

DO *NEMINEM LAEDERE* À VISÃO CONCRETA DA RESPONSABILIDADE CIVIL: A NATUREZA CONTRATUAL DA RESPONSABILIDADE PELA RUPTURA IMOTIVADA DAS NEGOCIAÇÕES

Gustavo de R. Pugsley*



1. PRESSUPOSTOS TEÓRICOS

Busca-se, no presente trabalho, abandonar o obsoleto *neminem laedere* como meio principal de explicação da responsabilidade civil, em prol de uma visão concreta, coerente com a hodierna metodologia jurídica. Princípios formais como *honeste vivere*, *suum cuique tribuere* e *neminem laedere* eram suficientes em uma sociedade que pensava em termos jusnaturalistas, com uma visão material da justiça que preenchia o vazio destas *formas*.¹ A metodologia jurídica se desenvolveu, porém, com a percepção de que o direito é *forma*, mas também é *conteúdo*, é *ser* e *dever-ser*², é fato e norma: é

* Advogado. Graduado em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Mestrando em Direito Civil pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Contato: gustavopugsley@hotmail.com.

¹ Sobre Christian Wolff, cujo sistema conceitualista serviu de base à Jurisprudência dos Conceitos (cf. LARENZ, *Metodologia da Ciência do Direito*. 3.Ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997, p. 27 *et seq.*), ensina WIEACKER: “o único fundamento do valor dos princípios é constituído, aparentemente, pela ausência de contradição das expressões lógicas; mas este sistema tornar-se-ia totalmente vazio se ele não tivesse sido trabalhado íntima e inconscientemente pela ética material do jusnaturalismo anterior” (WIEACKER, Franz. *História do Direito Privado Moderno*. 4. Ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2010, p. 362).

² Ou “dever-ser que é” (*seiendes Sollen*), para usar expressão sintética de

fato jurídico, sobretudo. Cabe tratar brevemente da importância da ideia de *fato jurídico* na metodologia, bem como de sua relação com a problemática das “fontes das obrigações”.

1.1. A IDEIA DE FATO JURÍDICO E O PROBLEMA DAS “FONTES” DAS OBRIGAÇÕES.

É certo que não seria possível tratar de toda a evolução da metodologia jurídica neste curto espaço. Para a finalidade aqui perseguida, é necessário resumir em poucas linhas a evolução do método no Direito, de forma que seja possível compreender a posição central do *fato jurídico*. Pode-se sintetizar a questão da seguinte forma: seguindo-se a evolução do método a partir de Savigny, contrapôs-se *forma, norma, conceito e dever-ser (tese)*, a *conteúdo, fato, ser (antítese)*.³ A ideia de *fato jurídico* ganha um papel central, como elemento superador (síntese) destas posições: como se disse, esta figura representa um *dever ser que é, uma realidade valorada*.

A metodologia jurídica e a filosofia do direito foram se desenvolvendo paralelamente para chegar a conclusões semelhantes. Buscou-se em Kant um elemento para superá-lo:

CASTANHEIRA NEVES, *As fontes do direito e o problema da positividade jurídica*. In. Boletim da FDUC, vol. LI, Coimbra, 1975, p. 115. Cf. também a ideia em KARL ENGISCH, *A Idea de concreción en el derecho y en la Ciencia Jurídica actuales*. Trad. J. J. Gil Cremades, 2ª ed. alemã de 1968. Pamplona: Univ. de Navarra, 1968, sobretudo na p. 201, onde se lê: “Acertadamente afirma Horneffer que as leis perfeitas vinculam seus propósitos às hipóteses normativas que, como os propósitos mesmos, referem-se à realidade e, por isso, devem ser ‘concretos’”. Depois, passa a tratar das *hipóteses normativas e consequências jurídicas*. Cf. também a p. 211, sobre o dualismo metódico kantiano; e p. 415 *et seq.*, sobre a ideia de *tipo* e concretização. Sobre isso, ainda, VILANOVA, Lourival. *Causalidade e relação no direito*. 4. Ed. São Paulo: RT, 2000, p. 139 e seguintes, sobretudo a p. 144: “a norma jurídica [...] não se *realiza*, *i.e.*, não passa do nível conceitual para o domínio do real-social, sem o fato que lhe corresponde como *suporte fático* de sua *hipótese fática*” (neste escrito, fala-se em *suporte fático* também para a *hipótese*).

