

Comentário ao EREsp. 1.280.825/RJ: prazo prescricional de dez anos para responsabilidade contratual?

Comment to decision EREsp. 1.280.825/RJ: 10-years period limitation for contractual liability?

Karina Nunes Fritz¹

RESUMO: O presente artigo analisa a controvérsia jurídica em torno do prazo prescricional aplicável aos casos de responsabilidade contratual, tomando como base as recentes decisões do STJ sobre o assunto, especialmente o EREsp. 1.280.825/SP, apreciado pela 2^a. Seção da Corte, que uniformizou o entendimento no sentido de aplicar o prazo prescricional de dez anos, fixado no art. 205 CC2002, bem como os principais argumentos favoráveis à aplicação extensiva do prazo trienal do art. 206 § 3º V CC2002, dedicado aos casos de responsabilidade aquiliana.

ABSTRACT: This article analyzes the legal controversy regarding the period limitation applicable to cases of contractual liability, based on the recent decisions of the STJ on the subject, especially the EREsp. 1.280.825/SP, appreciated by the 2nd. Section of the Court, which standardized the understanding to apply the ten-year prescriptive period, set forth in art. 205 CC2002, as well as the main arguments in favor of the extensive application of the triennial term of art. 206 § 3 V CC2002, dedicated to cases of non-contractual liability.

Palavras-chave: responsabilidade contratual – prazo prescricional – dez anos – distinção para a responsabilidade extracontratual – teoria unitária da responsabilidade civil – terceira via – responsabilidade pela confiança – terceiro gênero situado entre o contrato e delito.

Keywords: contractual liability – period limitation – ten years – distinction for non-contractual liability – unitary theory of civil liability – “third track” liability – liability for reliance – “third track” between the contract and the tort.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. A origem do imbróglio na jurisprudência. 3. Argumentos a favor da unificação dos prazos prescricionais. 4. Críticas à ideia da unificação dos prazos prescricionais. 4.1. Interpretação histórica e sistemática: “reparação civil” como indicativo de responsabilidade aquiliana. 4.2. Diversidade de prazos prescricionais como ofensa ao princípio constitucional da isonomia? 4.3. Quebra da lógica interna do sistema jurídico. 5. Conclusão. 6. Referências.

¹ Doutora (summa cum laude) pela Humboldt Universität, Berlim (Alemanha). Prêmio Humboldt de melhor tese de doutorado na área de Direito Civil (2018). LL.M na Friedrich-Alexander Universität Erlangen-Nürnberg (Alemanha). Mestre em Direito Civil (PUCSP). Secretária-Geral da Deutsch-lusitanische Juristenvereinigung (Associação Luso-alemã de Juristas). Diretora da Revista IBERC. Pesquisadora-visitante no Bundesverfassungsgericht (Tribunal Constitucional Alemão). Bolsista do Max-Planck Institut für ausländisches und internationales Privatrecht (Hamburgo). Professora, advogada e parecerista.

1. INTRODUÇÃO

Recentemente, o Superior Tribunal de Justiça provocou mais uma instabilidade no mundo jurídico ao analisar os Embargos de Divergência no Recurso Especial 1.281.594/SP, que discute qual prazo prescricional deve ser aplicado a pretensões indenizatórias oriundas de violação contratual. No caso, o Relator do processo, Min. Benedito Gonçalves, afirmou que o legislador lançou mão de regra única para disciplinar a prescrição do dano contratual e extracontratual, vez que a expressão “responsabilidade civil” é termo amplo, que abarca tanto a responsabilidade extracontratual, quanto a responsabilidade contratual².

A afirmação causou profundo espanto, pois há menos de um ano, em junho de 2018, a 2ª. Seção do STJ, responsável pela uniformização da jurisprudência das turmas de Direito Privado, apreciando os Embargos de Divergência no Recurso Especial 1.280.825/SP, consolidou entendimento em sentido contrário ao fixar que o prazo prescricional para discutir questões contratuais é de dez anos, conforme o art. 205 do CC2002.

A decisão da 2ª. Seção teve repercussão imediata, pois pretendia por fim a uma celeuma judicial acerca do tema, que afeta diretamente todos os contratos, principalmente os contratos interempresariais, nos quais a aplicação do exíguo prazo trienal força o contratante a agir rapidamente, por meio de medidas interruptivas da prescrição, diante de quaisquer problemas contratuais, a fim de evitar o perecimento de sua pretensão indenizatória, o que, contudo, nem sempre é recomendável sob o ponto de vista comercial ou estratégico quando do outro lado há um parceiro comercial importante.

Objetivo deste estudo é analisar os argumentos utilizados para fundamentar a aplicação de prazo prescricional único, confrontando-os com os fundamentos contrários expostos na decisão uniformiza da 2ª. Seção, que acentuou as distinções principiológicas e estruturais entre responsabilidade aquiliana e responsabilidade contratual.

2. A ORIGEM DO IMBRÓGLIO NA JURISPRUDÊNCIA

A discussão em torno de um eventual prazo prescricional único começou logo após a entrada

² *Ministro Benedito fixa três anos para prescrição de reparação civil contratual ou extracontratual.* In: Migalhas, 22.03.2019. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI298536,81042-Ministro+Benedito+fixa+tres+anos+para+prescricao+de+reparacao+civil>. Acesso em: 22.03.2019. O voto do Relator do EREsp. 1.281.594/SP ainda não estava disponível no momento da entrega do presente artigo para publicação.

em vigor da atual Codificação. Na jurisprudência, o enredo inicia em 2006, quando a 3^a. Turma do STJ decide aplicar o prazo trienal do art. 206, § 3^o, inc. V do CC2002 no REsp. 822.914/RS, no qual um contratante (usuário dos serviços de telefonia) discutia pedido de reparação de prejuízos decorrentes do descumprimento pela Brasil Telecom S/A de contrato de participação financeira, cujo objeto era a contratação e subscrição de ações, alegando não ter recebido o número de ações que a sociedade de telefonia se obrigara a lhe entregar³.

Em 2008, ocorre uma reviravolta quando a 2^a. Seção do STJ, debruçando-se sobre o problema, fixa o Tema 44 dos recursos especiais repetitivos, por ocasião do julgamento do REsp. 1.033.241/RS, segundo o qual: “A prescrição incidente nas ações que visem à subscrição complementar de ações rege-se pelo prazo vintenário ou decenário, conforme as regras do anterior ou do atual Código Civil”.⁴ Dessa forma, o Colegiado firma o entendimento de que as pretensões derivadas de contratos prescrevem no prazo subsidiário de dez anos do art. 205 CC2002.

Nos anos seguintes, assiste-se a um período de sedimentação dessa jurisprudência, durante o qual se reafirma a distinção de prazos prescricionais para as duas categorias de responsabilidade civil: dez anos para a responsabilidade contratual, salvo previsão legal específica e três anos para a responsabilidade extracontratual⁵.

O ponto fora da curva veio na segunda metade de 2016 com o REsp. 1.281.549/SP, de relatoria do Min. Marco Aurelio Bellizze, no qual uma concessionária de veículos discutia o cabimento de indenização por ruptura unilateral do contrato pela gigante Ford Motor Company Brasil Ltda., que teria desrespeitado o direito de exclusividade e preferência na comercialização

³ STJ, REsp. 822.914/RS, T3, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. 01.06.2006, DJ 19.06.2006. No caso, a prescrição da pretensão do autor fora declarada, com base no prazo trienal, já nos autos da ação cautelar de exibição de documento, ajuizada para verificar a possibilidade de ingressar em juízo pleiteando perdas e danos. A decisão foi reformada em sede de Recurso Especial, tendo em vista que o ajuizamento de cautelar de exibição de documento interrompe a prescrição, determinando o STJ o prosseguimento do processo no TJRS.

⁴ REsp. 1.033.241/RS, 2a. Seção, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, j. 22.10.2008, DJe 05.11.2008.

