
REVISITANDO O DILEMA “RESPONSABILIDADE CONTRATUAL VERSUS RESPONSABILIDADE AQUILIANA”

Flaviana Rampazzo Soaresⁱ

Ou isto ou aquilo

Ou se tem chuva e não se tem sol,
ou se tem sol e não se tem chuva!

Ou se calça a luva e não se põe o anel,
ou se põe o anel e não se calça a luva!

Quem sobe nos ares não fica no chão,
quem fica no chão não sobe nos ares.

É uma grande pena que não se possa
estar ao mesmo tempo nos dois lugares!

Ou guardo o dinheiro e não compro o doce,
ou compro o doce e gasto o dinheiro.

Ou isto ou aquilo: ou isto ou aquilo...
e vivo escolhendo o dia inteiro!

Não sei se brinco, não sei se estudo,
se saio correndo ou fico tranquilo.

Mas não consegui entender ainda
qual é melhor: se é isto ou aquilo.

Cecília Meireles

Cecília Meireles, quando fez da dúvida um lindo poema, ludicamente expôs a angústia de decidir entre uma coisa ou outra. Se, por vezes, a escolha é necessária, por outras não é essencial, e, assim, cada decisão tomada ou postergada implica determinadas consequências, seja por seus ônus e bônus previamente conhecidos, seja porque o resultado de uma escolha pode ser uma incógnita.

A antiga celeuma na divisão entre responsabilidade contratual e extracontratual está nesse campo, pelos debates que envolvem a utilidade de manutenção dessa separação; por seus resultados práticos na aplicação da responsabilidade civil e pela pertinência de ser preservada a diferenciação ou, pelo contrário, de restarem unificadas e uniformizadas.

ⁱ Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC/RS). Mestre em Direito pela mesma Instituição. Especialista em Direito Processual Civil. Advogada e Professora. <https://orcid.org/0000-0002-5683-6603>

Há casos nos quais os debates estão voltados a elucidar se uma determinada relação jurídica tem como base vínculo negocial ou extranegocial, pois, conforme o caso, a responsabilidade por danos seria classificada, respectivamente, como contratual ou aquiliana (também conhecidas como responsabilidade negocial e responsabilidade extranegocial, respectivamente)¹.

Esse debate ocorre frequentemente na responsabilidade civil médica. Isso porque, se o médico que atendeu o paciente assim o fez em decorrência de uma obrigação contratual, o regime jurídico aplicável seria o da responsabilidade negocial, enquanto que, se o atendimento se efetivou fora do âmbito de um negócio jurídico estabelecido entre as partes, o regime seria o da responsabilidade aquiliana. Também no direito de família há divergências a respeito da natureza jurídica do casamento e, conseqüentemente, quanto a dúvida se o descumprimento de alguns deveres seria de ordem contratual ou extracontratual.

De todo modo, sob as lentes da técnica jurídica, o ponto a elucidar é se a causa do dano advém de uma violação por ação ou omissão, relativa a uma conduta exigível em razão de um vínculo jurídico obrigacional prévio (responsabilidade negocial) ou se ele se concretiza pela violação de um dever jurídico fora do âmbito negocial², cuja gênese está na máxima *neminem laedere* (responsabilidade aquiliana), e, em seguida, se a responsabilidade exsurge, por meio da implementação dos seus requisitos jurídicos específicos.

O critério para identificar as hipóteses de incidência da responsabilidade negocial é a preexistência do liame obrigacional entre quem causou o dano ou que seja responsável por ele e a vítima, porque ela “resulta da violação de um direito de crédito ou da inexecução (em qualquer das suas modalidades) de uma obrigação em sentido técnico”, diferentemente da responsabilidade aquiliana, que incide nas “restantes hipóteses de ilícito civil, ou seja, a violação de direitos absolutos e de disposições legais destinadas a proteger interesses alheios”³.