³ Sobre a relação “entre os conceitos ‘ser’, ‘realidade’, ‘fato’, ‘vida’”, Cf. ENGISCH, *A idea...*, *cit.*, p. 191-198, obra que trata dos inúmeros significados conferidos à expressão “concreto”.

“Foi mérito da Escola de Baden, a que se filiam Lask e Radbruch, ter percebido que, não obstante o corte feito por Kant entre *ser* e *dever ser*, havia no kantismo um elemento-chave para a compreensão do mundo histórico: o conceito de *valor*”.⁴ Foi encontrando o *valor*, portanto, entre *ser* e *dever-ser*, que foi possível superar o dualismo metódico kantiano:⁵ com a percepção de que o mundo jurídico é *o mundo das realidades valoradas*. Diversos juristas, assumindo como pressuposto o *dualismo metódico* (como Kelsen), parecem ter ficado *muito próximos à norma* ou *muito próximos aos fatos*: “tal como o positivismo empírico perdeu de vista a norma, assim também o positivismo lógico-normativo perdeu de vista a vida real”.⁶

De tudo que até aqui se disse, já se pode imaginar que o *fato jurídico*, entendido corretamente, representa justamente uma síntese entre *fato* e *norma*. Como ensina Pontes de Miranda, “o direito não é conteúdo de regras, mas vida; não é entidade metafísica, mas evolutiva e vital”.⁷ Por outro lado, não há fato jurídico sem um mínimo de conformação legislativa: “Sem regra jurídica e sem fato, ou fatos, sobre os quais ela incida, não há fatos jurídicos e, pois, efeitos jurídicos”.⁸ Parece

⁴ REALE, Miguel. *Teoria Tridimensional do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1968, p. 86; cf. também KAUFMANN, A.; HASSEMER, W. *Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas*. 2. Ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2009, p. 137 *et seq.* e p. 176 *et seq.*

⁵ Certo é que tal “superação”, “união” entre ser e dever-ser, não é nada simples: “do ser não provém o dever-ser [como percebeu Kant], do meramente factual não provém o normativo, porque as modalidades são irredutíveis, *muito embora na composição do fato objetivo da cultura, que é o direito, haja inter-relacionalidade entre os modos*” (VILANOVA, Lourival. *As estruturas lógicas e o sistema de direito positivo*. 4. Ed. São Paulo: Noeses, 2010, p. 56).

⁶ KAUFMANN, *Introdução...*, *cit.*, p. 182.

⁷ PONTES DE MIRANDA, F. C. *Tratado de Direito Privado*. 3. Ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972, tomo LIII, p. 11-12 (para evitar a repetição, será citado apenas o *tomo* e o *local*, a partir daqui).

⁸ PONTES DE MIRANDA, *op. cit.*, tomo I, § 5, 2. A norma jurídica “tem a função de *definir o fato jurídico*, atribuindo-lhe consequências no plano das relações inter-humanas; enquanto esse fato não se materializar no mundo, a norma não passará de

possível, então, chegar à *síntese* com a devida compreensão da ideia de fato jurídico, entendendo tal categoria como aspecto central “em torno do conceito de direito e do problema da eficácia jurídica”.⁹

Ensina Bernardes de Mello que sem a norma jurídica e sem a ocorrência dos fatos por ela previstos, não é possível falar em direito: “qualquer tentativa de tratar o fenômeno jurídico sem considerar, conjuntamente, esses dois elementos tenderá, fatalmente, a fracassar, por desprezar a sua própria substância”.¹⁰ Os dois conceitos fundamentais do direito seriam justamente os de *fato jurídico* e *relação jurídica*: primeiro o de “*fato jurídico*; depois, de *relação jurídica*”.¹¹ Concluindo-se, com Bernardes de Mello: “o mundo jurídico é *definido* pelas normas jurídicas, *construído* pelos fatos jurídicos e *integrado* pelas relações jurídicas. Norma jurídica, fato jurídico e relação jurídica são, portanto, conceitos essenciais da juridicidade”.¹²