⁵ Cf. nesse sentido, dentre outros, os seguintes acórdãos: Cf. nesse sentido, dentre outros, os seguintes acórdãos: REsp. 616.069/MA, T4, j. 26.02.2008, DJe 14.04.2008; REsp. 1.121.243/PR, T4, j. 25.08.2009, DJe 05.10.2009; REsp. 1.276.311/RS, T4, j. 20.09.2011, DJe 17.10.2011; REsp. 1.222.423/SP, T4, j. 15.09.2011, DJe 01.02.2012; REsp. 1.150.711/MG, T4, j. 06.12.2011, DJe 15.03.2012; AgRg no Ag. 1.401.863/PR, T4, j. 12.11.2013, DJe 19.11.2013; AgRg no AREsp. 426.951/PR, T4, j. 03.12.2013, DJe 10.12.2013; REsp. 1.326.445/PR, T3, j. 04.02.2014, DJe 17.02.2014; AgRg no REsp. 1.436.833/RS, T3, j. 27.05.2014, DJe 09.06.2014; AgRg no REsp. 1.485.344/SP, T3, j. 05.02.2015, DJe 13.02.2015; AgRg no REsp. 1516891/RS, T2, j. 28.04.2015, DJe 06.05.2015; AgRg no AREsp. 783.719/SP, T4, j. 10.03.2016, DJe 17.03.2016) e AgInt no REsp. 1.112.357/SP, T1, j. 14.06.2016, DJe 23.06.2016.

da marca em determinada região. No caso, a 3^a. Turma do Tribunal chancelou a aplicação do prazo trienal do art. 206 § 3^o V do CC2002 à hipótese, declarando prescrita a pretensão do contratante lesado, em acórdão prolatado com a seguinte ementa:

RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. CIVIL. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC/1973. PRESCRIÇÃO. PRETENSÃO FUNDADA EM RESPONSABILIDADE CIVIL CONTRATUAL. PRAZO TRIENAL. UNIFICAÇÃO DO PRAZO PRESCRICIONAL PARA A REPARAÇÃO CIVIL ADVINDA DE RESPONSABILIDADE CONTRATUAL E EXTRA CONTRATUAL. TERMO INICIAL. PRETENSÕES INDENIZATÓRIAS DECORRENTES DO MESMO FATO GERADOR: RESCISÃO UNILATERAL DO CONTRATO. DATA CONSIDERADA PARA FINS DE CONTAGEM DO LAPSO PRESCRICIONAL TRIENAL. RECURSO IMPROVIDO. (...) 2. O termo "reparação civil", constante do art. 206, § 3^o, V, do CC/2002, deve ser interpretado de maneira ampla, alcançando tanto a responsabilidade contratual (arts. 389 a 405) como a extracontratual (arts. 927 a 954), ainda que decorrente de dano exclusivamente moral (art. 186, parte final), e o abuso de direito (art. 187). Assim, a prescrição das pretensões dessa natureza originadas sob a égide do novo paradigma do Código Civil de 2002 deve observar o prazo comum de três anos. Ficam ressalvadas as pretensões cujos prazos prescricionais estão estabelecidos em disposições legais especiais. 3. Na V Jornada de Direito Civil, do Conselho da Justiça Federal e do Superior Tribunal de Justiça, realizada em novembro de 2011, foi editado o Enunciado n. 419, segundo o qual "o prazo prescricional de três anos para a pretensão de reparação civil aplica-se tanto à responsabilidade contratual quanto à responsabilidade extracontratual". 4. Decorrendo todos os pedidos indenizatórios formulados na petição inicial da rescisão unilateral do contrato celebrado entre as partes, é da data desta rescisão que deve ser iniciada a contagem do prazo prescricional trienal. 5. Recurso especial improvido. (REsp. 1.281.594/SP, T3, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 22.11.2016, DJe 28.11.2016)

A partir daí, o que se assistiu foi uma verdadeira sequência de decisões conflitantes, pois, enquanto alguns julgados – inclusive de tribunais inferiores – passaram a aplicar o prazo da responsabilidade extracontratual a pedidos de indenização decorrentes de violações contratuais, a 4^a. Turma, alheia à mudança de orientação, continuou a aplicar o prazo decenal aos contratos, provocando grande insegurança jurídica nessa área tão sensível para o direito e o comércio jurídico.

Essa montanha-russa jurídica perdurou até que, em 2018, a 2^a. Seção do STJ firmou entendimento no sentido de que o termo "reparação civil", constante do art. 206 § 3^o. V do CC2002, não abrange toda e qualquer consequência negativa do descumprimento de um dever

jurídico, mas designa apenas a obrigação de indenização decorrente do ato ilícito absoluto, não se aplicando aos casos de responsabilidade contratual, pois ambas as categorias possuem sensíveis diferenças que justificam o tratamento distinto dado pelo legislador. Diz a ementa:

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO. INADIMPLEMENTO CONTRATUAL. PRAZO DECENAL. INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA. REGIMES JURÍDICOS DISTINTOS. UNIFICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. ISONOMIA. OFENSA. AUSÊNCIA. 1. Ação ajuizada em 14/08/2007. Embargos de divergência em recurso especial opostos em 24/08/2017 e atribuído a este gabinete em 13/10/2017. 2. O propósito recursal consiste em determinar qual o prazo de prescrição aplicável às hipóteses de pretensão fundamentadas em inadimplemento contratual, especificamente, se nessas hipóteses o período é trienal (art. 206, §3, V, do CC/2002) ou decenal (art. 205 do CC/2002). 3. Quanto à alegada divergência sobre o art. 200 do CC/2002, aplica-se a Súmula 168/STJ ("Não cabem embargos de divergência quando a jurisprudência do Tribunal se firmou no mesmo sentido do acórdão embargado"). 4. O instituto da prescrição tem por finalidade conferir certeza às relações jurídicas, na busca de estabilidade, porquanto não seria possível suportar uma perpétua situação de insegurança. 5. *Nas controvérsias relacionadas à responsabilidade contratual, aplica-se a regra geral (art. 205 CC/02) que prevê dez anos de prazo prescricional e, quando se tratar de responsabilidade extracontratual, aplica-se o disposto no art. 206, § 3º, V, do CC/02, com prazo de três anos.* 6. *Para o efeito da incidência do prazo prescricional, o termo "reparação civil" não abrange a composição da toda e qualquer consequência negativa, patrimonial ou extrapatrimonial, do descumprimento de um dever jurídico, mas, de modo geral, designa indenização por perdas e danos, estando associada às hipóteses de responsabilidade civil, ou seja, tem por antecedente o ato ilícito.* 7. *Por observância à lógica e à coerência, o mesmo prazo prescricional de dez anos deve ser aplicado a todas as pretensões do credor nas hipóteses de inadimplemento contratual, incluindo o da reparação de perdas e danos por ele causados.* 8. *Há muitas diferenças de ordem fática, de bens jurídicos protegidos e regimes jurídicos aplicáveis entre responsabilidade contratual e extracontratual que largamente justificam o tratamento distinto atribuído pelo legislador pátrio, sem qualquer ofensa ao princípio da isonomia.* 9. Embargos de divergência parcialmente conhecidos e, nessa parte, não providos. (STJ, EREsp. 1.280.825/RJ, S2, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 27.06.2018, DJe 02.08.2018, sem grifos no original)⁶

⁶ No caso, a associação dos aposentados, pensionistas, empregados ativos e ex-empregados da Companhia Vale do Rio Doce (Apevale) ajuizou ação de indenização contra o Clube de Investimento dos Empregados da Vale (Investvale) alegando administração fraudulenta e omissão de informações que deram causa à venda de papéis da companhia por preço inferior ao do mercado. Em sua defesa, a Investvale alegou, dentre outras coisas, a prescrição da pretensão dos pensionistas, vez que a ação fora proposta quando já esgotado o prazo prescricional de três anos, consagrado no art. 206, § 3º, inc. 5º do

Mas, quando o tema parecia esclarecido e pacificado, sobreveio há poucos dias a decisão nos autos dos Embargos de Divergência no REsp. 1.281.549/SP, julgado inicialmente em 2016, no qual o Relator se posicionou favoravelmente à aplicação do prazo trienal (art. 206 § 3º V do CC2002) à pretensão ressarcitória da concessionária de veículos contra a Ford Ltda. por descumprimento contratual. Embora o processo ainda esteja sob análise, diante do pedido de vista formulado pelo Min. Felix Fischer, o momento é de caos absoluto e profunda incerteza, pois há o risco real da Corte Especial ressuscitar o prazo unitário, já que, desde 2016, o Tribunal vem ignorando seus próprios precedentes e falta racionalidade no discurso sobre a prescrição do dano contratual.

3. ARGUMENTOS A FAVOR DA UNIFICAÇÃO DOS PRAZOS PRESCRICIONAIS

Em defesa da tese da unificação do prazo prescricional, argumentou-se, em apertada síntese, que o Código de 2002 não distinguiria as duas categorias de responsabilidade, encontrando-se ambas abrangidas pela expressão “responsabilidade civil”, constante do art. 206, § 3º, inc. V do CC2002⁷. Aduziu-se, ainda, que a aplicação do prazo trienal às violações contratuais harmoniza-se com a orientação do Código de encurtar os prazos prescricionais.

