, decorrentes da boa-fé objetiva, que estão muito além das “regras de experiência” do profissional, e das orientações técnicas de cada procedimento.

Durante qualquer procedimento médico, por outro lado, há uma infinidade de fatores internos e externos que devem ser observados de modo casuístico. Em uma cirurgia, por exemplo, há fatores relacionados ao estado e higiene dos utensílios utilizados, às especificidades do organismo do paciente, à observação da técnica pelo profissional, à sedação do paciente etc. Diga-se o mesmo em relação ao período posterior ao procedimento. Deve-se observar se as orientações devidas foram repassadas, qual é o nível de intervenção do paciente na sua própria cura (aplicação correta de medicamentos cicatrizantes, por exemplo), estado do local de recuperação (limpeza, arejamento etc.), entre diversos outros fatores, impossíveis de serem listados de modo apriorístico.

Diante disso, parece não ser a melhor solução reduzir, a um só tom, as regras de distribuição do ônus probatório, tudo com base na frágil constatação de que uma determinada obrigação é de meio ou de resultado. Diz-se frágil porque, como já se defendeu, a diferença entre as obrigações de meio e de resultado é muito subjetiva. Basta analisar as diferentes opiniões sobre a natureza da obrigação assumida pelo cirurgião plástico para notar-se isso. Enquanto a doutrina majoritária se posiciona no sentido de que dita obrigação é de resultado, há autores que se posicionam em sentido diametralmente oposto²²⁵, no sentido de esse tipo de intervenção também dizer respeito a uma obrigação de meio.

²²⁴ ZANNONI, op. cit., p. 140.

²²⁵ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Responsabilidade civil do médico. **Direito e Medicina:**

Nessa altura, percebe-se que o outro ponto de encontro diz respeito à matéria probatória. Ao defender que o dever de provar do credor e do devedor deve alterar de acordo com as circunstâncias do caso, Zannoni acabou por defender a aplicação casuística da regra da distribuição dinâmica do ônus da prova.

Essa distribuição do ônus da prova, por sua vez, acaba por beneficiar o acesso da vítima à devida reparação, em consonância com o princípio da primazia do interesse da vítima, que permeia os novos ares da responsabilidade civil brasileira. Isso porque, por muitas vezes, em razão do seu difícil dever de provar a culpa do devedor nas obrigações de meio, a vítima acaba por não obter a devida reparação, privilegiando a impunidade.

Diz-se isso porque é de constatação fática que quem tem mais condições de produzir provas em uma relação de um indivíduo com um profissional liberal, por exemplo, é o próprio profissional, já que é ele quem detém o conhecimento técnico sobre o serviço que está prestando, que possui acesso a toda a documentação relativa à prestação de serviço, e que, normalmente, é o único que tem acesso a uma série de informações inacessíveis (por uma questão fática, ou por desconhecimento técnico mesmo) ao contratante – o paciente, por exemplo, não sabe o que se passa dentro de uma sala de cirurgia, por estar sedado; mas, ainda que tivesse acordado, não saberia explicar o que o médico efetivamente está fazendo, em razão do seu desconhecimento técnico²²⁶.

5.2 A PRIMAZIA DO INTERESSE DA VÍTIMA NAS RELAÇÕES CONTRATUAIS E AS OBRIGAÇÕES DE MEIO

O direito privado tem, sob a perspectiva da constitucionalização do direito, uma função social, que, além dos interesses individuais, passa pela proteção dos vulneráveis, e é orientado pelo seu valor-guia, a dignidade da pessoa humana²²⁷. Vulnerável é aquele que se encontra em uma situação de desvantagem perante o outro, como aquele que está frente a parceiros contratuais mais fortes²²⁸.

aspectos jurídicos da Medicina. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 133-180.

²²⁶ LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos de derecho privado**: código civil y comercial de la nación argentina. Buenos Aires: La Ley, 2016. p. 379-380.

²²⁷ MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 7-8.

²²⁸ MARQUES; MIRAGEM, op. cit., p. 9.

Esse perfil do direito civil, naturalmente, traz reflexos em todas as suas disciplinas. Nas relações contratuais, tutela-se o contratante mais fraco da relação; nas relações familiares, tutelam-se as crianças etc. Já na responsabilidade civil, o “vulnerável” é a vítima, pelo que o foco central da reparação deve sempre atender o seu melhor interesse.

Nesse sentido, destacando a relação assimétrica existente entre o causador do dano e a vítima, caminham as considerações de Pablo Malheiros:

Como se pode concluir, a alteridade possui uma característica relevantíssima e que se distingue da ética da liberdade, devendo sempre ser levada em conta pelo intérprete a presunção da diferença e da assimetria de poder de uma pessoa para com o Outro e com os Outros. Trazendo isso para a concretude da realidade da vítima, esta, exceto se também contribuiu, parcial ou totalmente, para o evento danoso, deve ser apreendida nessa contínua percepção assimétrica existente em todas as espécies de relações jurídicas²²⁹.

Maria Celina Bodin de Moraes, tratando da questão sob a perspectiva da incidência direta dos princípios constitucionais às relações privadas, também conclui que o foco da responsabilidade civil, hoje, é a tutela dos interesses da vítima:

Se a responsabilidade civil tradicional se baseava exclusivamente na tutela do direito de propriedade e dos demais direitos subjetivos patrimoniais, hoje a dignidade da pessoa humana, a solidariedade social e a justiça distributiva modificaram decisivamente a sistemática do dever de ressarcir. Em virtude disso, a responsabilidade civil volta-se para a tutela dos interesses da vítima, independentemente de qualquer critério de reprovabilidade em relação ao ato do agente ofensor. A tendência natural é que sirva então de instrumento para a proteção dos direitos fundamentais da pessoa²³⁰.