Pede-se perdão pela repetição talvez excessiva de algumas ideias, frisadas até aqui à exaustão. A repetição parece necessária pela simples consideração de que tais pressupostos, apesar de não constituírem novidade, não têm sido aplicados

pura hipótese, abstração lógica” (MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico*: Plano da Existência. 13. Ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. XXV – a partir daqui será citado apenas *volume* [“existência” ou “eficácia”] e local). Sobre o tema, cf. os *Estatutos da Universidade de Coimbra* de 1.772, no Livro II, Título 3, Capítulo 8, § 5º: “O verdadeiro e legítimo meio da sólida e exata aplicação das leis às causas forenses consiste, precisamente, na boa aplicação das regras e princípios do direito aos *fatos*; depois de se terem bem explorado, e compreendido todas as circunstâncias específicas dele; depois de se haverem escrupulosamente confrontado com as circunstâncias das ditas regras e das leis, de que elas foram deduzidas, [...] e depois de se ter bem reconhecido a identidade de todas as ditas circunstâncias das leis e dos fatos por meio de um bom e exato raciocínio” (disponível em: https://bdigital.sib.uc.pt/bg1/UCBG-R-44-3_3/UCBG-R-44-3_3_master/UCBG-R-44-4/UCBG-R-44-4_item1/P134.html, consulta em 17/10/2012).

⁹ GERI; BRECCIA; BUSNELLI; NATOLI. Il sistema giuridico italiano. *Diritto Civile*: vol. 1.2. Fatti e atti giuridici, Torino: UTET, 1995, p. 441, em *tradução livre*.

¹⁰ MELLO, *Teoria...*, *cit.*, Eficácia, p. 10.

¹¹ PONTES DE MIRANDA, *Tratado...*, *cit.*, tomo I, p. XVI.

¹² MELLO, *op. cit.*, p. 81. Cf. a síntese da evolução das “fontes”, p. 27 *et seq.*

com fidelidade pela doutrina, como se verá no curso do presente escrito. Na responsabilidade civil, a doutrina continua se escorando no princípio formal do *neminem laedere* como fundamento da responsabilidade chamada, sem precisão, de “extracontratual”. Tal princípio servia adequadamente à filosofia da justiça greco-romana, mas não parece ser coerente com a moderna metodologia jurídica.

Muitos doutrinadores ainda agem como se o fato jurídico *sempre criasse relações jurídicas*, fosse apenas “fonte”, não pudesse *modifica-las ou extingui-las*. Este tipo de raciocínio demonstra a cegueira em relação à pluralidade de fatos jurídicos que podem atuar em uma *mesma* relação jurídica: a relação jurídica obrigacional, por exemplo, pode sofrer diversas modificações¹³ antes de se extinguir, o que deve ficar aparente ao longo do texto. Será necessário tratar brevemente da questão das “fontes” das obrigações, mas já fica aqui esclarecido que se entende que os *fatos jurídicos* não apenas *criam* relações jurídicas, também podendo *modifica-las ou extingui-las*.¹⁴

Como a problemática das “fontes” das Obrigações é bastante conhecida, passaremos brevemente pelos modelos mais antigos, para que seja possível analisar mais detidamente a posição que se entende correta. Dentre os romanos, costumava-se apontar a classificação de GAIO, que inicialmente indicaria uma bipartição¹⁵ – *contratos e delitos* –, para posteriormente

¹³ “Pode acontecer fato que atinja o conteúdo da dívida, como a *força maior* ou o *caso fortuito*, a *culpa*, o *dolo*, ou a *mora*. A *impossibilitação da prestação* enseja alterações” (PONTES DE MIRANDA, *Tratado...*, *cit.*, tomo XXIII, p. 61). Cf. a classificação de Pontes de Miranda em *loc. cit.* comparando com a proposta de ENNECCERUS-LEHMANN (*Derecho de Obligaciones*, 2. Ed., Barcelona: Bosch, 1954, tomo II, vol. 1), Cap. III (modificação convencional; contravenção ao direito de crédito; mora do credor e do devedor, etc.).

¹⁴ Esta visão tem importância no presente trabalho, porque os ilícitos relativos costumam modificar uma relação obrigacional previamente existente, e as ideias de ilícito relativo e ilícito absoluto serão essenciais ao desenvolvimento do tema proposto. Confira-se, por exemplo, a *nota 48, infra*.

¹⁵ GAIVS. *Institutas*. Trad. Alfredo di Pietro. La Plata: Ediciones Librería Jurídica,

acrescentar um terceiro grupo, de *outras figuras (variae causarum figurae)*, além de substituir a expressão *delictum* por *maleficium*.¹⁶ Já no *Corpus Iuris Civilis* (L. III, Tít. XIII, 2) se adotou a conhecida classificação quadripartite: *ex contractu, quasi ex contractu, ex maleficio, quasi ex maleficio*.¹⁷