Não são os figurantes da relação jurídica que escolhem “ou isso ou aquilo”, como no poema de Cecília Meireles, mas sim o sistema jurídico brasileiro, que reflete uma escolha legislativa e estatui essa diferenciação, estabelecendo os seus traços estruturais, funcionais e consequenciais, deixando de fixar regime jurídico unificado para essas duas categorias.

¹ A opção é pela expressão “responsabilidade negocial” em vez de “responsabilidade contratual” porque essa responsabilidade decorre de qualquer obrigação em sentido estrito, que consta em negócios jurídicos e não se limita apenas aos contratos.

² Conforme Monteiro Filho, na responsabilidade obrigacional, há um “dever específico, qual seja, o de cumprir a prestação avençada a uma pessoa determinada ou determinável”. MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. *Responsabilidade contratual e extracontratual: contrastes e convergências no direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Processo, 2016. p. 32.

Pereira refere: “(...) a responsabilidade delitual deve-se aplicar aos casos de nulidade do contrato. Assim acontecerá na prática de um aborto ilícito, contratos de disposição do corpo humano, nulos por violação da lei, da ordem pública ou dos bons costumes; quando o médico viola as normas penais, pode incorrer em responsabilidade extracontratual para com a vítima. Também assim, se a vítima dos danos não é parte no contrato ou o dano não deriva da inexecução do contrato – danos sem conexão funcional com o ato médico; e ainda no caso de responsabilidade dos médicos perante terceiros (emissão de atestado que não corresponde à verdade)”. PEREIRA, André Gonçalo Dias. *O consentimento informado na relação médico-paciente: estudo de direito civil*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. p. 40.

³ FERREIRA PINTO, Fernando A. O concurso entre a responsabilidade contratual e a responsabilidade extracontratual. *Revista de Direito Comercial*. 2020. p. 1945-2018. Trecho da p. 1967. Disponível em: <https://www.revistadedireitocomercial.com/o-concurso-entre-a-responsabilidade-contratual-e-a-responsabilidade-extracontratual>, acesso em 22 jul. de 2021.

E, conquanto ambas estejam radicadas em princípios comuns⁴, essa diferenciação positivada no direito brasileiro implica repercussões práticas importantes.

A primeira delas é o termo inicial dos juros moratórios no cálculo da indenização, como é possível visualizar no quadro esquemático abaixo.

1 - TERMO INICIAL DOS JUROS	
RESPONSABILIDADE NEGOCIAL	RESPONSABILIDADE AQUILIANA
Há quatro hipóteses a considerar: (a) quando a obrigação for positiva e líquida, a partir do seu vencimento, de acordo com o texto do art. 397 do Código Civil (CC); (b) quando a obrigação for de abstenção, a contar da data da prática do ato que não deveria ter sido levado a efeito; (c) na compensação de danos não vinculados diretamente ao inadimplemento de obrigação líquida e que seja postulada judicialmente, a contar da citação (art. 405 do CC) e (d) nas demais, a partir da data da interpelação do devedor (art. 397, parágrafo único, do CC).	Tanto na imputação objetiva quanto na subjetiva, incide o disposto na Súmula n. 54 do STJ, que tem o seguinte teor: “Os juros moratórios fluem a partir do evento danoso, em caso de responsabilidade extracontratual”. Especificamente na responsabilidade decorrente de imputação subjetiva, o art. 398 do CC estabelece que a mora resta caracterizada desde a dada em que o ato ilícito for praticado.

Um problema enfrentado no arbitramento das indenizações por danos na responsabilidade aquiliana, em especial para danos extrapatrimoniais, cuja base não é assentada em critérios legais específicos, reside no fato de que, nas ações com longa tramitação, o cômputo dos juros desde o evento danoso pode levar a montantes indenizatórios elevados e gerar distorções quanto a eventuais tentativas de levantamento de dados como “tabelamento” de danos extrapatrimoniais⁵ ou para servirem como paradigmas, que não consideram os juros no cálculo do *quantum* arbitrado.

