

A CRISE NA DUALIDADE DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Karina Nunes Fritz

A responsabilidade civil vem passando há décadas por inúmeras transformações. É difícil encontrar um dos inúmeros aspectos do tema que não tenha sido submetido a uma releitura crítica pela doutrina. Isso vale tanto para seus clássicos pressupostos (ato ilícito, culpa, dano e nexos causal), como para suas funções, tão discutidas atualmente. Até a própria terminologia tem sido repensada, não faltando vozes a postular sua substituição pela expressão “direito de danos”.

Nesse contexto, nem mesmo a clássica bipartição do instituto – responsabilidade extracontratual e responsabilidade contratual – tem passado em branco. Há muito se fala na unidade da responsabilidade civil, postulando a superação da dicotomia a fim de conferir tratamento unitário a ambas as categorias, inclusive no que tange a prazos prescricionais.

Parte da doutrina francesa sempre mostrou-se simpatizante à ideia, que se espalhou pela Europa e aterrizou em solo latinoamericano. Generalizou-se a ideia de que as duas categorias têm origem ontológica comum, pois decorrem, em essência, da violação de um “dever preexistente”. Em Portugal, autores de peso como Gomes da Silva, Pessoa Jorge, Menezes Leitão e (outro) Menezes Cordeiro sustentavam que as diferenças entre as duas responsabilidades seriam tão próximas que se poderia falar em uma teoria monista da responsabilidade – ideia que constituiu, durante bom tempo, tradição na Faculdade de Direito de Lisboa¹.

A descoberta dos deveres laterais de conduta – atualmente ditos deveres de consideração, segundo a terminologia adotada no § 241 II do BGB/2002 – também levou alguns doutrinadores a sustentar a existência de uma responsabilidade civil unitária, que teria como suporte fático o *contato social*, do qual brotariam todos os deveres impostos na ordem

¹ MENEZES CORDEIRO, António. *Tratado de direito civil português – direito das obrigações*. v. 2, t. 3, Coimbra: Almedina, 2010, p. 389.

jurídica, ou seja, tanto as obrigações contratuais, como o dever geral de não lesar e os deveres ético-jurídicos decorrentes da boa-fé objetiva.

A teoria monista da responsabilidade civil acabou reforçada, no Brasil, pela Lei de Proteção e Defesa do Consumidor, que aboliu a culpa como fator de imputação de responsabilidade nas relações de consumo e estabeleceu um regime uniforme de responsabilidade objetiva para os fornecedores no mercado de consumo. A despeito de abalizadas opiniões em contrário, talvez merecesse uma reflexão mais verticalizada saber se o mero estabelecimento do risco como critério de imputação de responsabilidade seria suficiente para abolir as diferenças axiológicas, estruturais e funcionais entre os dois grandes troncos da responsabilidade civil.

O famoso privatista e comparatista alemão, Peter Schlechteriem, que afirmava desconhecer uma ordem jurídica que tenha suplantado o sistema binário de responsabilidade civil², certamente se surpreenderia com tal afirmação. De qualquer forma, sem adentrar os meandros da questão, a verdade é que, ainda quando se admita entre nós a existência de um regime unitário de responsabilidade, ele evidentemente se circunscreve ao âmbito restrito do direito do consumidor, sendo incabível qualquer pretensão ampliada para o direito civil geral.

À exceção do microsistema brasileiro do consumidor, parece que nenhum outro ordenamento jurídico sepultou o sistema binário de responsabilidade civil. Nem mesmo o legislador francês aproveitou a ocasião da reforma do direito contratual (*Ordonnance* n. 2016-131, de 14.04.2016) e do direito da responsabilidade civil (Anteprojeto de 2017) para unificar os regimes, mantendo intacto, ao contrário, o sistema binário de responsabilidade, consagrado desde o *Code Napoleon* (1804), como noticia a doutra Profa. Mafalda Miranda Barbosa³. Da mesma forma, Alemanha, Portugal, Itália e Espanha possuem um sistema binário, com diferentes prazos prescricionais.

O que se percebe, em verdade, na Europa é o abandono da tese monista e uma discussão acerca da existência – ou não – de um terceiro gênero de responsabilidade, fundado na confiança e situado em uma zona cinzenta entre o contrato e o delito (ato ilícito absoluto). Trata-se da chamada responsabilidade pela confiança (*Vertrauenshaftung*), sistematizada pioneiramente por Claus-Wilhelm Canaris, em tese de livre-docência apresentada na Universidade de Munique, em 1970.