Passados diversos séculos, a classificação *quadripartite* chega em POTHIER, que explica as quatro figuras. Como o *contrato* é figura conhecida, cumpre explicar as outras três categorias: *quase contrato* seria “o fato de uma pessoa permitido pela Lei, que o obriga para com outro, ou que obriga o outro para com ele, sem que intervenha convenção entre ambos”.¹⁸ A crítica posterior recaiu precisamente na imprecisão da categoria “quase contrato”, que parecia alcançar tudo o que não encontrasse tutela nas demais figuras. Como exemplos, Pothier cita a aceitação da herança e o pagamento por erro de coisa que não era devida (pagamento indevido).¹⁹

Delito, por sua vez, seria “o fato pelo qual uma pessoa por dolo ou maldade causa perda ou dano a outro”²⁰ e *quase delito*, o “fato pelo qual uma pessoa sem maldade, mas sim por imprudência que não merece desculpa, causa dano a alguém”.²¹ Já a diferença dos *delitos* e *quase delitos* para os *quase contratos*, reside “em que o fato de onde resulta o quase contrato é permitido pelas Leis: mas o fato que forma o delito, ou quase delito, é ilícito”.²² Esta distinção até hoje é utilizada por alguns doutrinadores, em que pese as diversas críticas que

1967, III, n. 88 (p. 209).

¹⁶ As modificações seriam introduzidas por GAIO na obra *Res Quotidianae*, como indicam as notas do tradutor, *ibid.*, p. 209.

¹⁷ Para a evolução específica do *ato ilícito*, cf. HATTENHAUER, Hans. *Conceptos fundamentales del Derecho Civil: Introducción Histórico-Dogmática*. Barcelona: Ariel, 1987, p. 95 *et seq.*

¹⁸ POTHIER, R. J (Mr.). *Tratado das Obrigações Pessoais e Recíprocas*. Trad. Correa Telles. Rio de Janeiro: Garnier, 1906, p. 76, n. 113.

¹⁹ *Ibid.*, p. 76-77.

²⁰ *Ibid.*, p. 78, nº 116.

²¹ *id.*, *loc. cit.*

²² *Ibid.*, p. 78, nº 117.

recebeu por sua imprecisão.

Aos poucos a doutrina foi identificando nestas fontes *dois elementos comuns*: vontade e lei.²³ Neste ponto, fica difícil fazer qualquer sistematização das posições doutrinárias: alguns falam em fatos jurídicos, mas ainda parecem crer que há obrigações que decorrem diretamente da lei, outros falam em obrigações voluntárias e legais, e assim por diante.²⁴ No estudo das fontes, Bernardes de Mello identifica algumas imprecisões, dentre elas, o “enunciado analítico das fontes” e “a inclusão da vontade e da lei dentre elas, fontes”.²⁵ Quanto à vontade e à lei, é certo que, a considerar corretos os pressupostos acima assumidos, nem *vontade*, nem *lei*, por si só, podem produzir qualquer efeito jurídico.

Também não assiste razão a Maria Helena Diniz, quando sistematiza como “fonte imediata” a *lei*, e “fonte mediata”, o *fato humano*, citando como *fatos humanos* “contrato, declaração unilateral de vontade e ato ilícito”.²⁶ Colocou *fatos*

²³ Exemplificativamente, PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil: Teoria Geral de Obrigações* (v. 2). 6. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 40-41: “dizemos, pois, haver *duas fontes* para as obrigações. A primeira é a *vontade humana*, que as cria espontaneamente [...]. A segunda é a *lei*”. Mas o autor nota que “há sempre a participação do fato humano na etiologia da *obligatio*”; SERPA LOPES se limita a indicar um “retorno à noção dual” (*Curso de Direito Civil: Obrigações em Geral*. 6.ed. Vol. II. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1995, p. 29, n. 12).

²⁴ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil: Direito das Obrigações*. 1ª Parte. 18ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1983, p. 41, reconhece que a lei é fonte primária de todas as obrigações, mas depois considera preferível “que o legislador pátrio houvesse retornado à classificação tripartida do direito romano [...] ou então à classificação das obrigações em voluntárias e legais”; MASSIMO BIANCA, C. *L'obbligazione*, *Diritto Civile*, vol. 4. Milano: Giuffrè, 1993, p. 5, fala em “fontes negociais e fontes legais”; cita PACCHIONI, mas este último fala, quanto à segunda categoria, nos casos em que “*la legge riconosce in base ad un fatto*”, ou seja, nota que não basta a lei, o que, aliás, já era percebido por CLÓVIS BEVILÁQUA (*Direito das Obrigações*. 8. Ed. Rio de Janeiro: F. Alves, 1954, p. 18). Cf. nota 33, *infra*.

