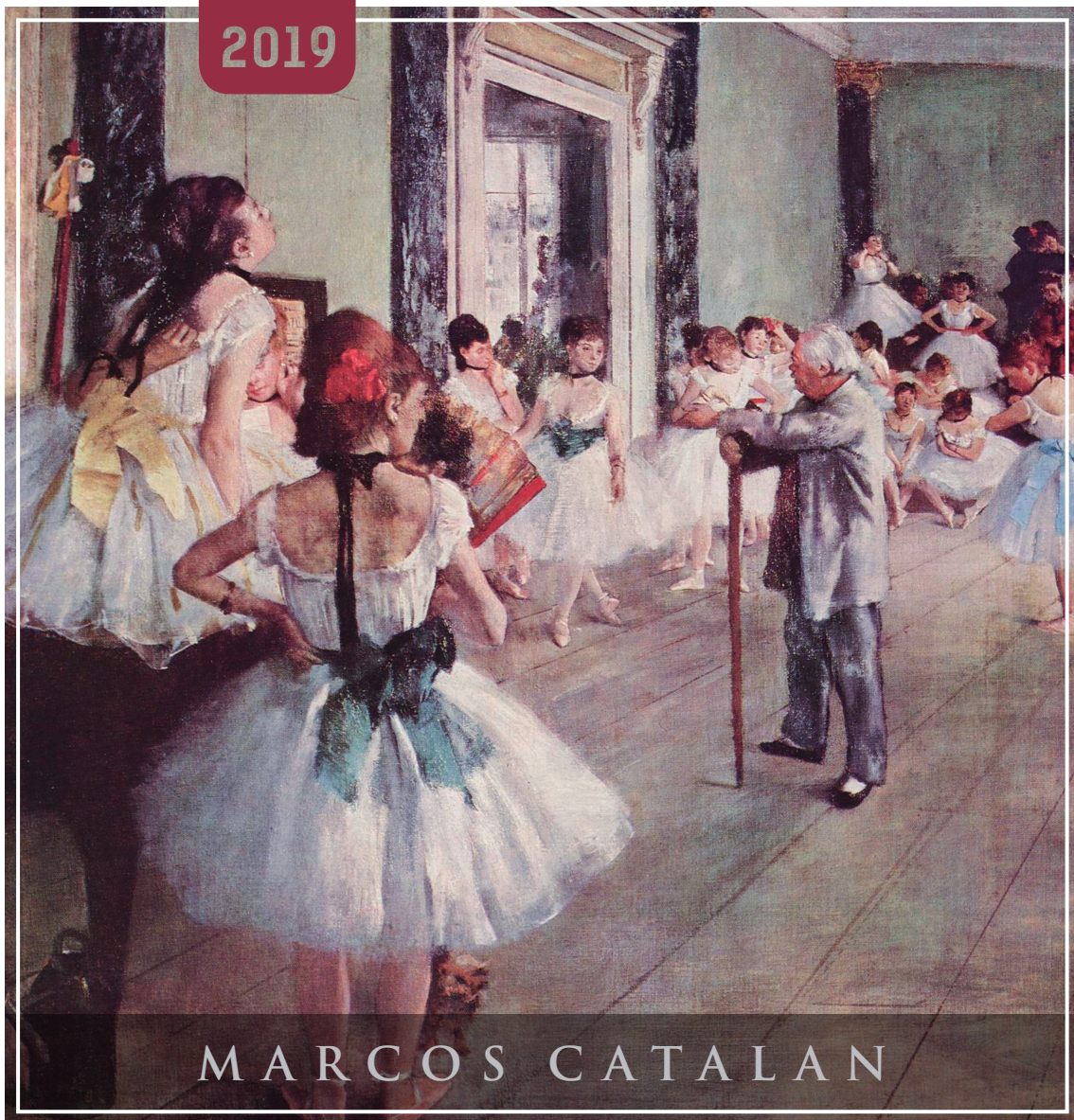


2019



MARCOS CATALAN

A MORTE DA CULPA

NA RESPONSABILIDADE CONTRATUAL

SEGUNDA EDIÇÃO

EDITORA
FOCO

Você está recebendo, **GRATUITAMENTE**, um fragmento da obra da **Editora Foco**, para dar início aos seus estudos.