Além disso, seria incoerente permitir que particulares em pé de igualdade tenham dez anos para deduzir em juízo suas pretensões contratuais enquanto os consumidores, vulneráveis por força de lei, só dispõem de cinco anos, nos termos do art. 27 do Código de Defesa do Consumidor. Natural – aduz-se – que o consumidor disponha de prazo prescricional mais amplo do que a vítima de danos do Código Civil, de modo que a codificação, ao fixar prazo único de três anos, veio corrigir a anomalia surgida após a promulgação da lei

Código Civil. Mas o STJ, analisando Embargos de Divergência em Recurso Especial, negou a aplicação do prazo trienal a perdas e danos oriundas de contratos. A rigor, o STJ nada mais fez que reafirmar o entendimento pacífico, consolidado durante décadas, que sempre distinguiu os regimes de responsabilidade contratual e extracontratual e, conseqüentemente, aplicava prazos prescricionais distintos às pretensões contratuais (dez anos) e extracontratuais (três anos).

⁷ Nesse sentido, afirma o relator do caso, Min. Marco Aurelio Bellizze: “Com efeito, entendo que o termo “reparação civil”, constante do art. 206, § 3º, V, do CC/2002, deve ser interpretado de maneira ampla, alcançando tanto a responsabilidade contratual (arts. 389 a 405) como a extracontratual (arts. 927 a 954), ainda que decorrente de dano exclusivamente moral (art. 186, parte final), e o abuso de direito (art. 187). Assim, a prescrição das pretensões dessa natureza originadas sob a égide do novo paradigma do Código Civil de 2002 deve observar o prazo comum de três anos.” REsp. 1.281.594/SP, Voto, p. 9.

consumerista, em que o prazo quinquenal ali previsto destoava do prazo prescricional vintenário do CC1916⁸.

Sustentou-se até que o tratamento diferenciado dispensado a ambos os regimes de responsabilidade ofenderia o princípio constitucional da igualdade, insculpido no art. 5º II da CF/88, o qual exigiria que todas as pretensões de reparação civil, sejam decorrentes de responsabilidade extracontratual, sejam de responsabilidade contratual, pereçam dentro do mesmo prazo, sempre que não houver previsão legal específica⁹. A decisão amparou-se ainda no Enunciado 419, aprovado, em 2011, durante a V Jornada de Direito Civil, segundo o qual “o prazo prescricional de três anos para a pretensão de reparação civil aplica-se tanto à responsabilidade contratual quanto à responsabilidade extracontratual”.

4. CRÍTICAS À IDEIA DA UNIFICAÇÃO DOS PRAZOS PRESCRICIONAIS

Embora sedutores os argumentos favoráveis à unificação dos prazos prescricionais, eles não se sustentam a uma análise mais técnica e verticalizada do problema, como adiante exposto.

4.1. INTERPRETAÇÃO HISTÓRICA E SISTEMÁTICA: “REPARAÇÃO CIVIL” COMO INDICATIVO DA RESPONSABILIDADE AQUILIANA

Inicialmente, deve-se observar que a doutrina nacional há tempos reserva o termo “reparação civil” para expressar a responsabilização do agente causador do ato ilícito *stricto sensu*, causa jurídica da responsabilidade civil extracontratual. A expressão já constava do Anteprojeto do Código das Obrigações, apresentado, em 1941, por Orozimbo Nonato, Philadelpho Azevedo e Hahnemann Guimaraes, o qual serviu de base para a elaboração do atual Código, como noticia Miguel Reale¹⁰.

E a doutrina da época já entendia a expressão como indicativa do dano extracontratual. Nesse sentido, comentava o douto Eduardo Espínola, em 1945: “O anteprojeto de Código das Obrigações, embora na epígrafe do capítulo destinado à apuração da responsabilidade, omita qualquer referência aos atos ilícitos, falando apenas em – *reparação*

⁸ TEPEDINO, Gustavo. *A prescrição trienal para a reparação civil*. Carta Forense, 01.07.2009, p. 1.

⁹ Cf. REsp. 1.281.594/SP, Voto, p. 10 ss. No mesmo sentido: TEPEDINO, Gustavo. *A prescrição trienal para a reparação civil*, p. 1.

¹⁰ *História do novo código civil*. Sao Paulo: RT, 2005, p. 91.

civil – trata, logo no primeiro dos seus dispositivos, de dano causado por culpa e específica, a seguir, os outros que não constituem delitos civis”, referindo-se aqui aos casos em que se dispensava a culpa para a imputação de responsabilidade, não considerados ato ilícito pela doutrina de então¹¹, que também excluía da teoria dos atos ilícitos o inadimplemento das obrigações, campo de incidência da responsabilidade contratual¹².

Parece inegável que sempre houve uma íntima correlação entre o termo “responsabilidade civil” e responsabilidade aquiliana. Não por acaso, o Título IX do Livro 1 da Parte Especial do Código Civil tem por epígrafe: “Da responsabilidade civil”, consagrando no art. 927 o dever de indenizar por ato ilícito, formando uma verdadeira “base de pretensão” (*Anspruchsgrundlage*), como dizem os alemães. A responsabilidade contratual, por outro lado, vem tradicionalmente expressa sob a epígrafe “Do inadimplemento das obrigações”, no Título IV do Livro das Obrigações, cuja norma central – verdadeira cláusula geral – é o art. 389, segundo o qual, não cumprida a obrigação, o devedor responde por “perdas e danos”.

Isso não é uma peculiaridade do direito brasileiro. Em Portugal, o legislador, ao disciplinar a responsabilidade por ato ilícito, emprega – no Livro 2, Título 1, Capítulo 2, Secção 5 – a epígrafe “Responsabilidade Civil”, seguida da Subsecção 1 “Responsabilidade por factos ilícitos”, onde acomodou a base legal da responsabilidade aquiliana fundada na culpa¹³ e, na sequência, a responsabilidade aquiliana pelo risco¹⁴. Ele só trata da responsabilidade contratual no art. 798 (Livro 2, Título 1, Capítulo 7, Secção 2), onde elenca a falta culposa ao cumprimento da obrigação como fato gerador do dever de indenizar¹⁵.

¹¹ ESPÍNOLA, EDUARDO. *Sistema do direito civil brasileiro*. 2ª. ed., v. 2, t. 2, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1945, p. 226-227, com grifos no original.

¹² Comentando a modernidade da época de tentar integrar os novos casos de responsabilidade objetiva na teoria dos atos ilícitos, calcada na culpa, Eduardo Espínola não deixa margem de dúvidas quanto à manutenção da dicotomia entre responsabilidade extracontratual e responsabilidade contratual ao dizer: “Hodiernamente, a responsabilidade civil, por ofensa de direitos absolutos, isto é, *fora da esfera contratual*, não se restringe aos atos ilícitos ou delitos e quase-delitos, aos quais se liga a idéia de culpa; vai além, abrangendo numerosos atos a que é estranha qualquer contribuição da negligência ou da imprudência.”. Op. cit., p. 222, sem grifos no original.

¹³ Art. 483 (1). Aquele que, com dolo ou mera culpa, violar ilicitamente o direito de outrem ou qualquer disposição legal destinada a proteger interesses alheios fica obrigado a indemnizar o lesado pelos danos resultantes da violação. (2) Só existe obrigação de indemnizar independente de culpa nos casos especificados na lei.

¹⁴ Art. 499. São extensivas aos casos de responsabilidade pelo risco, na parte aplicável e na falta de preceitos legais em contrário, as disposições que regulam a responsabilidade por factos ilícitos.

¹⁵ Art. 798. O devedor que falta culposamente ao cumprimento da obrigação torna-se responsável pelo prejuízo que causa ao credor.

Além disso, não há indícios nos materiais históricos a indicar ter o legislador brasileiro pretendido unificar, sob uma única terminologia, as duas categoriais nucleares da responsabilidade civil – inclusive em relação a seus respectivos prazos prescricionais¹⁶. Ao contrário, o legislador buscou inspiração no Código italiano, que dedica prazos distintos a ambos os regimes: dez anos para a responsabilidade contratual e cinco anos para a responsabilidade contratual¹⁷.

A definição dos prazos prescricionais é uma decisão politico-jurídica do legislador. E, na sistemática do atual Código, como bem pontuado por Judith Martins-Costa e Cristiano Zanetti, o termo reparação civil aparece relacionado aos casos de responsabilidade extracontratual¹⁸, como atestam os arts. 932, 942, 943 e 953 do CC2002. Dessa forma, a lei civil é clara em distinguir os prazos prescricionais, acentuando a milenar dicotomia da responsabilidade civil. Outra não é a leitura que autores estrangeiros fazem da codificação brasileira, a exemplo de António Menezes Cordeiro, que identifica a responsabilidade aquiliana nos arts. 186 e 187 e a responsabilidade contratual no art. 389 do CC2002¹⁹.

Ainda quando se possa interpretar extensivamente a expressão “reparação civil”, isso não autoriza, em absoluto, o abandono do prazo prescricional diferenciado, isto é, uma alteração judicial *contra legem* do sistema legal de prescrição vigente e, muito menos, o sepultamento da dicotomia responsabilidade contratual e extracontratual. Veja-se que em Portugal, por exemplo, o legislador utiliza expressão equivalente – “obrigação de indemnizar” – e, nem por isso, deixou de reservar dispositivos específicos para cada tipo de responsabilidade, inclusive quanto aos prazos prescricionais, vez que a responsabilidade contratual se submete ao prazo ordinário (bem maior que o brasileiro!) de 20 anos do art. 309, enquanto para a responsabilidade aquiliana vigora o prazo de 03 anos (art. 498), salvo os casos de prazos específicos²⁰.