²⁵ MELLO, *Teoria...*, *cit.*, Eficácia, p. 29.

²⁶ *Curso de Direito Civil Brasileiro*. 27. Ed. Vol. 3: Teoria das Obrigações Contratuais e Extracontratuais. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 24-25.

jurídicos como se fossem *fatos humanos*, considerando *fático* o que *já é jurídico*: “O mundo jurídico compõe-se de fatos jurídicos. Os fatos, que se passam no mundo jurídico, passam-se no mundo; portanto: *são*. [...] A juridicização é o processo peculiar ao direito; noutros termos: o direito adjetiva os fatos para que sejam jurídicos (= para que entrem no mundo jurídico)”.²⁷ Ou seja, não há ato *ilícito* (adjetivado) ou negócio jurídico (como o contrato) sem a incidência da norma.²⁸

A vontade é apenas um componente do suporte fático, e a lei traz apenas uma previsão, cuja realização depende da concreção do fato previsto.²⁹ Enfim, já se sustentou a ideia de que o *fato jurídico* tem este significado de *correlação fato-norma*, sendo essencial à produção de qualquer efeito jurídico. Como ensina Antunes Varela: “*Fonte* da obrigação chamam os autores ao fato jurídico de onde ela procede, à realidade *sub specie iuris* que lhe dá vida”.³⁰ No mesmo sentido, Mário Júlio de Almeida Costa: “consideram-se fontes das obrigações os fatos jurídicos que lhes podem dar origem”.³¹

Outra confusão comum é o pensar-se que nos negócios jurídicos *todos* os deveres jurídicos são criados pelas partes. É comum que alguns deveres decorrentes *de um contrato* estejam desde logo previstos na lei, afinal o contrato, como todo o fato jurídico, possui componentes *fáticos*, mas também componentes *normativos*. É de se repelir o erro comum de considerar, “nos negócios jurídicos, resultantes da vontade os efeitos e, nos atos jurídicos *stricto sensu*, da lei. No ato jurídico *stricto sensu*, a vontade é sem escolha de categoria jurídica, donde certa relação de antecedente a consequente, em vez de

²⁷ PONTES DE MIRANDA, *Tratado...*, *cit.*, tomo I, 3. Ed. 1970, p. 5-6.

²⁸ *Cf.*, por exemplo, *ibid.*, p. 36-37.

²⁹ MELLO, *op. cit.*, p. 30. Sobre a questão, visão sintética em HATTENHAUER, *cit.*, p. 63 e seguintes.

³⁰ VARELA, João de Matos Antunes. *Das Obrigações em geral*. Coimbra: Almedina, 1970, p. 161.

³¹ *Direito das Obrigações*. 7. Ed. Coimbra: Almedina, 1999, p. 171.

relação de escolha a escolhido”.³² De fato, apenas nos negócios jurídicos as partes *escolhem categorias eficaciais*, mas isso não significa que elas criem todos os direitos e deveres. Não cabe aqui, porém, entrar na complicada discussão acerca do suporte fático dos negócios jurídicos.³³

Diante do exposto, não é possível tratar a questão falando em “deveres criados pela vontade” e “deveres criados pela lei”: os deveres jurídicos são efeito de *fato jurídico*, que pode ter, ou não, a manifestação de vontade na composição do *suporte fático*;³⁴ quanto à lei, é sempre essencial, no sentido de que *não há fato jurídico sem uma mínima conformação legislativa*. Assim, se o fato jurídico é a *fonte única de eficácia jurídica*, e se a *relação jurídica obrigacional é eficácia*,³⁵ é certo que ela

³² Pontes de Miranda, *Tratado...., cit.*, tomo II, p. 447.

³³ Apenas para dar a nota distintiva: *negócio jurídico é, de um ponto de vista estrutural, a espécie de fato jurídico em que a manifestação de vontade não apenas compõe o suporte fático, mas também se dirige à escolha de categorias eficaciais*. Essencialmente, MELLO, *Teoria...., cit.*, Existência, p. 166 e seguintes, sobretudo p. 181-182; Cf. também PONTES DE MIRANDA, *op. cit.*, tomo II, p. 447 e tomo III, p. 46; LÔBO, *Contratos*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 59; STOLFI, Giuseppe. *Teoría del negocio jurídico*. Madrid: ERDP, 1959, p. 1 e seguintes, sobretudo p. 6-7; FLUME, W. *El negocio jurídico*. 4. Ed. Madrid: Fundación Cultural del notariado, 1998, p. 114.