Os fundamentos da tutela dos interesses vítima, como se viu, têm origem constitucional, e encontram-se plasmados nos princípios da solidariedade social e na dignidade da pessoa humana. Essa nova ideia de uma responsabilidade civil solidarista impõe que se enxergue a reparação dos danos sob uma nova perspectiva. Se, antes, a imposição do dever de reparar tinha por objetivo sancionar

²²⁹ MALHEIROS, Pablo. **Responsabilidade por danos, imputação e nexos de causalidade**. Curitiba: Juruá, 2014. p. 241.

²³⁰ MORAES, Maria Celina Bodin de. Perspectivas a partir do direito civil constitucional. In: TEIXEIRA, P. S. L. (Org.). **Direito civil constitucional e outros estudos em homenagem ao Prof. Zeno Veloso**. 1. ed. São Paulo: Método, 2014. p. 997-1010.

o causador do dano, hoje, ele se dá para fins de reparar o lesado, restituindo-lhe o estado anterior. Altera-se o foco dos *danos causados* para os *danos sofridos*²³¹.

Há, a partir desse novo enfoque da responsabilidade civil, um interesse social na reparação²³², que vai muito além do interesse daqueles que participaram do evento danoso, seja na qualidade de ofensor, seja na qualidade de vítima. E esse interesse social na reparação civil impõe reflexos não somente nas normas atinentes à reponsabilidade por danos, mas em todas aquelas que, por via direta ou reflexa, acabam por dificultar o acesso da vítima à devida reparação. Parece ser esse, pois, o caso das obrigações de meio.

Isso porque, ao impor à vítima - que, em regra, não detém o acesso às informações relacionadas ao serviço prestado pelo ofensor - o ônus da prova da culpa do devedor, para, então ser-lhe reconhecido o direito à reparação, acaba o sistema por privilegiar a impunidade, o que, como se viu, não mais diz respeito àqueles que participaram da relação privada, mas a toda sociedade.

Sob essa perspectiva, parece que a manutenção da dicotomia existente entre as obrigações de meio e de resultado é medida que vai de encontro com o principal foco da responsabilidade civil na atualidade, que é a tutela dos interesses da vítima, de interesse coletivo.

5.3 A DIMINUIÇÃO DO PAPEL DA CULPA, NA RESPONSABILIDADE CIVIL, E O REFLEXO NA DISTINÇÃO DAS OBRIGAÇÕES DE MEIO E DE RESULTADO

Como se viu no capítulo 2, a culpa, que já foi um dos principais, senão o principal, elemento do dever de reparar, vem perdendo espaço²³³. O fenômeno da

²³¹EHRHARDT JUNIOR, Marcos. A nova ordem das relações privadas dentro de uma perspectiva civil-constitucional e a inadequação do modelo tradicional no estudo do direito de danos. **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade da Bahia**, v. 22. n. 24, p.147-164, 2012.

²³²Enunciado 445, da V Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, relativo ao art. 187 do CC/02: "A responsabilidade civil prevista na segunda parte do parágrafo único do art. 927 do Código Civil deve levar em consideração não apenas a proteção da vítima e a atividade do ofensor, mas também a prevenção e o interesse da sociedade".

²³³"É, portanto, tendência marcada no domínio da responsabilidade pelo inadimplemento, a gradual redução do papel nuclear da identificação e demonstração da culpa como pressuposto genérico e necessário para imputação. Isso ocorre tanto no âmbito do inadimplemento de relações obrigacionais que decoram da existência de vínculo negocial, como é o caso dos contratos (responsabilidade contratual), quanto no domínio da responsabilidade civil por danos (responsabilidade extracontratual), cuja função precípua é a de reparação das consequências da violação ao direito à pessoa ou ao patrimônio da vítima" (MIRAGEM, Bruno. **Direito civil: direito das obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 483).

objetivação da responsabilidade civil vem, aos poucos, invertendo a lógica dos Códigos Civis de 1916 e 2002, que implementaram a responsabilidade civil subjetiva como regra, e o Código de Defesa do Consumidor tem um importante papel nessa quebra de paradigma.

Esse fenômeno é tão presente que já se chegou a defender a “morte da culpa” na responsabilidade civil contratual²³⁴:

Ora, se a culpa só pode ser afastada demonstrando-se não haver nexo causal entre a violação de um dever contratual e a lesão suportada pelo parceiro no contrato, não há razão para defender a manutenção do elemento subjetivo como fator de atribuição do dever de reparar.

Essa simples constatação – e ela parece irrefutável – faz ruir quaisquer modelos de apreciação subjetiva da responsabilidade contratual. Entretanto, em vez de aceitar a morte da culpa, surgem desculpas visando esconder esse fato. Surgem teses mirabolantes. Sob o pálio da culpa, defende-se que, havendo o inadimplemento ou a mora – nas obrigações de meio -, o ônus da prova da ausência de culpa é do devedor, mas, caso haja cumprimento inexato, sua prova deve ser promovida pelo credor. A construção parece destoar do estado da arte no tratamento do dever de reparar – em desfavor da vítima, afrontando um dos pilares fundantes do direito de danos -, ao retornar a discussão sobre a necessidade de prova da culpa do devedor na hipótese apontada. Infira-se, ainda, que a aludida tentativa de conformação teórica do tema afasta a possibilidade de sistematizar, coerentemente, as diferentes hipóteses de violação do dever contratual²³⁵.

Mas o fato é que, “viva”, ou não, a culpa não mais integra a grande parte das discussões relativas ao inadimplemento contratual, tendo em vista que, nesses casos, a análise resume-se à identificação dos demais pressupostos do dever de reparar. Salvo questões relacionadas a profissionais liberais, por exemplo, a responsabilidade civil decorrente de relação de consumo é objetiva. Ações indenizatórias decorrentes de responsabilidade civil contratual também são guiadas pela presunção da culpa por parte do devedor inadimplente.