¹⁶ Cf., dentre outros: MOREIRA ALVES, José Carlos. *A parte geral do projeto de código civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1986, especialmente p. 92 ss e 125 ss.; REALE, Miguel. *História do novo código civil*, p. 54 ss, 84 ss e 156 ss.

¹⁷ A norma italiana é expressa nesse sentido: “Art. 2.947. Prescrizione del diritto al risarcimento del danno (l) Il diritto al risarcimento del danno derivante da fatto illecito si prescrive in cinque anni dal giorno in cui il fatto si è verificato.” A prescrição ordinária da responsabilidade contratual encontra-se no art. 2.946, in verbis: “Salvi i casi in cui la legge dispone diversamente (954, 970, 1014, 1073, 1442, 1449), i diritti si estinguono per prescrizione con il decorso di dieci anni.”

¹⁸ *Responsabilidade contratual: prazo prescricional de dez anos*. RT Online 2017, p. 4. No mesmo sentido: EREsp. 1.280.825/RJ, Voto Rel. Min. Nancy Andrighi, p. 20.

¹⁹ *Tratado de direito civil português – direito das obrigações*. v. 2, t. 3, Coimbra: Almedina, 2010, p. 383.

²⁰ Já o Código de Seabra (1867) consagrava a responsabilidade aquiliana em seu art. 2.361 (“Todo aquelle, que viola ou ofende os direitos de outrem, constitue-se na obrigação de indemnizar o lesado, por todos os prejuizos que lhe cause.”) e, no art. 705, a responsabilidade contratual: “O contrahente, que falte

Dessa forma, forçoso é concluir que uma *interpretação histórica e sistemática* da norma aponta inequivocamente para a conclusão de que a expressão “reparação civil”, empregada no art. 206 § 6º V do CC2002, refere-se aos casos de indenização por ato ilícito, decorrente da violação do dever geral de não lesar, distintos, portanto, dos casos de violação de deveres obrigacionais, subsumidos na regra geral do art. 205 do CC2002, salvo previsão expressa de prazo diferenciado.

Nesse sentido, com acerto, ressaltou a Min. Nancy Andrighi, no julgamento do EREsp. 1.280.825/RJ: “Em conclusão, para o efeito da incidência do prazo prescricional, o termo ‘reparação civil’ não abrange a composição da *toda e qualquer consequência negativa, patrimonial ou extrapatrimonial, do descumprimento de um dever jurídico*, mas apenas as consequências danosas do ato ou conduta ilícitos em sentido estrito e, portanto, *apenas para as hipóteses de responsabilidade civil extracontratual*.”²¹.

Essa conclusão não é fruto de conservadorismos, mas antes um mandamento de respeito à lei e de racionalidade, imprescindível ao desenvolvimento seguro e progressivo do direito. E assim o é, porque, além de consistir em quebra e incoerência sistemática, isso representaria o abandono de todas as distinções ontológicas, estruturais e funcionais entre ambos os ramos da responsabilidade civil em uma quadra da história em que a doutrina obrigacional contemporânea discute, não a unicidade, mas a existência de um terceiro gênero de responsabilidade civil, situado entre o contrato e o delito, como adiante exposto.

4.2. DIVERSIDADE DE PRAZOS PRESCRIONAIS COMO OFENSA AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA ISONOMIA?

Outro importante argumento, utilizado pela 3ª Turma do STJ para justificar a aplicação do prazo prescricional uno a casos de responsabilidade contratual e extracontratual, sustenta que um prazo diferenciado afrontaria o princípio constitucional da isonomia, que impõe tratar situações iguais de forma igual. O argumento parte, portanto, da premissa de que

ao cumprimento do contrato, torna-se responsável pelos prejuízos que causa no outro contratante, salvo tendo sido impedido por facto do mesmo contratante, por força maior, ou por caso fortuito, para o qual de nenhum modo haja contribuído.”. Apud: MENEZES CORDEIRO, António. Op. cit., p. 357. O atual Código não se distancia dessa orientação, impondo a obrigação de indenizar por ato ilícito no art. 483 I, que prescreve, em regra, no prazo de 03 anos (art. 498) e a obrigação de indenizar por incumprimento contratual no art. 798, cujo prazo prescricional é de 20 anos (art. 309).

²¹ EREsp. 1.280.825/RJ, Voto, p. 22, com grifos no original.

se equivalem as situações jurídicas (descumprimento contratual e ato ilícito absoluto), causas das responsabilidades contratual e extracontratual.

Como lucidamente acentuou a 2^a. Seção do STJ, no julgamento do EREsp. 1.280.825/RJ, inexistente qualquer afronta ao princípio constitucional da isonomia em o legislador reservar prazos prescricionais distintos para os casos de violação contratual e cometimento de ato ilícito absoluto, pois ambos os tipos de responsabilidade se distinguem ontológica, estrutural e funcionalmente.

Inicialmente, imperioso repensar criticamente a ideia – bastante difundida – de que responsabilidade contratual e extracontratual têm uma origem ontológica comum pelo simples fato de ambas decorrerem da violação de um dever preexistente, pois os deveres transgredidos têm *natureza jurídica* diversa. Na responsabilidade contratual, tem-se a inobservância de um *dever relativo* existente entre *sujeitos determinados* (contratantes), enquanto na responsabilidade extracontratual ocorre a violação do *dever geral de não lesar* bem jurídico absoluto, como os direitos de personalidade e a propriedade. A *relatividade* é marca elementar dos deveres obrigacionais, enquanto a *absolutividade* cunha o dever geral de não causar dano.

Essa distinção não é preciosismo teórico, mas tem reflexos práticos no plano eficaz: enquanto o dever geral tem eficácia face a *todos*, ainda quando as partes sejam absolutamente estranhas entre si, os deveres obrigacionais só vinculam, em regra, *pessoas determinadas* que se encontram em uma determinada situação jurídica. O *neminem laedere* consiste, portanto, em um dever geral, que a todos obriga sem vincular – em um primeiro momento – concretamente ninguém²².

Além disso, o *suporte fático* que dá origem a ambos os deveres também é distinto. O *neminem laedere* surge pelo simples fato de se viver em sociedade, daí dizer-se que nasce em razão do *contato social*, sendo apropriadamente chamado, no vernáculo alemão, de “dever de todo mundo” ou *Jedermannpflicht*, pois a todos vincula, tutelando os bens jurídicos mais

²² Nesse sentido, cf. ainda Mafalda Miranda Barbosa: “Para além do plano dogmático, a revelar que as soluções não são idênticas para uma e outra modalidade, responsabilidade extracontratual e responsabilidade contratual distinguem-se, ainda, no plano estrutural (já que, quando a lei se refere à responsabilidade contratual, já definiu o critério de individualização do sujeito responsável, sendo o próprio contrato a fazê-lo, mas, diversamente, ao nível da responsabilidade extracontratual, é necessário encontrar, dogmaticamente, critérios de delimitação do sujeito responsável e do círculo de potenciais credores da pretensão indemnizatória, constituindo este o problema preliminar em sede delitual.” A reforma francesa da responsabilidade civil – breves considerações em sede extracontratual. *Revista da Faculdade de Direito e Ciência Política* 11, 2018, p. 12.

importantes do indivíduo, por todos reconhecidos: vida, liberdade, propriedade, direitos da personalidade, etc.

Ao contrário, os deveres obrigacionais, aqui entendidos em sentido amplo, têm suporte fático diverso, pois pressupõem que as partes já deixaram o plano da indeterminabilidade do contato social e adentraram o plano do *contato negocial*, marcado pela existência – ou existência potencial – de um negócio jurídico. Eles exigem, necessariamente, para seu surgimento, a *existência de prévia relação entre as partes*, seja uma relação jurídica contratual, seja um contato negocial pré-contratual.

Por isso se diz, com acerto, que, na responsabilidade contratual, as partes estão ligadas por uma *relação jurídica preexistente* ao dano, enquanto na responsabilidade aquiliana inexistente qualquer vínculo antes do evento lesivo entre lesante e lesado. Somente com o evento lesivo (ato ilícito absoluto) é que ocorre a *determinação do sujeito passivo* e o consequente *surgimento da relação obrigacional* entre lesado (credor) e lesante (devedor) por força da qual o primeiro pode exigir do segundo o cumprimento de um *dever de prestação primário*, consistente no dever de indenizar.