Exemplifique-se com um cálculo simples: uma condenação por danos morais por inscrição indevida em cadastro de crédito arbitrada em julho de 2021, no importe de R\$ 5.000,00, cuja citação do réu tenha ocorrido no dia 10/07/2018, resulta em R\$ 6.848,33⁶. Uma diferença de 36% entre o montante “básico” arbitrado e o que será desembolsado pela parte condenada.

A segunda diferença está no termo inicial da atualização monetária, de acordo com o quadro abaixo.

2 - TERMO INICIAL DA ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA	
RESPONSABILIDADE NEGOCIAL	RESPONSABILIDADE AQUILIANA

⁴ Segundo Aguiar Dias, “a responsabilidade extracontratual e a contratual regulam-se racionalmente pelos mesmos princípios, porque a ideia de responsabilidade é uma”. AGUIAR DIAS, José de. *Da responsabilidade civil*. 12. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. p. 129.

⁵ FACCHINI NETO, Eugênio. O uso da tecnologia para o arbitramento de danos morais: a recente inovação gaúcha. In: <https://www.conjur.com.br/2020-dez-16/facchini-neto-tecnologia-arbitramento-danos-morais>, acesso em 21 jul. 2021.

⁶ Cálculo executado pelo site www.drcalc.net.

Na responsabilidade obrigacional, terá o seu termo inicial na data em que houver o vencimento da obrigação constituída por dívida líquida e certa, ou, nos demais casos, na data da propositura da ação judicial.	A correção monetária incidirá a partir da data do evento danoso (Súmula 43 do STJ). Quando o seu objeto for a indenização por dano extrapatrimonial, a atualização fluirá a partir da data do seu arbitramento, conforme previsto na Súmula n. 362 do STJ.
---	--

O terceiro ponto de distinção trata da distribuição da carga probatória que compete às partes de um processo, conforme especificado no quadro esquemático abaixo.

3 - DISTRIBUIÇÃO DA CARGA PROBATÓRIA	
RESPONSABILIDADE NEGOCIAL	RESPONSABILIDADE AQUILIANA
Na responsabilidade decorrente de inadimplemento, cabe à parte obrigada comprovar que cumpriu a obrigação estabelecida, se não houver disposição em sentido distinto ⁷ .	Há divisões teóricas e legais, a considerar a imputação objetiva ou subjetiva, no primeiro caso bastando a prova do nexu causal entre uma ocorrência lesiva e o dano, do nexu de imputação e do dano alegado, e no segundo, adicionam-se aos requisitos antes referidos, a prova da conduta lesiva e a caracterização da sua ilicitude ⁸ .

A quarta diferença reside no prazo prescricional diferenciado, de acordo com o esclarecimento contido no quadro esquemático abaixo.

4 - PRAZO PRESCRICIONAL	
RESPONSABILIDADE NEGOCIAL	RESPONSABILIDADE AQUILIANA
O prazo é de dez anos nas ações de responsabilidade obrigacional (art. 205 do CC).	O prazo é de três anos para a propositura da ação (art. 206, § 3º, do CC).

A questão do prazo prescricional é objeto de inúmeros debates, tanto na doutrina quanto na jurisprudência. Tepedino, Barbosa e Bodin de Moraes, por um lado, afirmam que o prazo de três anos estabelecido pelo CC seria aplicável tanto à responsabilidade contratual quanto à extracontratual⁹.

Martins-Costa e Zanetti sustentam que esse prazo trienal incide tão somente na responsabilidade extranegocial (título IX do Livro I da Parte Especial do CC). Para Martins-Costa e Zanetti, os regimes são diferentes em vários aspectos, seja por sua formatação seja pelo reforço distintivo empreendido pelo legislador ao dispor sobre o tema em partes distintas no texto do CC. Para os adeptos da tese dualista, admitir a incidência do prazo de três anos à responsabilidade

⁷ Alguns falam em “culpa” presumida, o que é objeto de críticas. Veja-se, por exemplo, os que afirmam não haver mais utilidade de mencionar culpa na responsabilidade negocial (vide, a respeito, CATALAN, Marcos. *A morte da culpa na responsabilidade contratual*. 2. ed. São Paulo: Foco, 2019).