² Apud: THIEMANN, Rudolf. *Culpa in contrahendo – ein Beitrag zum Deliktsrecht*. Gelsenkirchen: Peter Mannhold, 1984, p. 96.

³ A reforma francesa da responsabilidade civil – breves considerações em sede extracontratual. *Revista da Faculdade de Direito e Ciência Política* 11 (2018), p. 10.

Isso, por si só, já parece sinalizar o anacronismo da ideia monista, pois o reconhecimento de um terceiro gênero pressupõe logicamente a existência dos outros dois tipos⁴. E, ao contrário do que uma leitura apressada possa sugerir, o reconhecimento dogmático dos deveres decorrentes da boa-fé objetiva indica não uma *unicidade* da responsabilidade civil, mas sua *especificação*. Isso, porque a dogmática obrigacional contemporânea diferencia, com precisão, os deveres de consideração dos deveres prestacionais e do dever geral de não lesar.

Além disso, o fato de tais deveres surgirem gradativamente, à medida que se intensifica o contato negocial entre as partes, mostra que existe na tessitura social diversos níveis de contatos, cada qual dotado de uma carga diferente de deveres. E cada situação, porque dotada de carga normativa distinta, merece tratamento diferenciado pela ordem jurídica. E a responsabilidade pela confiança, por sua vez, incide exatamente em situações localizadas entre o contato social (responsabilidade aquiliana) e o contrato (responsabilidade contratual).

Essa teoria vem ganhando adeptos na Europa, já havendo, inclusive, precedentes na Corte de Cassação italiana (Corte di Cassazioni n. 14.188, de 12.07.2016, Prima Sezione) e no próprio Superior Tribunal de Justiça, que reconheceu sua “autonomia dogmática” no julgamento do Recurso Especial 1.309.927/SP, de relatoria do Min. Luis Felipe Salomão, onde se discutia caso de responsabilidade pré-contratual por rompimento imotivado das negociações.

Esse seria um instigante pontapé para a discussão acerca da utilidade (ou não) da terceira via no direito brasileiro não fosse a paradoxal posição do STJ em abraçar, ainda que implicitamente, a teoria unitária da responsabilidade civil ao determinar a aplicação extensiva do prazo prescricional de três anos, previsto para a responsabilidade aquiliana (art. 206 § 3 V CC2002), aos casos de responsabilidade contratual.

A discussão voltou recentemente à tona com o voto do Min. Benedito Gonçalves nos Embargos de Divergência no REsp. 1.281.594/SP, no qual – ressuscitando o debate em torno da teoria monista – afirma ser a “responsabilidade civil” um termo amplo que abrange tanto a responsabilidade contratual, quanto a responsabilidade aquiliana, o que legitimaria a aplicação de um prazo prescricional único para ambas as hipóteses⁵.

⁴ No mesmo sentido: MENEZES CORDEIRO, Antônio. *Tratado de direito civil...*, p. 380.

⁵ Ministro Benedito fixa três anos para prescrição de reparação civil contratual ou extracontratual. Migalhas, 23.03.2019. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI298536,81042-Ministro+Benedito+fixa+tres+anos+para+prescricao+de+reparacao+civil>. Acesso: 23.03.2019.

Essa afirmação causou perplexidade e grave insegurança jurídica, pois, além de amparar-se em frágeis argumentos, fez tábula rasa da decisão da 2ª. Seção da Corte que, há menos de um ano, em junho de 2018, uniformizou entendimento em sentido contrário, reafirmando as distinções entre ambos os regimes, inclusive quanto aos prazos prescricionais⁶, pondo fim, dessa forma, a movimento tendente a abolir as fronteiras entre os dois tipos de responsabilidade.

A doutrina brasileira encontra-se agora diante do desafio de orientar a jurisprudência a recobrar coerência dogmática e sistemática, pois a aplicação *contra legem* de um prazo prescricional único é apenas o primeiro passo para a substituição do regime legal binário de responsabilidade civil por um regime judicial unitário, sujeito às mais imprevisíveis e repentinas flutuações.

O mais surpreendente é que essa discussão ocorra numa quadra da história em que ciência jurídica ocidental – tendo soterrado a ideia unitária – discute a existência de um terceiro gênero de responsabilidade civil. Isso sinaliza que a jurisprudência nacional corre o risco de andar na contramão da história. Cabe, portanto, à doutrina cumprir seu papel e discutir a questão com urgência. E a Revista do IBERC, com sua abertura, pluralidade e internacionalização, apresenta-se como o *locus* ideal para o debate.

⁶ EREsp. 1.280.825/RJ, S2, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 27.06.2018, DJe 02.08.2018.