Com efeito, ao contrário do que frequentemente se afirma em doutrina, o dever de indenizar oriundo do ato ilícito absoluto não é um dever de prestação secundário. Karl Larenz explica, com precisão, que o dever de indenizar decorrente do ato ilícito é um dever de prestação primário, porque a relação obrigacional surge juntamente com ele; ao contrário, o dever de indenizar oriundo da violação contratual é dever de prestação secundário, porque pressupõe necessariamente a existência do dever contratual violado e de uma relação obrigacional preexistente. Por essa razão, o dever de indenizar, nesses casos, pode surgir paralela ou substitutivamente à prestação primária²³. O mesmo se diga em relação aos deveres de conduta decorrentes da boa-fé, que são deveres eminentemente relativos, oriundos de uma relação obrigacional especial, surgida com o início do contato negocial: sua violação dá ensejo, em regra, a um dever obrigacional secundário (obrigação de indenização).

Deve-se observar ainda, em reforço às diferenças estruturais entre deveres obrigacionais *latu sensu* e dever geral de não lesar, que enquanto o *neminem laedere* é cumprido, em regra, por meio do simples *comportamento omissivo* de não lesionar aqueles bens jurídicos a todos perceptíveis²⁴, como os direitos da personalidade e a propriedade, os deveres obrigacionais exigem, em sua maioria, uma *conduta comissiva* dos envolvidos no

²³ *Schuldrecht*. vol. 1, 14^a ed., München: Beck, p. 9.

²⁴ LARENZ, Karl. *Allgemeinen Teil des bürgerlichen Rechts*. München: Beck, 2004, p. 250.

sentido de adotar medidas concretas e objetivamente apuráveis para cumprir a prestação devida, o que inclui, inclusive, o informar, esclarecer, aconselhar, cooperar ou proteger a esfera jurídica do parceiro no desenrolar da relação negocial.

E dentre os deveres obrigacionais, a doutrina moderna inclui – em razão de sua estrutura e função – tanto os *deveres prestacionais*, oriundos do acordo das partes, cujo fundamento repousa na *autonomia privada*, quanto os *deveres laterais de conduta*, que gravitam em torno da relação negocial concreta, cujo fundamento reside na *boa-fé objetiva*, surjam eles antes, durante ou depois do contrato.

Do exposto, percebe-se que os deveres obrigacionais, base para a responsabilidade contratual, distinguem-se quanto a fonte, natureza jurídica, fundamento e estrutura do *neminem laedere*, base da responsabilidade extracontratual. Essas circunstâncias, por si só, justificam que a lei trate as duas situações lesivas de forma diferente, o que ocorre, aliás, desde o Direito Romano. E, porque distintos, deve o legislador disciplinar diferentemente ambas as situações, em respeito ao princípio da igualdade, que encerra tanto um dever jurídico de tratamento igual do que é igual quanto um dever jurídico de tratamento desigual do que é desigual. E esse comando dirige-se não apenas ao legislador, mas ainda ao aplicador da lei, que não pode ignorar as distinções das situações valoradas pelo legislador²⁵.

Nesse sentido, a 2ª. Seção do STJ, no julgamento do EREsp. 1.280.825/RJ, foi muito feliz em sintetizar as distinções fundamentais entre as duas categorias da responsabilidade civil, afastando definitivamente a teoria monista, como depreende-se do trecho abaixo:

No direito privado brasileiro, a responsabilidade extracontratual é historicamente tratada de modo distinto daquela contratual, por um motivo muito simples: são fontes de obrigações muito diferentes, com fundamentos jurídicos diversos. Essa diferença fática e jurídica impõe o tratamento distinto do prazo prescricional, pois a violação a direito absoluto e o inadimplemento de um direito de crédito não se confundem nem na tradição jurídica pátria, nem na natureza das coisas.

Trata-se da teoria dualista ou clássica das fontes de obrigações do direito civil, cuja origem reside no Direito Romano e foi se perpetuando no ordenamento jurídico brasileiro. A diferença é muito mais que uma designação jurídica, têm fundamento nos fatos, nos valores e nas normas aplicáveis a cada situação.

²⁵ Confira-se SARLET, Ingo Wolfgang. MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: RT, 2012, p. 535.

Apesar do surgimento de teses unitaristas, principalmente após a publicação do CDC, tal distinção foi mantida no CC/02, justificada nos diferentes fundamentos fáticos e axiológicos e, especialmente, nos distintos regimes jurídicos aplicáveis a cada espécie de responsabilidade civil.²⁶

Além disso, não se pode deixar de observar, se afronta a princípio constitucional existisse, a maioria dos ordenamentos jurídicos ocidentais padeceria do vício da inconstitucionalidade, pois países como Itália, Espanha e Portugal reservam prazos prescricionais distintos para ambos os tipos de responsabilidade²⁷. É bem verdade que na Alemanha, desde a Reforma de Modernização do BGB, em 2002, o prazo prescricional ordinário foi drasticamente reduzido de trinta para apenas três anos e nesse lapso temporal prescrevem todas as pretensões contratuais ou extracontratuais não sujeitas aos diversos prazos específicos.

Mas isso se dá por força da disposição do § 195 BGB/2002. Até então, entretanto, a jurisprudência alemã aplicava rigorosamente o prazo de trinta anos (§ 195 BGB/1900) para os casos de violações contratuais, inclusive ofensas aos chamados deveres – relativos! – de conduta e o de três anos (§ 852 BGB/1900) para os casos de ato ilícito *stricto sensu*, respeitando a decisão do legislador em tema tão fundamental para a segurança jurídica e a pacificação social.

Mas o legislador alemão *não fez uma redução simplista e arbitrária* dos prazos prescricionais, a fim de desafogar o Judiciário de litígios. Todos os prazos foram pensados e fixados em *equilibrada ponderação dos interesses* em conflito: de um lado, a *liberdade de ação do devedor*, que não pode ficar indefinidamente submetido ao poder do credor e, de outro, os *interesses patrimoniais e existenciais do credor*, que precisa ter a chance real e justa de fazer valer suas pretensões jusfundamentais face ao devedor. E uma prova de que a redução dos prazos prescricionais não foi uma orientação absoluta – como parece crer o STJ – é que os danos causados à pessoa, principalmente ao corpo, saúde, liberdade ou à autodeterminação

²⁶ EREsp. 1.280.825/RJ, Voto Min. Nancy Andrighi, p. 26, sem grifos no original.

²⁷ Na Itália, como dito, as pretensões contratuais prescrevem, em regra, em 10 anos, enquanto as pretensões delituais perecem em 05 anos; em Portugal, é de 20 anos o prazo ordinário na responsabilidade contratual, ao passo que a responsabilidade extracontratual possui diversos prazos especiais; na Espanha, os prazos prescricionais são de 15 anos para a responsabilidade contratual e 01 ano para a responsabilidade extracontratual. Cf. nesse sentido MARTINS-COSTA, Judith/ZANETTI, Cristiano. Op. cit., p. 9.

sexual, decorrentes de ato ilícito doloso, só prescrevem em 30 anos, nos expressos termos do § 197, inc. 1, n. 1 do BGB, devido à relevância dos bens afetados²⁸.

De qualquer forma, a despeito da existência de prazo subsidiário comum, ninguém sustenta a unicidade das duas categorias de responsabilidades, como faz crer a teoria ora abandonada pelo STJ. Ao contrário, a doutrina majoritária aponta a existência de um *terceiro gênero* de responsabilidade civil, situado entre o contrato e o delito²⁹. Trata-se da chamada *responsabilidade pela confiança* ou *Vertrauenshaftung*, que, pela falta de reconhecimento legal e pelas similitudes que apresenta, submete-se ao regime da responsabilidade contratual. Exemplo paradigmático é a responsabilidade pré-contratual, na qual deveres de conduta, oriundos da boa-fé objetiva, são violados culposamente durante a ampla fase de preparação do negócio.

Assim, percebe-se que no direito alemão ocorreu, na verdade, uma *ampliação do campo de incidência* da responsabilidade contratual e não seu encolhimento, como ocorreria a abraçar-se a tese da responsabilidade unitária, aparentemente encampada pelas decisões (minoritárias) da 3^a. Turma do STJ. Com a *maxima venia* às opiniões em contrário, parece que a ideia de uma responsabilidade una, a unificar os regimes da responsabilidade contratual e extracontratual, é extremamente questionável e não encontra amparo na lei e nem na melhor doutrina.

Até a doutrina portuguesa, antes simpática à tese, vem mudando de opinião, pois percebeu que o Direito progride diferenciando suas soluções, como bem coloca António Menezes Cordeiro³⁰. Esse é o sentir ainda de Mafalda Miranda Barbosa: “Entre nós, tem sido dominante a perspectiva que divide a responsabilidade civil entre extracontratual e contratual. Tal bipartição, correspondente aos dados sedimentados ao longo do tempo que o instituto calcorreou desde o direito romano, assenta – de modo superficial – na cisão entre direitos absolutos e relativos. A primeira é entendida como uma resposta do ordenamento jurídico para os casos de violação de direitos dotados com eficácia erga omnes; a segunda torna-se atuante

²⁸ No mesmo sentido: WOLF, Manfred; NEUNER, Jörg. *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*. 11^a. ed., München: Beck, 2016, p. 341.