Com efeito, no âmbito contratual, afirma-se tradicionalmente que o simples fato do inadimplemento já permite presumir que o devedor da obrigação descumprida agiu culposamente, a justificar sua responsabilização por perdas e danos se caracterizado o inadimplemento absoluto²³⁶.

²³⁴ CATALAN, Marcos. **A Morte da culpa na responsabilidade contratual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

²³⁵ Ibid., p. 211.

²³⁶ SOUZA, Eduardo Nunes de. Do erro à culpa na responsabilidade civil do médico. **Revista Eletrônica de Direito Civil**, ano 2, n. 2, 2013.

Essa diminuição da importância da culpa como elemento do dever de reparar, além de representar a formação de um sistema de responsabilização mais solidário²³⁷, traz reflexos na dicotomia existente entre as obrigações de meio e de resultado. Marcos Catalan, por exemplo, expõe que ela foi criada tão somente com o objetivo de ampliar as possibilidades de exclusão do dever de reparar²³⁸.

Nesse sentido, há de se destacar a existência de uma contradição: se na responsabilidade contratual existe uma previsão de culpa, não deveria o credor, quando do inadimplemento de uma obrigação de meio, ter que provar a existência dela. Não existe qualquer menção de elemento subjetivo culpa na redação do art. 389, do Código Civil, que trata de inadimplemento de obrigações²³⁹.

Mas não é só. Sobre as referidas obrigações, diga-se que a divisão entre elas foi erigida com base nos seguintes critérios: (a) no grau de determinismo da prestação; (b) na maior ou menor aleatoriedade do resultado pretendido; e (c) na intensidade da participação do credor na execução da prestação²⁴⁰.

O alto grau de subjetivismo dos próprios critérios que servem para a qualificação das obrigações (de meio ou de resultado) aponta, desde já, uma total insegurança jurídica da proposição, o que causa uma grandiosa confusão desnecessária em toda a doutrina e jurisprudência e, por consequência, o ofuscamento e a protelação de direitos.

Tão graves e intensas são essas discussões acerca da natureza dos referidos institutos que, até os atualmente incontestáveis conceitos de obrigação de meio ou de resultado, acabam sendo surpreendentemente alterados por um ou outro Tribunal, causando surpresas e gerando insegurança jurídica.

Mas o principal fundamento do fim da dicotomia aqui tratada reside no fato de que ela, além de representar uma contradição ao fenômeno da diminuição do papel da culpa na responsabilidade civil contratual, contradiz, também, o princípio da

²³⁷ “A ampliação das hipóteses de responsabilidade objetiva, de uma forma geral, contribui para a formação de um sistema de responsabilização mais solidário, porque adequado às relações de massa e comprometido com a equitativa distribuição dos riscos da vida contemporânea”. (SCHREIBER, Anderson, Arbitramento do dano moral no Código civil. **Revista Trimestral de Direito Civil**: RTDC, v. 3, n. 12, p. 10, out./dez. 2002).

²³⁸ CATALAN, Marcos. **A Morte da culpa na responsabilidade contratual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 202.

²³⁹ Art. 389. Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado.

²⁴⁰ *Ibid.*, p. 203.

primazia do interesse da vítima, o qual, como assevera Lôbo²⁴¹, é um dos principais fatores de transformação da responsabilidade civil.

Nesse aspecto, é de se registrar que não se está dizendo que, em razão da valorização do interesse da vítima, deve o ofensor/devedor responder pelos danos a todo e qualquer custo. Não é isso. É evidente que somente com a presença do nexo causal e a inexistência de excludentes de responsabilidade que deve ocorrer a devida reparação. O que não pode ocorrer é sobreposição da culpa ao interesse social de reparar-se a vítima.

Nesse ponto, convém notar que a existência da culpa e, conseqüentemente, a distinção das obrigações de meio ou de resultado pode estabelecer, em determinadas hipóteses fáticas, uma injusta desigualdade na distribuição de carga probatória, e essa, por sua vez, acaba por impedir a realização da justiça.

É que, na obrigação de meio, não basta a vítima provar os requisitos legais da reparação civil, mas, também, que os meios utilizados pelo devedor não foram adequados. Isso, evidentemente, é um grande obstáculo de acesso e realização de justiça, já que, por muitas vezes, o credor, em razão de manifesta hipossuficiência técnica, ou pela ausência de informações de posse exclusiva do devedor, não consegue fazer essa prova em juízo.

No mais, não custa lembrar que a distinção entre as obrigações gera tratamento diferenciado para os danos reais. Se pelos critérios subjetivos e duvidosos os Tribunais entenderem que a situação hipotética é uma obrigação de fim, beneficia-se o credor, mas se os tortuosos critérios levaram os pretórios à conclusão de que se trata de obrigação de meio, beneficia-se o devedor. Essa distinção de tratamento dos danos reais, sem sombra de dúvidas, indica uma possível violação ao princípio da isonomia.

Esse, outro motivo para refletir-se sobre o possível fim da apontada dicotomia.

Um outro importante fundamento prático para isso também é vislumbrado ao perceber-se que o limite da culpa, ao menos da responsabilidade contratual, sempre esteve atrelado a uma causa estranha e não imputável ao devedor.

²⁴¹ LÔBO, Paulo. **Direito civil**: parte geral. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 39.

Isto é, se a única forma que o devedor tem para livrar-se do dever de reparar é demonstrando não haver nexo de causalidade entre a ação/omissão e o dano, a culpa é um elemento absolutamente irrelevante à responsabilização civil contratual.

Como se vê, a distinção entre obrigação de meio e de resultado, além de ser baseada em critérios não muito bem delineados, o que causa grandes problemas no seu enquadramento, é medida que pode violar, em casos concretos, os princípios da isonomia e da primazia do interesse da vítima.