Este conteúdo não deve ser divulgado, pois tem direitos reservados à editora, constituindo-se uma cortesia a título de motivação aos seus estudos.

Faz-se necessário evidenciar que tal fragmento não representa a totalidade de uma obra ou disciplina.

A obra, na sua totalidade, poderá ser adquirida no site da **Editora Foco**:

www.editorafoco.com.br

Bons estudos!

Editora Foco

2019 © Editora Foco
Autor: Marcos Catalan
Diretor Acadêmico: Leonardo Pereira
Editor: Roberta Densa
Assistente Editorial: Paula Morishita
Revisora Sênior: Georgja Renata Dias
Preparação de original: Luciana Pimenta
Capa Criação: Leonardo Hermano
Diagramação: Ladislau Lima
Impressão miolo e capa: GRÁFICA META BRASIL

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP) de acordo com ISBD

C357m

Catalan, Marcos

Morte da culpa na responsabilidade contratual / Marcos Catalan. - 2. ed. - Indaiatuba, SP : Editora Foco, 2019.

208 p. : il. ; 17cm x 24cm.

Inclui índice.

ISBN: 978-85-8242-392-9

1. Direito. 2. Responsabilidade contratual. I. Título.

2018-564

CDD 340 CDU 34

Elaborado por Vagner Rodolfo da Silva – CRB-8/9410

Índices para Catálogo Sistemático:

1. Direito 340 2. Direito 34

Tiragem: 500 exemplares

DIREITOS AUTORAIS: É proibida a reprodução parcial ou total desta publicação, por qualquer forma ou meio, sem a prévia autorização da Editora FOOCO, com exceção do teor das questões de concursos públicos que, por serem atos oficiais, não são protegidas como Direitos Autorais, na forma do Artigo 8º, IV, da Lei 9.610/1998. Referida vedação se estende às características gráficas da obra e sua editoração. A punição para a violação dos Direitos Autorais é crime previsto no Artigo 184 do Código Penal e as sanções civis às violações dos Direitos Autorais estão previstas nos Artigos 101 a 110 da Lei 9.610/1998. Os comentários das questões são de responsabilidade dos autores.

NOTAS DA EDITORA:

Atualizações e erratas: A presente obra é vendida como está, atualizada até a data do seu fechamento, informação que consta na página II do livro. Havendo a publicação de legislação de suma relevância, a editora, de forma discricionária, se empenhará em disponibilizar atualização futura.

Erratas: A Editora se compromete a disponibilizar no site www.editorafoco.com.br, na seção Atualizações, eventuais erratas por razões de erros técnicos ou de conteúdo. Solicitamos, outrossim, que o leitor faça a gentileza de colaborar com a perfeição da obra, comunicando eventual erro encontrado por meio de mensagem para contato@editorafoco.com.br. O acesso será disponibilizado durante a vigência da edição da obra.

Impresso no Brasil (05.2019) – Data de Fechamento (04.2019)

2019

Todos os direitos reservados à
Editora Foco Jurídico Ltda.

Al. Júpiter 542 – American Park Distrito Industrial
CEP 13347-653 – Indaiatuba – SP
E-mail: contato@editorafoco.com.br
www.editorafoco.com.br

Por me ensinar, a cada dia, que a felicidade se constrói na soma de cada momento vivido. Por me fazer entender que, em cada nascer do sol, há um lindo a nossa espera. Por me apresentar a cada um dos mistérios da paixão. Por me permitir conhecer – e viver - o verdadeiro amor. A ti, cuja doçura angelical, sorriso sincero e abraço terno são fontes de energia, inspiração e serenidade. A ti, Eliza, doce Eliza, mulher que tanto admiro e que tenho como esposa amada, dedico, das entranhas do meu ser, cada linha desse trabalho.