²⁹ Cf. a paradigmática obra de Claus-Wilhelm Canaris intitulada *Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht*, Beck, München, 1971.

³⁰ Nesse sentido, sintomática é a mudança encontrada em António Menezes Cordeiro, que, outrora defensor da tese unitária, hoje elenca uma série de distinções (ontológica, funcional, estrutural, sistemática) entre as duas categorias, salientando expressamente a necessidade de superação da corrente unitária (Op. cit., p. 390 ss.), acabando, ao final, por reconhecer a existência do terceiro gênero, tal como sustentado por Canaris. Op. cit., p. 398 ss.

no quadro do incumprimento de uma obrigação em sentido técnico, independentemente da fonte de onde brotou.”³¹.

Na verdade, parcela da doutrina lusitana³² já se inclina, em maior ou menor medida, ao reconhecimento da terceira via (*dritte Spur*) preconizada por Claus-Wilhelm Canaris em sua tese de habilitação apresentada na Universidade de Munique, em 1970. O mesmo ocorre na Itália, onde a *Corte di Cassazione* reconheceu o terceiro gênero em caso versando sobre a responsabilidade pré-contratual do poder público pela celebração de contrato nulo com um particular. Na decisão, a Corte italiana, seguindo os passos de doutrina vanguardista, fez referência expressa a um terceiro gênero de responsabilidade civil, situado entre o “*contratto e torto*”, o qual, contudo, está bem mais próximo do primeiro que do segundo³³.

Isso mostra que a teoria unitária vem paulatinamente perdendo terreno na doutrina obrigacional europeia. Sintomático, nesse sentido, é ainda o direito francês, onde a teoria unitária finca profundas raízes. Lá, a dicotomia resistiu às recentes reformas do *Code Napoleon*, vez que o legislador não aboliu a tradicional dicotomia da responsabilidade com as recentes reformas no direito contratual³⁴ e na responsabilidade extracontratual³⁵, operadas, respectivamente, em 2016 e 2017. Ao contrário, manteve a estrutura dicotômica já presente desde a codificação de 1804. E se os franceses, tendo a oportunidade de abolir a distinção pela via legislativa, não o fizeram, é indício seguro do esvaecimento da teoria monista da responsabilidade civil.

Se na Europa, doutrina e jurisprudência vêm abandonando eventual simpatia outrora nutrida pela ideia de uma responsabilidade unitária, estando, ao contrário, ganhando terreno a

³¹ Op. cit., p. 11.

³² Confira-se a obra de referência sobre o tema no direito português: CORDEIRO DA FRADA, Manuel António de Castro Portugal. *Teoria da confiança e responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina, 2007. Dentre outros, confira-se: MENEZES CORDEIRO, António. Op. cit., p. 398 ss.

³³ Veja-se a sentença: Corte di Cassazioni n. 14.188, de 12.07.2016, Prima Sezione. Na doutrina italiana contemporânea, confira-se, dentre outros: CASTRONOVO, Carlo. *La nuova responsabilità civile*, 3^a ed., Milano: Giuffrè, 2006. Aliás, entre nós, Antônio Junqueira de Azevedo já intuiu, nos idos de 90, a existência de um terceiro gênero de responsabilidade civil. Cf. Responsabilidade pré-contratual no código de defesa do consumidor: estudo comparado com a responsabilidade pré-contratual no direito comum. *Revista de Direito do Consumidor* 18, 1996, p. 23.

³⁴ Ordonnance n. 2016-131, de 10.04.2016, sobre a *réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*.

³⁵ Em abril de 2016, foi apresentado na França um anteprojeto de reforma do direito da responsabilidade civil com base em consulta pública, lançada pelo então Ministro da Justiça, Jean-Jacques Urvoas. Como resultado dessa consulta pública, foi apresentado em março de 2017 um projeto de reforma do direito da responsabilidade civil, o qual recebeu a colaboração de inúmeros doutrinadores. Entra-se, assim, na segunda fase de modernização do direito das obrigações em França. MIRANDA BARBOSA, Mafalda. Op. cit., p. 10.

chamada teoria da terceira via da responsabilidade civil, que, fundada na confiança, concede autonomia dogmática a uma espécie “intermediária” de responsabilidade, situada entre o contrato e o delito, isso deve servir de estímulo suficiente para a doutrina brasileira rever criticamente a ideia monista, que há décadas paira, como um fantasma, sobre teóricos e práticos do direito.

Essa reflexão torna-se urgente não apenas em função dos recentes desenvolvimentos dogmáticos e jurisprudenciais na Europa, mas ainda em razão da própria jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, que paradoxalmente já reconheceu a existência do terceiro gênero da responsabilidade e ampliou o âmbito de incidência da responsabilidade contratual, linhas necessariamente contrárias à ideia monista da responsabilidade civil, pois ou se caminha em direção à unidade ou se trilha o caminho da especificidade da responsabilidade, reconhecendo uma terceira categoria de responsabilidade civil.

Com efeito, em 2017, a 4^a. Turma do STJ reconheceu a existência da chamada responsabilidade pela confiança, acentuando sua autonomia dogmática em relação à dicotomia tradicional, em caso envolvendo pedido indenizatório em decorrência do rompimento imotivado das negociações. Trata-se do Recurso Especial 1.309.972/SP, de relatoria do Min. Luis Felipe Salomão, no qual restou pronunciada a responsabilidade pré-contratual da IBM do Brasil pelo ressarcimento de danos patrimoniais sofridos pela empresa Radiall do Brasil, que, confiando legitimamente na celebração do contrato, deu início à produção de componentes eletrônicos para a fabricação de aparelho de rastreamento de veículos, os quais tornaram-se posteriormente inúteis após alterações no projeto inicial, realizadas pela primeira³⁶.

Apesar da inovação, falta suporte teórico para justificar a admissão da “terceira via” no caso concreto. Sem qualquer aprofundamento, o Tribunal afirmou que a dicotomia entre responsabilidade extracontratual e contratual “merece aperfeiçoamentos”, embora admita que a dualidade ainda faz sentido e confere segurança jurídica³⁷. A teoria de Canaris foi recepcionada indiretamente, através da doutrina portuguesa³⁸, mas faltou um enfrentamento da complexa problemática que envolve a teoria da terceira via da responsabilidade, a qual, devido às limitações deste comentário, não pode ser aqui exposta³⁹.

³⁶ REsp. 1.309.972/SP, T4, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 27.04.2017, DJe 08.06.2017.

³⁷ REsp. 1.309.972/SP, Voto Min. Luis Felipe Salomão, p. 15.

³⁸ REsp. 1.309.972/SP, Voto Min. Luis Felipe Salomão, p. 16.

³⁹ Permita-se remeter a NUNES FRITZ, Karina. Responsabilidade civil una ou terceira via? (no prelo).

Isso se revela já na obscura relação, apresentada no acórdão, entre a responsabilidade pré-contratual (também conhecida como *culpa in contrahendo*) e a responsabilidade pela confiança⁴⁰, quando, a rigor, na teoria de Canaris, a primeira é uma subespécie da segunda, que seria a categoria geral e compreensiva dos dois grandes troncos da responsabilidade pela confiança: a “responsabilidade satisfatória” (*Erfüllungshaftung*⁴¹) e a “responsabilidade reparatória” (*Schadensersatzhaftung*)⁴².

Ambas distinguem-se principalmente pelos *efeitos jurídicos* que produzem: enquanto a responsabilidade satisfatória engloba uma gama de situações nas quais o lesado, que confiou legitimamente na situação criada, é colocado no estado correspondente à confirmação das expectativas que teve (tutela positiva da confiança)⁴³, na responsabilidade reparatória se dá uma tutela negativa da confiança, pois dela decorre um dever de indenizar dirigido à satisfação do interesse negativo, vale dizer, ao reestabelecimento do estado patrimonial que existiria se o lesado não tivesse confiado legitimamente na situação criada pelo lesante⁴⁴.

Além disso, a decisão passa ao largo do grande problema prático em torno da responsabilidade pela confiança, qual seja, o do regime jurídico aplicável a esses casos que, a rigor, não se deixam enquadrar nem como responsabilidade contratual, nem como responsabilidade aquiliana. Entretanto, tendo em vista que só existem dois regimes legais de responsabilidade civil (contratual e extracontratual), a grande questão que se põe é saber qual

⁴⁰ REsp. 1.309.972/SP, Voto Min. Luis Felipe Salomão, p. 18. Acerca da teoria geral da culpa in contrahendo, que não se limita aos casos de rompimento das negociações, permita-se remeter a NUNES FRITZ, Karina. *Die culpa in contrahendo im deutschen und brasilianischen Recht*. Berlin: de Gruyter, 2018.