⁸ A prova do dano é dispensada nas situações enquadradas como dano *in re ipsa*.

⁹ TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloísa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República*. Vol. 1. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

contratual ensejaria uma inaceitável incompatibilidade na dogmática negocial, a qual passaria a conviver com um prazo prescricional de dez anos para que o credor pudesse exigir o cumprimento da prestação, enquanto que o prazo para esse mesmo credor pleitear a reparação dos danos oriundos do inadimplemento seria de três anos¹⁰.

O tema voltou a ser debatido a partir de um julgado recente e relevante do STJ, o EREsp n. 1.281.594, julgado pela Corte Especial, no qual foi confirmada a correção da distinção dos prazos¹¹. Na ementa do acórdão, consta que a “unidade lógica do Código Civil permite extrair que a expressão ‘reparação civil’ empregada pelo seu art. 206, § 3º, V, refere-se unicamente à responsabilidade civil aquiliana, de modo a não atingir o presente caso, fundado na responsabilidade civil contratual”. No entanto, em voto vencido, o Min. Benedito Gonçalves adere à corrente de unificação dos prazos, ao afirmar que, para exercer pretensão reparatória civil, o interessado deve propor a ação no prazo de três anos, “seja ela decorrente de relação contratual ou extracontratual”, porque “o Código Civil de 2002, para além da tendência em reduzir os prazos prescricionais, trouxe preceitos tendentes à operabilidade do direito civil, à simplificação da disciplina de forma a torná-la mais efetiva, procurando afastar-se de tecnicismos”. Na jurisprudência do STJ, portanto, o que se percebe é a tendência jurisprudencial de manter a distinção dos prazos prescricionais¹².

A quinta distinção alcança a capacidade para responder pelo dano experimentado pelo lesado, nos termos explicitados no quadro esquemático abaixo.

5 - CAPACIDADE PARA RESPONDER	
RESPONSABILIDADE NEGOCIAL	RESPONSABILIDADE AQUILIANA
Tendo em vista que na responsabilidade negocial o elemento volitivo é essencial (pois trata-se de ato jurídico <i>lato sensu</i>), a capacidade civil do agente é requisito ao adequado estabelecimento do nexu de imputação (absolutamente incapazes sob representação e relativamente incapazes sob assistência).	Na responsabilidade aquiliana, que pode decorrer de um ato jurídico <i>lato sensu</i> ou de um ato-fato jurídico, essa dependência não é essencial. Por isso, <i>v.g.</i> , admite-se a responsabilidade especial da pessoa civilmente incapaz, na forma do art. 928 do CC (condicional, subsidiária, mitigada e equitativa) ¹³ , fazendo com que a incapacidade possa gerar consequências específicas e diferenciadas, mas não necessariamente seja um fator excludente da responsabilidade.

Nesse ponto, cabe destacar o texto do art. 180 do CC, pois o indivíduo relativamente

¹⁰ MARTINS-COSTA, Judith, ZANETTI, Cristiano de Sousa. Responsabilidade contratual: prazo prescricional de dez anos. *Revista dos Tribunais*. Vol. 979. São Paulo: Revista dos Tribunais. Mai./2017.

¹¹ STJ. EREsp 1281594-SP. Corte Especial. J. em 15 maio 2019. DJE 23 maio 2019. Rel. Min. Benedito Gonçalves.

¹² No AgInt no AREsp 1718480-SP, o STJ afirmou que a Ação de indenização por danos materiais cumulada com restituição de quantia, decorrente da venda de imóvel com metragem inferior à contratada está sujeita ao prazo prescricional de dez anos (STJ. 3ª Turma. Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. J. em 18/05/2021, DJE 24/05/2021). Todos os acórdãos de REsp mencionados neste texto estão disponíveis em: www.stj.jus.br, acesso em 26 e 27 jul. 2021.