Estas linhas não são fruto de trabalho solitário. Longe disso e, ao contrário do que muitos podem pensar, nasceram na experimentação de um processo, essencialmente, dialógico. Antecipe-se que, por confiar plenamente que a memória nos trairá nesse instante, fica aqui nosso agradecimento – e o pedido de perdão, por conta do lapso de memória – a todos que de algum modo colaboraram para a realização desse sonho.

Em especial, minha eterna gratidão a meus pais, Margarida e Valter Catalan, pelo amor incondicional e constante apoio. Agradeço também. Ao professor Carlos Alberto Dabus Maluf pelas valiosas lições acadêmicas e pelas muitas portas que ajudou a abrir. À professora Giselda Hironaka, pela oportunidade de convívio e por me fazer entender, que para transformar sonhos em realidade, era preciso antes acreditar em mim. Registro aqui, uma vez mais, minha gratidão a ambos e, ainda, aos professores Cláudia Lima Marques, Rui Geraldo Camargo Viana e Rogério Ferraz Donnini, pela presença em nossa banca de doutoramento e por apontarem parte das imprecisões contidas nesse trabalho. Agradeço, também, aos professores Nestor Duarte e Cristiano de Souza Zanetti, pelas observações e conselhos valiosos na qualificação dessa tese.

A Lucas Barroso pela amizade e pelo precioso auxílio com a revisão dos originais. A Pablo Malheiros, pelo apoio incondicional em todos os momentos desse trabalho. A Flávio Tartuce e Mário Delgado, pelas oportunidades, pelas incomensuráveis provas de carinho e pela amizade, sempre fiel. A Alexandre Gomide, André Borges de Carvalho Barros, André Franco, Antonio Babeto Spinelli, Bruno Miragem, *Chiquinho*, Christiano Cassetari, Cristiano Heineck Schmitt, Daniel Achutti, Daniel Ustárroz, Darci Guimarães Ribeiro, Eduardo Bussatta, Eroulths Cortiano Junior, Fernanda Tartuce, Fernando Sartori, Gabriele Tusa, Germano Schwartz, Giselle Groeninga, Inácio Carvalho Neto, Inez Vedovatto, Isabel Cristina Porto Borjes, José Fernando Simão, José Maria Trepas Cases, Manuel David Masseno, Marcos Ehrhardt Júnior, Maurício Bunazar, Pablo Stolze, Paulo Dorón Araújo, Paulo Nalin, Rodolfo Pamplona, Rodrigo Mazzei, Rodrigo Toscano de Brito, Rodrigo Xavier Leonardo, Romualdo Baptista dos Santos, Roxana Cardoso Brasileiro Borges, Sérgio Staut e Wladimir Alcibíades Marinho Falcão Cunha, pela amizade, companheirismo, diálogo constante e por cada momento de convívio.

Minha gratidão, também, aos novos amigos – professores da Unilasalle e da Unisinos –, que nos acolheram tão bem quando de nossa travessia de uma ponta a outra do Sul do Brasil. Meu carinho a cada *padawan* que me permite a alegria de aprender com vocês. Enfim, a Zeno Veloso, fonte perene de inspiração.

SUMÁRIO

A culpa está morta?	1
A proteção patrimonial como fundamento da responsabilidade civil.....	5
A personalização do dever de reparar	13
A incontrolabilidade dos danos na contemporaneidade	21
As fronteiras da responsabilidade contratual.....	27
A arquitetura jurídica da responsabilidade contratual	33
Ascensão e declínio da culpa na responsabilidade contratual	51
A violação de deveres de prestação na responsabilidade contratual	67
A responsabilidade contratual frente a violação de deveres de gerais de conduta	79
A insustentável leveza da violação positiva do contrato.....	87
A responsabilidade contratual na perspectiva da relação obrigacional como processo ...	91
A equiparação entre as obrigações de meio, de resultado e de garantia.....	99
Da culpa ao dano: a objetivação da imputação da responsabilidade contratual	111
Críticas à dogmática codificada em matéria de responsabilidade contratual.....	123
A confiança como fator de imputação do dever de reparar os danos contratuais ...	133
O dever de reparar e a efetivação da justiça contratual.....	143
Referências.....	155

A CULPA ESTÁ MORTA?