⁴¹ *Erfüllung* vem do verbo *erfüllen*, que significa cumprir, desempenhar, satisfazer, preencher. Juridicamente, *Erfüllung* significa cumprimento, realização, sendo usada, por exemplo, para exprimir o cumprimento ou execução da prestação (*Leistungserfüllung*) ou o lugar do cumprimento (*Leistungsort*). Aqui optou-se pelo sentido de satisfação para indicar que se trata de uma responsabilidade pela satisfação das expectativas frustradas. Em outra oportunidade, o termo foi traduzido como “responsabilidade executória” (Cf. NUNES FRITZ, Karina. A culpa in contrahendo no direito alemão: um contributo para reflexões em torno da responsabilidade pré-contratual. *Revista de Direito Civil Contemporâneo* 15, 2018, p. 191), mas execução tem significado técnico preciso de cumprimento da prestação ou, processualmente, de constrição do réu, o que não corresponde ao sentido empregado por Canaris, razão pela qual substitui-se o termo *Erfüllungshaftung* pela expressão mencionada no texto.

⁴² CANARIS, Claus-Wilhelm. *Vertrauenshaftung im Lichte der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs*. In: *50 Jahre Bundesgerichtshof*. CANARIS, Claus-Wilhelm/ROXIN, Claus et. al. (org.), v. 1, München: Beck, 2000 p. 132 ss.

⁴³ CARNEIRO DA FRADA, Manuel António de Castro Portugal. Op. cit., p. 41 ss.

⁴⁴ Carneiro da Frada coloca, com clareza, a distinção: “Se a primeira se preocupa em assegurar ao sujeito ‘positivamente’ a sua expectativa, esta última ‘nega’ ao confiante o direito de ser colocado nessa situação, reconhecendo-lhe em vez disso um direito indemnizatório (contra outrem). No âmbito da protecção negativa das expectativas, a expressão ‘responsabilidade pela confiança’ não significa deste modo, meramente, que alguém é chamado a suportar as consequências jurídicas da confiança alheia. Aquela locução tem também um conteúdo mais restrito: assinala o surgimento de um dever jurídico preciso, o de ressarcir um prejuízo.” Op. cit., p. 42.

dos dois regimes deverá ser aplicado aos casos de frustração injustificada da confiança despertada ou se, ao contrário, o julgador poderia criar um regime jurídico específico para esses casos através da combinação de regras oriundas de ambos os sistemas, como propõem alguns autores.

Não é preciso muito esforço para imaginar o caos que reinaria se cada juiz pudesse escolher a regra de responsabilidade aplicável ao caso concreto – especialmente no tocante à prova da culpa, prazo prescricional, contagem dos juros de mora, etc. Por isso, na Alemanha a jurisprudência aplica o regime contratual aos casos de responsabilidade reparatória. Dito em outras palavras: aplica-se, por uma série de razões que aqui não cabem elucidar, o regime contratual a casos de violação de deveres de conduta, decorrentes da boa-fé objetiva, independente da ofensa ter ocorrido antes, durante ou depois do contrato.

Se, em um primeiro momento, pode causar estranheza estender o campo de incidência da responsabilidade contratual para abarcar lesões decorrentes da inobservância de deveres laterais de conduta na fase de preparação do negócio jurídico, deve-se lembrar que o próprio STJ já deu passo importante e inovador nesse sentido, em 2014, ao reconhecer a *natureza jurídica contratual* da responsabilidade pré-contratual e aplicar o regime contratual a caso de rompimento imotivado das tratativas, ordenando a contagem dos juros de mora a partir da citação do réu. Trata-se do Recurso Especial 1.367.955/SP, de relatoria do douto Min. Paulo de Tarso Sanseverino.

Para o que interessa ao tema aqui analisado, qual seja, a distinção dos prazos prescricionais das responsabilidades contratual e aquiliana, e a superação da ideia de uma responsabilidade civil unitária, cabe observar que ambos os precedentes do STJ *depõem contra a teoria monista* da responsabilidade civil, seja ao reconhecer a existência de um terceiro gênero autônomo de responsabilidade, seja ao ampliar o campo normativo da responsabilidade contratual a violações culposas de deveres ocorridas antes do surgimento do próprio contrato. Isso mostra que, também no Brasil, soa anacrônico falar em uma responsabilidade civil una e aplicar *contra legem* um prazo prescricional único às pretensões ressarcitórias decorrentes do contrato e do delito, como se equivalentes as situações.

4.3. QUEBRA DA LÓGICA INTERNA DO SISTEMA JURÍDICO

Por fim, deve-se observar que a unificação do prazo prescricional das responsabilidades contratual e extracontratual, como defendido no julgado ora em análise,

contraria ainda a lógica interna do sistema contratual do Código Civil. De fato, com a aplicação do prazo trienal de prescrição às pretensões ressarcitórias decorrentes do descumprimento contratual, ter-se-ia que conceder ao credor lesado, nos casos de mora, o prazo de dez anos para exigir o cumprimento da prestação, mas apenas três anos para pleitear perdas e danos em decorrência da mora ou, em caso de inadimplemento definitivo, dez anos para pleitear a execução pelo equivalente ou a resolução contratual e três anos para reclamar perdas e danos.

Salta aos olhos que o mais lógico e coerente, como pontuado por Judith Martins-Costa e Cristiano Zanetti, é conceder o prazo único de dez anos para o contratante lesado acionar todos os mecanismos que a lei lhe confere em caso de violação contratual⁴⁵. No mesmo sentido, decidiu a 2ª. Seção do STJ, por ocasião do julgamento do EREsp. 1.280.825/RJ, como depreende-se do excerto abaixo:

“Nesse sentido, o art. 205 do CC/02 mantém a integridade lógica e sistemática da legislação civil. Assim, quando houver mora, o credor poderá exigir tanto a execução específica como o pagamento por perdas e danos, pelo prazo de dez anos. Da mesma forma, diante do inadimplemento definitivo, o credor poderá exigir a execução pelo equivalente ou a resolução contratual e, em ambos os casos, o pagamento de indenização que lhe for devida, igualmente pelo prazo de dez anos. Como afirma a doutrina, o objetivo da interpretação sistemática do direito é “em atribuir a melhor significação, dentre várias possíveis, aos princípios, às normas e aos valores jurídicos, hierarquizando-os num todo aberto, fixando-lhes o alcance e superando antinomias, a partir da conformação teleológica, tendo em vista solucionar os casos concretos” (Juarez FREITAS. Op. cit., p. 54)... Por observância à lógica e à coerência, portanto, o mesmo prazo prescricional de dez anos deve ser aplicado a todas as pretensões do credor nas hipóteses de inadimplemento contratual, incluindo o da reparação de perdas e danos por ele causados.”⁴⁶

Dessa forma, a tese unificadora dos prazos prescricionais parece andar na contramão da história ao buscar igualar – *contra legem* – o que a peculiaridade impõe distinguir. Nesse sentido, a decisão uniformizadora da 2ª. Seção é, ainda que incerta sua manutenção pela

⁴⁵ Op. cit., p. 5. No mesmo sentido: NALIN, Paulo/MANASSÉS, Diogo Rodrigues. Responsabilidade civil extracontratual e contratual: razões e funções da distinção, in: TEPEDINO, Gustavo/FACHIN, Luiz Edson/LÔBO, Paulo (coord.). *Direito civil constitucional – a resignificação da função dos institutos fundamentais do direito civil contemporâneo e suas consequências*. Florianópolis: Conceito, 2014, p. 350 s.

⁴⁶ EREsp. 1.280.825/RJ, Voto Min. Nancy Andrichi, p. 25 s., sem grifos no original.

Corte Especial, um ganho teórico e prático importante, pois restaura a coerência e harmonia do sistema, bem como a segurança jurídica nos negócios.

E nem se diga que o regime unificado do art. 206, § 3º, inc. V do CC2002 estaria em harmonia com o sistema consumerista ou que teria corrigido a anomalia surgida após a promulgação da Lei do Consumidor, em que o prazo quinquenal do art. 27 do CDC destoava do prazo vintenário do Código Bevilacqua⁴⁷, pois todos sabem que a codificação atual foi elaborada de modo totalmente alheio ao Código de Defesa do Consumidor⁴⁸. O legislador não pretendeu, portanto, corrigir as discrepâncias entre o Código de 1916 e o Código de Defesa do Consumidor.