Mas, além disso, não há como não se constatar que o término da dicotomia aqui tratada é uma das consequências lógicas do ocaso da culpa, afinal, com a possível derrocada desta toda e qualquer responsabilização deve ser analisada sob o viés objetivista.

5.4 A TEORIA DA DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS PROBATÓRIO E OS REFLEXOS NA DISTINÇÃO DAS OBRIGAÇÕES DE MEIO E DE RESULTADO

O direito deve adaptar-se a novas realidades sociais, sendo descabida a manutenção de institutos que não mais se adequem aos anseios sociais. A obsolescência de um instituto, por muitas vezes, tal como ocorre no mundo tecnológico, dá-se em razão da criação de novos institutos, mais modernos e eficazes para a tutela de direitos.

Como ressaltam Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald²⁴², as dicotomias clássicas do direito são fruto de uma dogmática jurídica asséptica e refratária à rica e complexa realidade dos fatos. Não pode o jurista, portanto, deixar de revisitar os clássicos conceitos quando novas realidades fáticas se impõem.

Nesse sentido, vale lembrar que a distinção entre obrigações de meio e de resultado tem por relevância prática a diferenciação do regime de produção de provas²⁴³. Enquanto nas obrigações de resultado há uma presunção de culpa, pelo que cabe ao devedor provar que não houve dano, ou houve o rompimento do nexo de causalidade, para livrar-se do dever de reparar, nas obrigações de meio, cabe ao

²⁴² FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: obrigações**. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 345.

²⁴³ “A distinção entre as obrigações de meio e de resultado tem sua origem remota nos estudos dos primeiros civilistas modernos acerca da relevância da intenção das partes na imputação da responsabilidade pelo inadimplemento, assumindo relevância prática posterior – e, nestes termos, se afirmou – na determinação do ônus da prova da culpa para o caso de responsabilidade do devedor inadimplente” (MIRAGEM, Bruno. **Direito civil: direito das obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 238).

credor provar que o dano se deu por culpa do devedor.

Ora, se a distinção das obrigações de meio e de resultado gera consequências no campo probatório, nada mais natural que a mudança de regras atinentes à produção de provas repercuta, diretamente, na referida dicotomia, ou melhor dizendo, nos resultados dela. Isso, todavia, não pareceu ser uma questão tão lógica assim. Afinal, as regras próprias de distribuição do ônus da prova das obrigações de meio e de resultado, aparentemente, sempre se sobrepuseram às regras processuais atinentes a provas, mesmo sem que houvesse uma regulação legal da referida dicotomia.

Aqui, veja-se que, sob o ponto de vista do direito processual vigente antes da nova codificação processual civil de 2015, cabia ao autor a prova dos fatos constitutivos do seu direito, e ao réu a prova de fatos impeditivos, extintivos ou modificativos do direito do autor²⁴⁴. Nada obstante isso, sempre se impunha ao credor a prova da culpa do devedor, nas obrigações de meio, quando do seu inadimplemento, independentemente da posição processual por aquele ocupada.

Ocorre que, como já se defendeu anteriormente, essa regra própria de distribuição do ônus da prova das obrigações de meio e de resultado acaba por impor situações de verdadeira injustiça, por atribuir à vítima a produção de provas por muitas vezes consideradas diabólicas²⁴⁵.

É o caso do contratante de profissional liberal. Detentor do conhecimento técnico, é o profissional liberal que mais tem acesso às informações e documentos

²⁴⁴ Código de Processo Civil de 1973:

Art. 333. O ônus da prova incumbe:

I - ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito;

II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Parágrafo único. É nula a convenção que distribui de maneira diversa o ônus da prova quando:

²⁴⁵ “Tal distinção [entre obrigações de meio e de resultado] não mais se sustenta, pois contradiz um dos principais fatores de transformação da responsabilidade civil, ou seja, a primazia do interesse da vítima. Por outro lado, estabelece uma inaceitável desigualdade na distribuição da carga da prova entre as duas espécies: na obrigação de meio, a vítima não apenas tem de provar os requisitos da responsabilidade civil para a reparação (dano, fato causador, nexos de causalidade, imputabilidade), mas que o meio empregado foi tecnicamente inadequado ou sem a diligência requerida, o que envolve informações especializadas, que o autor do dano dispõe e ela não; na obrigação de resultado, basta a prova dos requisitos. O tratamento desigual para os danos reais, em virtude da qualificação do conteúdo da obrigação como de meio ou de resultado, conflita com o princípio constitucional da igualdade, que é uma das conquistas modernas da responsabilidade civil. Essa orientação dominante resultou em dificuldades quase intransponíveis para as vítimas de prejuízos causados pelos profissionais liberais, quando não conseguem provar que a obrigação por eles contraída é de resultado. Na atuação dos profissionais liberais, a configuração de sua obrigação como de resultado era e é quase impossível. Assim, restam os danos sem indenização, em contramão da evolução da responsabilidade civil, no sentido da plena reparação” (LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito civil: Obrigações**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 39).

necessários à prestação de serviço, os quais, ainda que fossem disponibilizados de modo transparente aos contratantes, possivelmente não seriam devidamente interpretados, em razão de normalmente serem formados em linguagem técnica própria (pareceres e exames médicos, por exemplo). Sobre o tema, Lorenzetti assim discorre:

Ello es claro en los juicios de responsabilidad profesional, en los de la base de que quien tiene la información, la documentación, quien puede explicar mejor los hechos es, justamente, el profesional. Evidentemente es más económico para el médico aportar la prueba. El paciente, en cambio, tendría que asistir con un abogado a la primera consulta para poder preconstituir bas y poder dar una idea razonable de lo que ha sucedido. que sucede en la realidad es que el paciente se ve obligado a promover denuncias penales a fin de obtener pruebas, allanamientos y documentarse. De este modo se termina perjudicando a los profesionales, quienes se ven expuestos innecesariamente a causas penales, con riesgos de inhabilitación. Esta regla, como todas, debe ser precisa y evitar los excesos²⁴⁶.