O inconstante fluir do tempo inexoravelmente acorrenta ao passado os incomensuráveis instantes vividos na seara fenomenológica, informando a captura de memórias individuais e coletivas em turíbulos que armazena sobre estantes destinadas a serem encobertas pela poeira do esquecimento. Paradoxalmente, ele também permite enxergar que o desenvolvimento tecnológico tem aproximado a humanidade daquilo que se convencionou, outrora, a descrever como ficcional ou, simplesmente, inimaginável.

Ao lado de incontáveis benesses, é preciso admitir, aqui, de cada átimo de tempo legado pelo futuro ao presente pululam inumeráveis efeitos deletérios que não podem ser antevistos, que não podem ser antecipados e, também por isso, não têm como ser evitados, preocupações que, no limite, remetem o pensamento ao *Angelus Novus* de Paul Klee.

Há um quadro de Klee que se chama *Angelus Novus*. Representa um anjo que parece querer afastar-se de algo que ele encara fixamente. Seus olhos estão escancarados, sua boca dilatada, suas asas abertas. O anjo da história deve ter esse aspecto. Seu rosto está dirigido para o passado. Onde nós vemos uma cadeia de acontecimentos, ele vê uma catástrofe única, que acumula incansavelmente ruína sobre ruína e as dispersa a nossos pés. Ele gostaria de deter-se para acordar os mortos e juntar os fragmentos. Mas uma tempestade sopra do paraíso e prende-se em suas asas com tanta força que ele não pode mais fechá-las. Essa tempestade o impele irresistivelmente para o futuro, ao qual ele vira as costas, enquanto o amontoado de ruínas cresce até o céu. Essa tempestade é o que chamamos progresso¹.

Deleitando-se com prazeres trazidos pelo progresso, a humanidade parece seguir sua trilha, sem percebê-lo, alimentando as incertezas contidas no porvir. Enquanto isso, a literatura jurídica – ou pelo menos, importante parte dela –, no que toca a muitos dos conflitos cercaneados pelas fronteiras que involucram este livro, segue buscando respostas para perguntas formuladas em contextos temporais deveras distantes daqueles que moldam e legitimam o pensamento contemporâneo e, é evidente, toda a complexidade a ele fundida de forma indelével.

No desvelar do copioso labor de *Chronos*, contingência e incerteza emergem como herdeiras legítimas do avanço da técnica, afastando as pretensões espúrias dos artífices da Modernidade, mormente, quando se percebe o poder que possuem para escancarar toda a fragilidade impregnada às promessas de domínio do conhecimen-

1. BENJAMIN, Walter. *Obras escolhidas*. Trad. Sérgio Paulo Rouanet. São Paulo: Brasiliense, 1987. p. 226.

to, de controle da técnica, de solução dos problemas da humanidade, descobrindo estruturas arcaicas, expondo carcaças enferrujadas e que, carcomidas pelo tempo, estão prestes a desabar, desnudando alicerces teóricos que são manifestamente incapazes de tutelar, adequadamente, a pessoa humana.

Aceitar que a compreensão dos fenômenos que pululam no *Admirável Mundo Novo* – ao menos, no mais das vezes – não pode mais ser promovida com o recurso a fórmulas – incluídas, aqui, as jurídicas – concebidas em um passado filosófica e tecnologicamente longínquo e que muitas vezes remetem ao tempo das *Pandectas*, em nosso sentir, permite melhor entender porque molduras carcomidas pelo labor do tempo não dão conta de albergar contextos fenomênicos muito maiores que elas e, ainda, a ruptura paradigmática que permite identificar os cenários nos quais foram roteirizadas as reflexões alinhavadas ao largo deste trabalho: *o direito de danos*.

Curiosamente, e não obstante o domínio de técnicas como as que permitem (a) utilizar a energia nuclear, (b) manipular e produzir, em escala industrial, organismos geneticamente modificados, (c) viabilizar a reprodução humana de seres que, até recentemente, acreditavam que jamais poderiam experimentar o projeto parental, (d) trabalhar com materiais cada vez menores a ponto de permitir que telefones celulares se transformassem em computadores, bússolas e geolocalizadores ou, ainda, televisores de bolso, (e) manejar partículas em escala nanométrica (10^{-9} m) ou, enfim, (f) criar robôs e inteligências artificiais, é comum perceber juristas que seguem a estruturar as suas reflexões teóricas e as suas sugestões práticas com base em modelos dogmáticos consumidos por, pelo menos, dois séculos de História.