¹³ STJ. 4ª Turma. REsp n. 1.436.401-MG. Rel. Min. Luis Felipe Salomão. J. em 2 fev. 2017. DJE 16 mar. 2017.

incapaz que tenha dolosamente invocado a sua incapacidade relativa como justificativa para deixar de cumprir obrigação assumida, ou que tenha afirmado ser plenamente capaz quando não era, pode ser demandado por descumprir obrigação contratual. Sendo o negócio anulável, e não nulo, permite-se a execução específica para cumprimento da obrigação, caso não haja demanda desconstitutiva por anulabilidade.

O TJRS, analisando caso concreto, manteve a validade do contrato, tendo em vista que o mesmo trouxe benefício ao relativamente incapaz que foi parte do processo e do contrato, e que o próprio foi quem falseou a própria idade:

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE ANULAÇÃO DE CONTRATO C/C REPARAÇÃO DE DANOS MORAIS. TELEFONIA. CONTRATO CELEBRADO POR RELATIVAMENTE INCAPAZ. EMISSÃO DE FALSA DECLARAÇÃO QUANTO À IDADE. VALIDADE DA AVENÇA. O contrato celebrado por menor relativamente incapaz, sem a necessária assistência dos responsáveis legais, é passível de anulação, *ex vi* do art. 171 do Código Civil, desde que o negócio não o beneficie. Não se reconhece a anulabilidade do contrato, porém, quando o menor, no momento da celebração, emitiu declaração falsa quanto à sua idade. Exegese do art. 180 do Código Civil. Hipótese em que o autor declarou-se maior de idade à ré, fornecendo informação inverídica quanto à sua data de nascimento. Em tal contexto, não se deve admitir que o relativamente incapaz pretenda eximir-se da obrigação, invocando a menoridade. COBRANÇA LÍCITA. VALORES DEVIDOS. Evidenciada a contratação e efetiva utilização dos serviços de Internet 3G pelo autor, deve este arcar com a contraprestação devida, não havendo falar em inexigibilidade da dívida, tampouco em dano moral. Sentença de improcedência confirmada. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. CARACTERIZAÇÃO. Demonstrado nos autos que o autor alterou a verdade dos fatos, deve ser mantida a penalidade aplicada por litigância de má-fé, nos termos do art. 17, I, do CPC. REVOGAÇÃO DA AJG. INVIABILIDADE. Para que haja a revogação do benefício da AJG deve aportar, aos autos, comprovação da inexistência ou do desaparecimento dos requisitos essenciais à concessão do beneplácito, não sendo o reconhecimento da litigância de má-fé motivo legal para tanto. Sentença reformada, no ponto. Apelação parcialmente provida.¹⁴

A sexta diferença diz respeito à indenização (compensação ou reparação), como é possível visualizar no quadro esquemático abaixo.

6 – INDENIZAÇÃO	
RESPONSABILIDADE NEGOCIAL	RESPONSABILIDADE AQUILIANA
Admite-se que os figurantes de um negócio previamente estipulem ajustes quanto a condições, limites, pré-liquidações,	A responsabilidade aquiliana é incompatível com ajustes prévios porque se configura a partir do evento lesivo, sem que

¹⁴ TJRS. Apelação Cível n. 70050728278. Décima Câmara Cível. Relator Des. Paulo Roberto Lessa Franz. Julgado em: 25 out. 2012. DJ em 08 nov. 2012.