Justamente por constatar que, na realidade, há situações em que a regra específica de distribuição do ônus da prova das obrigações de meio e de resultado pode acabar por prejudicar um dos contratantes, em razão de ser o outro o que tem mais condições de produzir provas do cumprimento ou do inadimplemento da obrigação contratada, Zannoni defende que a distribuição do ônus probatório deve levar em consideração as especificidades do caso:

En suma, cuestión de la prueba del incumplimiento de la prestación debe subordinarse a las circunstancias de cada caso que exigirán un mayor o un menor aporte probatorio del acreedor. Belluscio ha puntualizado atinadamente una serie de ejemplos en que frente a obligaciones de la misma natu raleza, en su caracterización a priori, pueden variar los extremos a probar por el acreedoras. Así, por ejemplo, si el médico abandona la asistencia del enfermo, y a raíz de ello el paciente agrava -o muere-, bastará con que se pruebe el abandono no para inferir la culpa, si en cambio se imputa al médico un defectuoso tratamiento o un diagnóstico equivocado, no bastará con probar el agravamiento la muerte del paciente (como en el caso anterior), sino que deberá probarse la culpa del médico en el tratamiento o en el diagnóstico. Y es evidente que en ambos ejemplos la

²⁴⁶ Tradução livre: “Isso é claro em julgamentos de responsabilidade profissional, naqueles com base em quem tem a informação, a documentação, quem pode explicar melhor os fatos é, precisamente, o profissional. Obviamente, é mais fácil para o médico fornecer o teste. O paciente, por outro lado, teria que ajudar com um advogado na primeira consulta a poder preconstituir e ser capaz de dar uma ideia razoável do que aconteceu. O que acontece na realidade é que o paciente é forçado a promover denúncias criminais para obter provas, pesquisas e documentos. Desta forma, acaba prejudicando os profissionais, que são desnecessariamente expostos a processos criminais, com riscos de desqualificação. Esta regra, como todas, deve ser precisa e evitar excessos” (LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos de derecho privado**: código civil y comercial de la nación argentina. Buenos Aires: La Ley, 2016. p. 379-380).

*obligación asumida por el médico era idéntica, desde la perspectiva conceptual*²⁴⁷.

Parece que a solução de Zannoni, hoje, é absolutamente viável no ordenamento jurídico pátrio, em razão de o Código de Processo Civil de 2015 ter adotado a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova²⁴⁸. Significa dizer que, verificando o juiz que uma das partes tem mais condições de produzir provas sobre determinado fato do que a outra, deve ele distribuir o ônus probatório de acordo com as especificidades do caso, sobrepondo as regras gerais do campo probatório.

Trazendo isso para a realidade de uma relação do médico com o seu paciente, da qual decorrem, tradicionalmente, obrigações de meio, contata-se que o juiz, verificando que aquele, por deter o melhor acesso às informações e documentos técnicos relacionados ao objeto da contratação do que este, pode determinar a inversão do ônus da prova (pertencente à vítima, de acordo com as orientações clássicas). Diga-se o mesmo quanto às obrigações decorrentes da relação do advogado e o seu cliente: pela teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, caberá ao advogado, e não ao seu cliente, provar que não há culpa a justificar a sua condenação, na hipótese de restar provado que aquele detém mais condições de assumir esse ônus probatório do que este (o que, de fato, é regra, e não exceção).

Nesse estado da arte do direito probatório, cabe-se questionar o porquê de manterem-se vigentes no ordenamento jurídico (pela doutrina e jurisprudência) a distinção das obrigações de meio e de resultado. Parece razoável pensar que, se os

²⁴⁷ Tradução livre: “Em suma, a questão da prova do não cumprimento do benefício deve ser subordinada às circunstâncias de cada caso, que exigirá uma contribuição maior ou menor da provedora do credor. Belluscio referiu com razão uma série de exemplos em que, diante de obrigações da mesma natureza, em sua caracterização a priori, os extremos a serem testados pelos credores podem variar. Assim, por exemplo, se o médico abandona a assistência do paciente e, como resultado, o paciente agrava ou morre, será suficiente que o abando seja comprovado para não inferir a culpa, se em vez disso o tratamento defeituoso é imputado ao médico. ou um diagnóstico errado, não será suficiente para provar o agravamento da morte do paciente (como no caso anterior), mas a falha do médico no tratamento ou no diagnóstico deve ser comprovada. E é evidente que, em ambos os exemplos, a obrigação assumida pelo médico era idéntica, da perspectiva conceitual”. (ZANNONI, Eduardo A. **Elementos de la obligación: concepto, fuentes, contenido, objeto, cumplimiento**. Buenos Aires, 1996: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma. p. 140-141).

²⁴⁸ Art. 373. O ônus da prova incumbe:

I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito;

II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

§ 1º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído. (grifou-se)

ônus da prova serão distribuídos de acordo com a capacidade de cada litigante para tanto, não mais há sentido prático em permanecer distinguindo as obrigações de meio e de resultado.

Diante da tendência atual, como foi já analisado, com a adoção da possibilidade da inversão do ônus da prova, principalmente, e a teoria da carga dinâmica ou compartilhada das provas, os mais modernos doutrinadores (entre eles: LORENZETTI, KFOURI, VAZQUEZ FERREYRA, ITURRASPE) afirmam que a utilidade da distinção das obrigações em meio e resultado, não surte mais efeitos. Posto que, a utilidade da distinção se relaciona em sua essência ao ônus da prova, como outrora ensinou DEMOGUE, o fato de se considerar, em geral, a obrigação como de meios, assim incumbindo o paciente a provar o ato culposo do médico, porém abrindo a possibilidade da inversão do ônus dessa prova, a importância da distinção das obrigações em meios ou resultados resta sem utilidade. Diante dessa constatação, e porque, como se disse acima, o direito deve evoluir e os seus institutos adaptarem-se a novas realidades sociais, até mesmo em razão de outros institutos capazes de melhor regular a situação jurídica posta, uma reflexão sobre a possível extinção da classificação das obrigações de meio e de resultado é necessária²⁴⁹.