É de se observar que se o consumidor tem um prazo (menos favorável, em comparação ao prazo decenal do art. 205 CC2002) de cinco anos para deduzir em juízo suas pretensões contratuais, tem, em compensação, inúmeras vantagens em relação aos particulares, como a dispensa da prova da culpa, a presunção de vulnerabilidade, inversão do ônus da prova, controle judicial do conteúdo (cláusulas) do contrato, além de um rol de direitos básicos, que, em princípio, inexistem nas relações paritárias, exceto quando há assimetria estrutural entre as mesmas.

Tudo isso o coloca em posição mais vantajosa em relação aos demais partícipes do comércio jurídico. Não à toa, o Judiciário brasileiro vem há tempos ampliando o conceito de consumidor para submeter fornecedores em situações de “vulnerabilidade” ao regime jurídico mais benéfico da lei consumerista. E, por fim, não há de se perder de vista que se está diante, à toda evidência, de um sistema jurídico específico e distinto do Código Civil, de forma a desautorizar qualquer equiparação entre os regimes de responsabilidade.

5. CONCLUSÃO

No Brasil, reina no momento verdadeiro caos jurídico, pois ninguém sabe em qual prazo prescrevem as pretensões oriundas da violação de deveres obrigacionais. A decisão uniformizadora da 2ª. Seção do STJ tentou por fim à celeuma jurídica, com sólidos e

⁴⁷ TEPEDINO, Gustavo. *A prescrição trienal para a reparação civil*, p. 1. No mesmo sentido: STJ, REsp. 1.281.594/2016, Voto Min. Marco Aurelio Bellizze, p. 9.

⁴⁸ Nesse sentido: TEPEDINO, Gustavo. O novo código civil: duro golpe na recente experiência constitucional brasileira, p. 359 e Os contratos de consumo no Brasil, p. 133, in: *Temas de direito civil*, vol. 2, Rio de Janeiro: Renovar, 2008. Essa constatação é atestada até por estrangeiros estudiosos do direito brasileiro. Cf., nesse sentido: SCHMIDT, Jan-Peter. *Zivilrechtskodifikation in Brasilien*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2009, p. 232 s.

convincentes argumentos, reafirmando a aplicação do prazo decenal do art. 205 CC2002 aos casos de responsabilidade contratual. Mas a recente posição do Relator do EREsp. 1.281.594/SP veio pôr novamente lenha na fogueira e tornar absolutamente imprevisível a decisão final da Corte Especial do STJ.

A melhor solução é, sem dúvida, a proposta pela 2^a. Seção, pois ela prima pelo respeito à lei e à coerência sistemática, além de estar em harmonia com a melhor doutrina e a tradição jurídica ocidental. Nessa linha, todas as pretensões indenizatórias – tanto as oriundas da violação de deveres prestacionais (obrigações *stricto sensu*), quanto as oriundas da ofensa a deveres laterais de conduta⁴⁹ – devem prescrever no prazo ordinário de dez anos (art. 205 do CC2002), salvo se objeto de previsão legal específica.

Essa decisão tem importantes reflexos práticos e teóricos. Em termos práticos, ela é importantíssima para o bom desenrolar do comércio jurídico e para a solução consensual dos problemas, principalmente nos contratos interempresariais, marcados, em regra, pela longa duração e pela relação de confiança entre as partes. Aqui, as partes tendem a buscar – em função da relação comercial existente entre elas ou por mera conveniência negocial – uma solução amigável para os problemas surgidos no desenrolar do contrato, o que requer tempo para negociação e consenso.

Mas a imposição de prazo prescricional exíguo, força o contratante a agir o quanto antes para fazer valer seus direitos por meio de protestos, constituição em mora ou qualquer outro meio apto a interromper a prescrição, nos termos do art. 202 do CC2002, o que nem sempre é a melhor solução sob o ponto de vista negocial. Além de azedar as relações comerciais, com a admissão de curto prazo prescricional corre-se o risco de estimular a judicialização de conflitos em detrimento de soluções consensuais.

Sob o ponto de vista teórico, a decisão da 2^a. Seção do STJ tem – dentre outros aqui salientados – o mérito de sepultar definitivamente a controvertida teoria monista da responsabilidade civil, claramente abandonada no círculo jurídico europeu, especialmente na França, que a condenou definitivamente ao esquecimento ao manter o sistema dual de responsabilidade civil na recente reforma do *Code Napoleon*.

⁴⁹ No AgInt no AgRg no AREsp. 267726/SP, T4, Rel. Min. Antônio Carlos Ferreira, j. 18.10.2016, DJe 24.10.2016, o STJ decidiu que em se tratando de responsabilidade civil derivada do não cumprimento dos chamados “deveres anexos ao contrato”, sua natureza é contratual, a ensejar a aplicação da norma residual do art. 205 do CC/2002.

A tese monista da responsabilidade, subjacente à ideia da adoção do prazo prescricional único, parece andar na contramão da história, pois a moderna doutrina continental europeia já vem discutindo a existência de um terceiro gênero de responsabilidade civil, fundado na confiança e situado entre o contrato e o delito, o qual pressupõe a especificidade – não a unicidade! – da responsabilidade civil. A teoria do terceiro gênero, conceitualmente contrária à ideia unitária, já ganhou espaço na jurisprudência do próprio STJ, que recentemente reconheceu a existência de um terceiro gênero de responsabilidade, autônomo em relação aos demais.

Do exposto, conclui-se que a decisão uniformizadora da 2^a. Seção do STJ foi extremamente feliz ao preservar – a despeito de eventuais pontos de intersecção – a distinção entre os sistemas legais de responsabilidade contratual e responsabilidade extracontratual, garantindo a existência de seus respectivos prazos prescricionais, coerência do sistema e segurança jurídica. Espera-se, agora, que a Corte Especial, ao julgar o tema, respeite o sistema binário de responsabilidade civil criado pelo legislador, conferindo unidade sistemática e racionalidade ao discurso jurídico.

5. REFERÊNCIAS

BARBOSA MIRANDA, Mafalda. A reforma francesa da responsabilidade civil – breves considerações em sede extracontratual. *Revista da Faculdade de Direito e Ciência Política* 11, 2018, p. 2-29.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht*. München: Beck, 1971.

CANARIS, Claus-Wilhelm. Die Vertrauenshaftung im Lichte der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs. In: *50 Jahre Bundesgerichtshof*. CANARIS, Claus-Wilhelm/ROXIN, Claus et al (org.), v. 1, München: Beck, 2000.

CASTRONOVO, Carlo. *La nuova responsabilità civile*. 3^a. ed., Milano: Giuffré, 2006.

LARENZ, Karl. *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*. Atualização: Manfred Wolf. 9^a. ed., München: Beck, 2004.

LARENZ, Karl. *Schuldrecht – allgemeiner Teil*. München: Beck, 1987.

MARTINS-COSTA, Judith; ZANNETTI, Cristiano de Sousa. Responsabilidade contratual: prazo prescricional de dez anos. *Revista dos Tribunais Online*. 2017, p. 1-20.

MENEZES CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil português*. v. 2, t. 3, Coimbra: Almedina, 2010.

MOREIRA ALVES, José Carlos. *A parte geral do projeto de código civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1986.

NUNES FRITZ, Karina Nunes. A culpa in contrahendo no direito alemão: um contributo para reflexões em torno da responsabilidade pré-contratual. *Revista de Direito Civil Contemporâneo* 15, 2018, p. 161-207.

NUNES FRITZ, Karina Nunes. *Die Culpa in contrahendo im deutschen und brasilianischen Recht – Ein konsistentes Vorvertragsregime auf der Grundlage der deutschen Schuldrechtsdogmatik*. Berlin: de Gruyter, 2018.

REALE, Miguel. *História do novo código civil*. São Paulo: RT, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: RT, 2012.

SCHMIDT, Jan-Peter. *Zivilrechtskodifikation in Brasilien*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2009.

TEPEDINO, Gustavo. *A prescrição trienal para a reparação civil*. Carta Forense, 01.07.2009, p. 1-3. Disponível em: <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/a-prescricao-trienal-para-a-reparacao-civil/4354>. Acesso: 15.08.2018.

TEPEDINO, Gustavo. O novo código civil: duro golpe na recente experiência constitucional brasileira. *Temas de direito civil*, vol. 2, Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

TEPEDINO, Gustavo. Os contratos de consumo no brasil. In: *Temas de direito civil*, vol. 2, Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

THIEMANN, Rudolf. *Culpa in contrahendo – ein Beitrag zum Deliktsrecht*. Gelsenkirchen: Peter Mannhold, 1984.

WOLF, Manfred; NEUNER, Jörg. *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*. 11^a. ed., München: Beck, 2016.

Como citar: NUNES FRITZ, Karina. Comentário ao EREsp. 1.280.825/RJ: prazo prescricional de dez anos para responsabilidade contratual? *Revista IBERC*. Minas Gerais. v.2, n.1, jan.-abr., 2019, p. 1-24.