Em sentido semelhante: AÇÃO DECLARATÓRIA E INDENIZATÓRIA. CONTRATO FIRMADO POR MENOR DE IDADE. INTELIGÊNCIA DO ART. 180 DO CÓDIGO CIVIL. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. DANOS MORAIS INOCORRENTES. 1. Hipótese em que a empresa requerida juntou aos autos provas da contratação. Tendo a parte autora alegado a falsidade de tais documentos, cabia a esta a demonstração de tal falsidade, ônus do qual não se desincumbiu. Aplicação do art. 389, I, do CPC/1973, com correspondência no art. 429, I, do CPC/2015. 2. Não há que se falar em nulidade do negócio jurídico quando a parte demandante, mesmo sendo menor - relativamente incapaz -, ocultou dolosamente a sua idade ou, no ato de se obrigar, declarou-se maior. Ademais, ausente qualquer prejuízo a justificar a anulação do ato. Incidência do art. 180 do CC. Precedentes desta Corte. 3. Ausência de conduta ilícita por parte da ré. Danos morais inocorrentes. Apelação Desprovida. Unânime. TJRS. Apelação Cível n. 70069159564. Décima Câmara Cível. Relator Des. Jorge Alberto Schreiner Pestana. Julgado em 02 jun. 2016. DJ em 09 jun. 2016.

procedimentos ou eventuais exclusões de obrigação de indenizar. Ademais, diante do exercício da autonomia privada típico dos negócios, é possível ser instituída a solidariedade entre figurantes quanto a determinadas obrigações, inclusive de indenizar, mesmo se não estiverem previstos em lei.	necessariamente exista relação jurídica negocial precedente e, portanto, a restrição, se ocorrer, não é considerada como regra. Admite-se, no entanto, a redução equitativa da indenização, caso ocorra “excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano” (art. 944, parágrafo único, do CC).
--	--

O sétimo e último aspecto diferencial concerne à função das duas categorias de reponsabilidade, como é demonstrado no quadro esquemático abaixo.

7 - FUNÇÃO	
RESPONSABILIDADE NEGOCIAL	RESPONSABILIDADE AQUILIANA
A responsabilidade negocial está radicada em negócio jurídico que antecipadamente circunscreve o seu âmbito de abrangência, incidência e repercussão, tendo como função tutelar a segurança com vistas à sua efetividade e a sua concretização de acordo com a vontade dos seus figurantes, fornecendo à parte prejudicada pelo inadimplemento a especificação antecipada quanto ao que lhe será permitido postular.	A responsabilidade aquiliana, tendo em vista que se estabelece independentemente de vínculo jurídico precedente, fundamenta-se nos deveres genéricos de não lesar e de que as pessoas não experimentem danos juridicamente inaceitáveis, servindo como meio lenitivo ou ripristinatório à vítima.

Na responsabilidade negocial, como adverte Aguiar Dias, a inexecução é evento impulsor de uma nova obrigação, substitutiva da precedente, no todo ou em parte, que é a de indenizar o dano oriundo da inexecução obrigacional¹⁵. Ademais, a conduta contratual que enseja responsabilidade é diferenciada em uma e outra modalidade, de modo que, na responsabilidade negocial, a conduta juridicamente qualificada é avaliada objetivamente em cotejo com o conteúdo da avença, considerando o inadimplemento ou o adimplemento imperfeito. Aquele que assim procedeu, ou que tenha sido indicado como imputável pelas partes (v.g., o garantidor à primeira demanda, o coobrigado solidário e o próprio obrigado principal), responderá com presunção relativa de responsabilidade.

Na responsabilidade aquiliana, a conduta pode ser avaliada objetiva ou subjetivamente, conforme o critério de imputação incidente. Assim, se o critério é objetivo, pouco importa a licitude ou a ilicitude da conduta, bastando, para a configuração da responsabilidade, o nexos causal, o dano, e o fator de imputação. Por outro lado, se o critério for o subjetivo, então aos requisitos antes apontados se agregará a conduta ilícita (omissiva ou comissiva).

Toda a explicação acima parece clara. No entanto, esta matéria enseja questionamentos críticos muito pertinentes e razoáveis. Alguns, resumidamente, foram expostos acima e, se já eram relevantes, mais se tornam complexos na produção legislativa recente.