Diante dessa constatação, e porque, como se disse acima, o direito deve evoluir e os seus institutos adaptarem-se a novas realidades sociais, até mesmo em razão de outros institutos capazes de melhor regular a situação jurídica posta, uma reflexão sobre a possível extinção da classificação das obrigações de meio e de resultado é necessária.

²⁴⁹ ROBERTO, Luciana Mendes Pereira. Análise crítica das obrigações de meio e de resultado. **Revista Jurídica da UniFil**, ano 1, n. 1, p. 132-155.

6 CONCLUSÃO

Em razão do reconhecimento da função promocional do direito, os institutos jurídicos classicamente desenvolvidos devem ser revisitados, tudo para que passe a os analisar sobre a ótica funcional. O direito obrigacional não poderia passar ao largo dessa nova perspectiva.

Se, antes, as relações obrigacionais eram vistas como liames estanques entre indivíduos, hoje devem ser enxergadas como a soma de obrigações dinâmicas voltadas ao seu próprio adimplemento e à satisfação do credor, sempre observando a sua causa, isto é a sua intenção, o escopo do ato que lhe forma a essência.

Essa forma complexa de enxergar a obrigação é decorrente do reconhecimento de que o que se contrata não se limita ao objeto declarado do negócio jurídico, estendendo-se, por força da incidência de princípios que regem todas as relações jurídicas interpessoais, notadamente o da boa-fé objetiva, a uma série de deveres gerais de conduta que se incorporam implicitamente aos referidos pactos. O adimplemento de uma obrigação deve, então, ter seu conceito flexibilizado - sob o viés de que eles se traduzem num processo de cooperação voltado à satisfação do credor -, de modo que, a depender das circunstâncias fáticas do caso concreto, podem ter o seu objeto inicial modificado, a, ainda assim, remanescer válido o vínculo obrigacional.

Significa dizer que a análise do adimplemento das obrigações não mais pode representar um “tudo ou nada”, impondo-se uma análise casuística que deve considerar todas as obrigações principais e gerais (ou acessórias) que envolvem o negócio jurídico.

Naturalmente, essa perspectiva gera reflexos na análise do inadimplemento obrigacional, isto é, na responsabilidade civil, campo este que tem enfrentado mudanças históricas que vieram a alterar a sua própria razão de ser. Nessa linha, chegou-se à conclusão de que, antes, o objetivo da responsabilidade civil era punir aquele que, com culpa, causou danos a outrem, hoje, o seu foco é privilegiar a vítima, ampliando as hipóteses de reparação e facilitando o acesso a ela.

A culpa deixou, portanto, de exercer um papel de relevância entre os requisitos do dever de reparar, e, em razão da incidência dos princípios da solidariedade social, isonomia substancial e dignidade da pessoa humana, a responsabilização

civil deixou de ser vista sob a ótica individualista, passando a representar um assunto de verdadeiro interesse social.

O grande desafio da reparação, porém, é a existência de normas processuais e regras específicas de distribuição do ônus da prova (criadas pela doutrina e jurisprudência) que dificultam a comprovação do preenchimento de todos os “filtros” do dever de reparar, por parte da vítima. Hoje, porém, há regras processuais que, caminhando no sentido da funcionalização dos institutos do direito, flexibilizam as tradicionais regras de distribuição do ônus da prova, de modo a facilitar a descoberta da “verdade real” dos fatos – teoria dinâmica da distribuição do ônus da prova, evitando, assim, a impunidade.

Levando em consideração tais remates que envolvem o direito obrigacional, a responsabilidade civil e regras processuais de distribuição do ônus da prova, foi possível chegar às seguintes conclusões acerca das obrigações de meio e de resultado:

1. Perante a constatação da complexidade do fenômeno obrigacional, vê-se que, ainda que as obrigações sejam de meio, há sempre uma vinculação a um fim – interesse do credor -, e que o critério da utilização do grau de álea para a realização da distinção é algo muito difícil, senão impossível de se estabelecer, o que favorece a discricionariedade judiciária;
2. Se a culpa vem perdendo gradativamente o seu papel na responsabilidade civil (notadamente na contratual), a ponto de falar-se na sua “morte”, percebe-se que os reconhecidos reflexos do inadimplemento de uma obrigação de meio, que impõem à vítima à prova da culpa do devedor na consecução do dano, não estão condizentes com a atual configuração da responsabilidade civil na atualidade. Há uma contradição que, precisa ser superada, ou com a extinção das obrigações de meio, ou por meio de sua remodelação;
3. A obrigação de meio, tal como ela foi concebida, põe o credor em uma situação de vulnerabilidade na hipótese do inadimplemento contratual por parte do devedor, vez que impõe a ela a produção de uma prova quase que diabólica (da culpa do ofensor), vez que, em regra, as melhores informações

e documentos ficam com o devedor (por exemplo, na relação médico e paciente). Se, hoje, há no ordenamento jurídico uma regra própria que permite a distribuição do ônus da prova de acordo com possibilidade das partes de produzi-las, parece não haver motivos para manter vigente uma regra, criada pela doutrina e jurisprudência, cujo efeito prático é justamente apontar as provas que cada um dos contratantes deve produzir em eventual inadimplemento da (s) obrigação (ões).