Aqui começa a ser delineado o objeto a ser explorado, a ser dissecado e analisado ao largo das próximas duas centenas de páginas. A inspiração que conduziu à realização deste trabalho nasceu junto à percepção de que não incumbe ao Direito perseguir, tampouco, punir pecadores. Nosso entusiasmo foi encontrado, também, na indignação acadêmica alimentada pela leitura de páginas e mais páginas escritas pela civilística ocidental e do retumbante silêncio impregnado às centenas de amostras aí encontradas e recortadas como vivas provas não só de que, em regra, a literatura jurídica não percebeu a morte da culpa – ao menos, na responsabilidade contratual –, mas, também, de que muitos² seguem a afirmar a sua importância para a solução dos problemas havidos em cenários nos quais, consoante esclarece Rodotà, estamos todos cada vez mais sujeitos, subordinados, expostos à “*ditatura dell’algoritmo*”³.

A referida hipótese impulsionou a escrita de cada linha redigida ao longo deste trabalho e nos levou a investigar e comprovar que os fundamentos – dogmáticos, sociológicos e filosóficos – que justificaram e conduziram à mitificação da culpa não têm mais sentido algum na contemporaneidade jurídica jusprivatista ocidental.

Daí, como muitos o sabem, a culpa morreu.

2. As referências serão detalhadas, pontualmente, ao largo do texto.

3. RODOTÀ, Stefano. *Il mondo nella rete: quali i diritti, quali i vincoli*. Roma: Laterza, 2014. p. 37.

Como se pode intuir, esta obra se limita a relatar o fato ...

O livro explora, também, além de importantes aspectos afetos à responsabilidade contratual, que fator de imputação do dever de reparar ocupou o lugar reservado, por longa data, à culpa, pois, de pouco adiantaria rasgar os mapas existentes se não fosse possível apontar o caminho a ser seguido. É preciso antecipar, ademais, que as reflexões formuladas ao longo das próximas duas centenas páginas, lastreadas nas correntes pós-positivistas do pensamento jurídico, foram ancoradas em bases teóricas nacionais e estrangeiras, mas, especialmente, em um pensar crítico que não aceita o Direito como algo dado e, tampouco, o confunde com o texto legal.

Antecipe-se, por fim, que livro aborda aspectos ligados (a) a travessia da responsabilidade civil ao direito de danos, (b) a ruptura do paradigma Moderno e como esse fenômeno impactou a compreensão da responsabilidade contratual, (c) os pressupostos conformadores do dever de reparar os danos contratuais, (d) a falácia que informa a dicotomia *obrigações de meio* e *obrigações de resultado* e, enfim, como antecipado pelo título, (e) a ascensão e declínio, melhor, a mitificação e a morte da culpa na responsabilidade contratual.

É preciso dizer, também e em poucas palavras, que este trabalho chega a sua segunda edição como um convite à reflexão que toca a afirmação que aponta que os fundamentos filosóficos, sociológicos e dogmáticos que atribuíram à culpa, ao longo do tempo, tamanha força, foram todos sepultados e jazem sob a areia soprada por *Éolo* a pedido de *Chronos*. Cabe informar, ainda que essa edição é, paradoxalmente, menor e mais densa que a anterior.

O livro – gestado, com o apoio incomensurável do povo brasileiro, nos limites de projeto de investigação científica desenvolvido ao largo dos cinco anos dedicados a nosso doutoramento realizado na Faculdade de Direito do Largo do São Francisco, Universidade de São Paulo – busca registrar alguns dos momentos mais relevantes no desvelar desse processo e, ainda, refletir acerca de cada um deles.

A culpa morreu, reafirme-se, embora, continuem a negá-lo.

Aqui tem início o nosso réquiem à culpa ...