Com a edição da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), esse tema seguirá palpitante,

¹⁵ AGUIAR DIAS, José de. *Da responsabilidade civil*. 12. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. p. 130.

pois, por exemplo, se um indivíduo acessar um prédio e fornecer seus dados na recepção e houver posterior uso indevido de seus dados pessoais, poderá pleitear indenização (ou outra tutela que entender cabível, concomitante ou separadamente) contra o causador do dano, que será qualificada como responsabilidade aquiliana. Por outro lado, se uma pessoa contratar a aquisição de um imóvel, fornecendo os seus dados pessoais em razão deste contrato e para o seu cumprimento, e a construtora vendedora repassar esses dados a terceiro além do que fora consentido ou que seja necessário para cumprir determinações legais ou de cumprimento do contrato, poderá ser responsabilizada a indenizar o titular dos dados pessoais, desta vez com base na responsabilidade contratual. São dois exemplos de uso indevido de dados, que poderão estar sujeitos a regimes diferenciados em vários aspectos.

Assim, embora cada situação referida no parágrafo anterior represente uma modalidade de responsabilidade (a primeira, aquiliana; a segunda, negocial), é possível que enseje uma percepção de injustiça, por tratamento jurídico diferenciado para situação lesiva semelhante (quebra do sigilo de dados).

Outro obstáculo está no alegado “concurso”¹⁶ de regimes, no qual um mesmo evento lesivo poderia ser simultaneamente fundado em responsabilidade extranegocial (caracterizado afronta ao *neminem laedere*) e, ao mesmo tempo, negocial, pela inexecução total ou parcial (ou má execução) da obrigação. O sistema jurídico brasileiro admite que haja demandas com cumulação de fundamentos, com a invocação dos dois sistemas de responsabilização, tema este que será referido novamente no decorrer deste texto.

Esse apontamento suscita outro debate, não menos tormentoso, que é o de definir quais são os direitos e os deveres contidos em um vínculo obrigacional e se nisso podem ser incluídos os denominados deveres anexos, os quais incluem a boa-fé objetiva (art. 113 do CC), o dever de informar, o dever de cuidado, de cooperação, dentre outros, cujo grau de incidência é variável e apreciável casuisticamente. A doutrina diverge sobre se a violação aos chamados deveres laterais de conduta poderia ensejar responsabilidade contratual, sob fundamento de cumprimento defeituoso, porque os deveres acessórios de conduta seriam fundamentais ao adequado atendimento dos interesses ou a consecução da finalidade da relação obrigacional¹⁷.

A dificuldade, como visto, é acentuada pela ampliação da interferência e de concurso entre a responsabilidade negocial e a aquiliana e pelos novos contornos da relação contratual, notadamente sob a vigência do CDC, que ampliou aqueles que são abrangidos pela tutela contratual, sendo certo que, segundo Ferreira Pinto, “a zona de interferência entre a responsabilidade obrigacional e a responsabilidade delitual tende a alargar-se, com o conseqüente aumento de hipóteses de concurso” pela conjugação de dois fatores, que são o “enriquecimento do conteúdo da própria relação obrigacional, com o reconhecimento da existência, ao lado dos deveres de prestação, dos chamados deveres acessórios ou laterais” e o “alargamento do círculo das pessoas abrangidas

¹⁶ SCOGNAMIGLIO, Renato. Verbete ‘Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale’. *Novissimo Digesto Italiano*. T. XV, Torino: UTET, 1968. p. 678-679.

¹⁷ Não haverá espaço para tratar sobre a violação positiva do contrato, em razão dos limites intrínsecos ao editorial.

na tutela contratual¹⁸.