O direito, assim como a vida, é dinâmico, e deve adaptar-se às modificações sociais; caso contrário, passa a permitir que a sua obsolescência atrapalhe a consecução do seu objetivo, que é a manutenção da ordem social. Assim, sem desmerecer o grande avanço e o importantíssimo papel da dicotomia criada por Demogue, parece não mais se sustentar a dicotomia das obrigações de meio e de resultado.

É chegado o momento, portanto, de se observar que a referida distinção é medida contrária ao interesse da própria sociedade, que cada dia mais clama por justiça e se apresenta mais crítica em relação à impunidade, razão pela qual a sua superação é uma medida que se impõe.

REFERÊNCIAS

- AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Responsabilidade civil do médico. **Direito e Medicina: aspectos jurídicos da Medicina**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ALMEIDA, João Alberto de; CARVALHO, André Lopes. Momento processual da inversão do ônus da prova nas relações de consumo: necessidade de elaboração de uma nova teoria para o juizado especial cível. **Revista da Faculdade de Direito UFMG**, Belo Horizonte, n. 63, p. 325 – 355, jul./dez. 2013.
- BÄCKER, Carsten. Regras, Princípios e Derrotabilidade. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**. Belo Horizonte, n. 102, p. 55-82, jan./jun. 2011.
- BELLINI JÚNIOR, Antônio Carlos. **A Inversão do Ônus da Prova no Código de Defesa do Consumidor**. Campinas: Servanda, 2006.
- BETTI, Emílio. **Teoria geral do negócio jurídico**. Tradução: Fernando de Miranda. Coimbra: Coimbra Editora, 1969. v. 2.
- BEVILAQUA, Clóvis. **Direito das obrigações**. 8 ed. Rio de Janeiro: Editora Paulo de Azevedo Ltda, 1954.
- BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito**. Tradução: Daniela Beccaccia Versiani. Barueri: Manole, 2007.
- BRAGA, Paula Sarno; DIDIER JUNIOR, Fredie. A obrigação como processo e a responsabilidade patrimonial. **Juris Plenum**, v. 111, 2010.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, Senado, 1988.
- BRASIL. Congresso Nacional. Lei nº 556, de 25 de junho de 1850. **Código Comercial brasileiro**, 1850.
- BRASIL. Congresso Nacional. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. **Código de Processo Civil brasileiro de 1973**. Senado, DF, 1973.
- BRASIL. Congresso Nacional. Lei nº 7.565, de 19 de dezembro de 1986. **Código Brasileiro da Aeronáutica**, Senado, DF, 1986.
- BRASIL. Congresso Nacional. Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. **Código Civil de 1916**. Senado, DF, 1916.
- BRASIL. Congresso Nacional. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil de 2002**, Senado, DF, 2002.
- BRASIL. Conselho Federal de Medicina. Resolução CFM nº 1931, de 17 de

setembro de 2009. **Código de Ética Médica**, Brasil, 2009.

BRASIL. Congresso Nacional. Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil brasileiro de 2015**. Senado, DF, 2015.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo**: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

CAPELOTTI, João Paulo. Prova no processo civil: entre a verdade e a probabilidade. **Revista Eletrônica Direito e Política**. Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v. 7, n. 2, p. 1038 -1057, set. 2012.

CASTRO, Torquato. **Da causa no contrato**. Recife: Oficinas Gráficas do Jornal do Commercio, 1947.

CASTRO Y BRAVO, Frederico de. **El negocio jurídico**. Madrid: Editorial Civitas S.A., 1997.

CATALAN, Marcos Jorge. **A Morte da culpa na responsabilidade contratual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

CATALAN, Marcos Jorge. Um sucinto inventário de 25 anos de vigência do Código de Defesa do Consumidor no Brasil. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 103, p. 23-53, jan. / fev. 2016.

COMPARATO, Fábio Konder. **Ensaio e pareceres de direito empresarial**. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

DANTAS, San Tiago. **Programa de direito civil**. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1978. v. 2.

DA ROCHA, Antônio Manuel; CORDEIRO, Menezes. **Da boa fé no direito civil**. 6 ed. Coimbra: Almedina, 2015.

DEMOGUE, René. **Traité des obligations en general**. Paris: Librairie Arthur Rousseau e cie, 1925. t. 5.

EHRHARDT JÚNIOR, Marcos Augusto de Albuquerque. **Responsabilidade civil pelo inadimplemento da boa-fé**. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

EHRHARDT JÚNIOR, Marcos Augusto de Albuquerque. **A conquista do valor dignidade nas relações privadas**. Disponível em: <http://www.marcosehrhardt.adv.br/index.php/artigo/2010/06/06/a-conquista-do-valor-dignidade-nas-relacoes-privadas>. Acesso em: 25 jun. 2017.

EHRHARDT JÚNIOR, Marcos Augusto de Albuquerque. **Deveres gerais de conduta nas obrigações civis**: breves notas sobre o princípio da boa-fé objetiva e sua influência nas relações contratuais. Disponível em: <http://www.marcosehrhardt.com.br/index.php/artigo/2010/06/06/deveres-gerais-de->

conduta-e-boafe. Acesso em: 20 ago. 2017.

FARIAS, Cristiano Chaves de. **Escritos de direito e processo das famílias**. 2 ed. Bahia: Editora Juspodivm, 2013.

FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: obrigações**. 11 ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Função social da dogmática jurídica**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2015.

FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. **Responsabilidade por danos, Imputação e nexos de causalidade**. Curitiba: Juruá, 2014.

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

KONDER, Carlos Nelson; RENTERIA, Pablo. A funcionalização das relações obrigacionais: interesse do credor e patrimonialidade da prestação. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Org.). **Diálogos sobre direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. v. 2.

LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. **Direito das obrigações**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

LEME, Lino de Moraes. A causa nos contratos. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**. v. 52, 1957.