O mesmo autor menciona que é difícil estabelecer a fronteira exata entre obrigações em sentido estrito e outros deveres, como ocorre nas “relações que intercedem entre os sujeitos durante a fase negociatória de um contrato. Como se sabe, impõe a lei que as partes procedam, tanto nos preliminares, como na formação do contrato, segundo as regras da boa-fé, sob pena de terem de responder pelos danos que culposamente causarem”. Adverte, porém, que “não falta quem visualize nos contactos assim estabelecidos entre as partes uma relação análoga à contratual ou uma relação obrigacional de fonte legal”, sendo que há quem configure a violação ao “dever de agir de boa-fé como um caso de responsabilidade contratual. Para outros, porém, a responsabilidade pré-contratual tem natureza delitual¹⁹, de modo que esse tema está em aberto, embora com tendência jurisprudencial de resposta pela via aquiliana.

Há situações de coexistência da responsabilidade negocial e extranegocial, que possibilitaria ao credor escolher uma delas para fundamentar a sua pretensão ou cumular os fundamentos para justificá-la²⁰, em hipóteses tais como a inexecução de uma obrigação contratual que também venha a compor o suporte fático de um tipo penal e quando o devedor é profissional liberal no exercício da sua profissão, quando os “seus deveres profissionais são impostos por preceitos de carácter geral, que são anteriores e superiores ao contrato e que este não pode preterir²¹.

E, ademais, outro problema decorrente da divisão de regimes de responsabilidade civil também se verifica na dúvida sobre a aplicabilidade da regra da redução equitativa da indenização prevista no parágrafo único do art. 944 do Código Civil, na hipótese de responsabilidade negocial.

Não bastasse essa complexidade, há quem defenda a possibilidade de concurso dessas duas formas de responsabilidade e quem refira que isso seria um engano, um falso dilema, pois apenas uma seria aplicada na prática. E, caso essa questão seja submetida à avaliação judicial ou arbitral, será o juiz ou um árbitro quem definirá o regime a incidir, e não as partes.

Uma advertência deve ser feita: não se pode admitir que esse concurso possa fazer com que alguém que tenha pactuado em um negócio jurídico uma cláusula restritiva de responsabilidade ou de indenização tente contornar a incidência desse pacto mediante a invocação do fundamento da responsabilidade aquiliana, em vez da contratual.

O fato é que diferenciar as duas modalidades de regimes de responsabilidade civil pode ensejar repercussões inadequadas, ao tratar duas vítimas de danos de modo distinto, a atrair um sentimento de injustiça. Como afirma Viney, o exagero ao diferenciar os dois regimes de responsabilidade, além da imprecisão dos seus contornos, prejudica a sua delimitação e os domínios

¹⁸ FERREIRA PINTO, Fernando A. *O concurso...*, cit. Trecho da p. 1951.

¹⁹ FERREIRA PINTO, Fernando A. *O concurso...*, cit. Trecho da p. 1968.

²⁰ PESSOA JORGE, Fernando. *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina, 1999. p. 41.

Para Almeida Costa, a responsabilidade negocial “consome” o regime da responsabilidade aquiliana, porque a autonomia privada, nota típica do direito das obrigações, teria proeminência no concurso, de modo que o fato deva ser considerado *prima facie* como ilícito contratual. COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das Obrigações*, 12. ed., Coimbra: Almedina, 2018. p. 551-552.

²¹ FERREIRA PINTO, Fernando A. *O concurso...*, cit. Trecho da p. 2001-2002.

de aplicação, fomentando litígios e ensejando soluções iníquas²².

O tema é complexo, como visto, e as soluções mais seguras poderiam ser construídas na esfera legislativa, notadamente para ajustar e unificar os prazos prescricionais e para propor um desfecho coerente quanto ao termo inicial dos juros, o que poderia solucionar os maiores pontos de distorções, sob o enfoque prático. Voltando-se ao poema de Cecília Meireles, se a legislação vier a aparar as arestas que geram estes grandes dissensos, o “isto ou aquilo” poderá deixar de ser uma questão tão tormentosa na prática da responsabilidade civil.

²² VINEY, Geneviève. *Traité de Droit Civil. Les Obligations. La responsabilité: conditions*. T. IV. Paris: LGDJ, 1982. p. 279.