LÔBO, Fabíola Albuquerque. O dever de informar nas relações de consumo. In: **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, p. 83-100, jan./mar. 2001.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito civil: Obrigações**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito civil: parte geral**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Deveres gerais de conduta nas obrigações civis. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 10, n. 711, 16 jun. 2005. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/6903>. Acesso em: 01 ago. 2017.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Fatos jurídicos como fontes das obrigações. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 18, n. 3761, 18 out. 2013. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/25366>. Acesso em: 12 mar. 2017.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do direito civil. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 4, n. 33, 1 jul. 1999. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/507>. Acesso em: 26 jun. 2017.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos de derecho privado: código civil y comercial de la nación argentina**. Buenos Aires: La Ley, 2016.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Devido processo legal substancial In: DIDIER

JÚNIOR, Fredie. **Leituras Complementares de Processo Civil**. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2006.

MACÊDO, Lucas Buri; PEIXOTO, Ravi. **Ônus da prova e sua dinamização**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela Inibitória e Tutela de Remoção do Ilícito**. Disponível em: [http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Luiz%20G%20Marinoni\(2\)%20-20formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Luiz%20G%20Marinoni(2)%20-20formatado.pdf). Acesso em: 10 jul. 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Processo de conhecimento**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao novo Código civil**: do direito das obrigações, do adimplemento e da extinção das obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. 5. t. 1.

MEIRELES, Rose Melo Vencelau. **Autonomia privada e dignidade humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

MORAES, Maria Celina Bodin de. A causa do contrato. **Civilística.com**, Rio de Janeiro, ano 2, n. 4, out./dez. 2013. Disponível em: <http://civilistica.com/wp-content/uploads/2015/02/Bodin-de-Moraes-civilistica.com-a.2.n.1.2013.pdf>. Acesso em: 10 ago. 2017.

MORAES, Maria Celina Bodin de; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. À guisa de introdução: o multifacetado conceito de profissional liberal. In: MORAES, Maria Celina Bodin de; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz (Coord.). **Responsabilidade civil dos profissionais liberais**. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

MOREIRA, Carlos Roberto Barbosa e outros. **Direito Civil e Processo** - Estudos em homenagem ao Professor Arruda Alvim. 1 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MIRAGEM, Bruno. **Direito civil: direito das obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2017.

NONATO, Orosimbo. **Curso de Obrigações**. Rio de Janeiro: Forense, 1959. v. 1.

OSTERLING PARODI, Felipe; CASTILLO FREYRE, Mario. El tema fundamental de las obligaciones de medios y de resultados frente a la responsabilidad civil. **Derecho PUCP**, [S.l.], n. 53, p. 475-512, dec. 2013. ISSN 2305-2546. Disponível em: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/6568>. Acesso em: 09 set. 2017.

PAULINO, Roberto; CHUEIRI, Rodrigo Cunha; AZEVEDO, Rafael. O problema da causa na resolução dos contratos. **Revista de informação legislativa**, v. 53, n. 211,

p. 335 - 352, jul./set. 2016. Disponível em: http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/53/211/ril_v53_n211_p335. Acesso em: 09 set. 2017.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis de direito civil**. Tradução: Maria Cristina de Cicco. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar. 2002.

PRATA, Ana. **A tutela constitucional da autonomia privada**. Coimbra: Almedina, 2016.

ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: obrigações**. 11 ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

RENTERÍA, Pablo. **Obrigações de meio e de resultado: análise crítica**. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

RODRIGUES, Alessandro Carlos Meliso. A valoração da prova e o convencimento do julgador no novo Código de Processo Civil brasileiro. In: GARCIA, Pedro de Castilho; VASCONCELOS, Maria Gabriela Lordelo de. (Org.). **A prova cível: elementos para convicção judicial**. Campo Grande: Contemplar, 2017.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil**. São Paulo: Saraiva: 1991. v. 2.

ROPPO, Enzo. **O contrato**. Tradução: COIMBRA, Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes, Coimbra: Almedina, 2009.

ROSS, Alf. **Tû-Tû**. São Paulo: Quartier Latin, 2004.

SCAVONE JÚNIOR, Luiz Antônio. **Obrigações: abordagem didática**. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

SCHREIBER, Anderson. A tríplice transformação do adimplemento (adimplemento substancial, inadimplemento antecipado e outras figuras). **Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro, v. 32, p. 01 - 25, out./dez. 2007.

SCHREIBER, Anderson. Direito à moradia como fundamento para impenhorabilidade do imóvel residencial do devedor solteiro. In: RAMOS, Carmem Lúcia Silveira (Org.). **Diálogos Sobre o Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: A erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2013.

SILVA, Clóvis V. do Couto e. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006.

SILVA, João Calvão da. **Cumprimento e sanção pecuniária**. 2 ed. Coimbra: Almedina, 1995.

STIGLITZ, Rubén S. **Contratos civiles y comerciales**. Buenos Aires: Abeledo-

Perrot, 1998. t. 1.

TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade**: o juiz e a construção dos fatos. Tradução: Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2016.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. **Código Civil interpretado**: conforme a Constituição da República. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. v. 3.

TERRA, Aline de Miranda Valverde. **Inadimplemento anterior ao termo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

TUNC, André. A distinção entre obrigações de resultado e obrigações de diligência. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 89, n. 778, p. 755–764, ago./2000.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos**. 9 ed. São Paulo: Atlas, 2009.

VILELA, Mozart Andrade. O conceito de prova no processo civil. In: GARCIA, Pedro de Castilho; VASCONCELOS, Maria Gabriela Lordelo de. (Org.). **A prova cível**: elementos para convicção judicial. Campo Grande: Contemplar, 2017.

WERLE, Vera Maria. Pesquisa Jurídica: uma reflexão paradigmática. **(Re) Pensando Direito**, Editora Unijuí, n. 1, p. 51-74, jan./jun.2011.