³⁴ Para uma síntese da classificação aqui adotada, PONTES DE MIRANDA, *op. cit.*, tomo II, p. 184.

³⁵ COUTO E SILVA, Clóvis V. do. *A obrigação como processo*. São Paulo: Bushatsky, 1976, p. 76, onde se lê: “Os fatos jurídicos situam-se na dimensão da existência e os direitos e deveres na da eficácia”. Em nota, *loc. cit.*, reconhece que “A divisão precisa em planos de existência, validade e eficácia dos fatos jurídicos deve-se a Pontes de Miranda, e constitui notável conquista para a dogmática jurídica”. Adota-se, aqui, porém, alguma distinção em relação a Pontes de Miranda, que defende uma relação jurídica, *básica ou fundamental*, desde o plano da existência, discordando da tese de K. HELLWIG de redução de toda a relação jurídica ao plano da eficácia, que aqui é aceita: para Hellwig, “o fato jurídico, de si só, sem a sua posteridade eficaz, não seria relação jurídica. Relações jurídicas só existiriam na posteridade dele, na esteira dos seus efeitos” (*op. cit.*, Tomo I, p. 130). Parece correto Bernardes de Mello que, embora sem mencionar Hellwig, defende que “a simples circunstância de o suporte fático contemplar uma relação intersubjetiva em seu cerne, [...] em negócios jurídicos bilaterais, por exemplo, não parece dado suficiente para que se possa considerar estabelecida a relação jurídica” (*Teoria...., cit.*, Eficácia, p. 190, nota 376). Considera o autor que há *desde logo*,

só pode ser criada (ou sofrer modificação, ou extinção) com a ocorrência de algum fato jurídico.³⁶ Ainda que não seja adequado um *estudo analítico das fontes*, como indicou Bernardes de Mello, parece útil indicar as “fontes” mais comuns: os contratos, os fatos jurídicos indenizativos (nem sempre ilícitos) e os atos jurídicos unilaterais.³⁷

1.2. CINCO EXEMPLOS COMUNS DE RESPONSABILIDADE CIVIL.

Pode-se exemplificar com cinco casos típicos de responsabilidade civil (envolvendo, nesta expressão, não apenas casos da chamada “responsabilidade extracontratual”): um caso de lesão corporal, em que um sujeito golpeia o outro; um caso de injúria, em que um sujeito ofende a honra do outro; a hipótese em que um sujeito joga uma pedra na vidraça da casa do outro; um acidente de trânsito; por fim, um caso de atraso no cumprimento de uma obrigação (mora). Como o Direito apreende tais casos?

Do artigo 2º do Código Civil brasileiro de 2002, extrai-se

relação jurídica fundamental (vinculação), mas no plano da eficácia (p. 190-191), o que resolve o principal problema indicado por Pontes de Miranda, do cabimento de ação declaratória (CPC/73 brasileiro, art. 4º, I). Ainda, na lição de KARL ENGISCH: “Que devemos entender por ‘efeitos jurídicos’? Já tomamos conhecimento de alguns de entre eles: o direito de usar um certo nome, o direito e a obrigação de exercer o poder paternal, o direito a alimentos e o direito de sucessão. Em qualquer caso, *direitos e deveres*” (*Introdução ao pensamento jurídico*. 10. Ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2008, p. 29-30); por fim, VON TUHR, *Derecho Civil: Teoría General del Derecho Civil Alemán*. Buenos Aires: Depalma, 1947, vol. II, 1, p. 3.

³⁶ LÔBO, Paulo. *Obrigações*. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 41, onde se lê que “todas as obrigações são efeitos de fatos jurídicos”. MELLO, *Teoria...*, *cit.*, Eficácia, p. 27, traz o § 5º: “fato jurídico: fonte única de eficácia jurídica”.

³⁷ Tal tripartição é indicada nas aulas do professor Rodrigo Xavier Leonardo, junto à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná (UFPR). Cf. ideia semelhante em LÔBO, *op. cit.*, p. 47-49; MELLO, *op. cit.*, p. 29. Cf. também COUTO E SILVA, *A obrigação...*, *cit.*, p. 82.

a norma³⁸ que qualifica *o fato do nascimento com vida* como apto a *produzir o efeito da aquisição de personalidade*. Ligada ao *suporte fático* do nascimento com vida, aparece a *prescrição normativa (preceito)* de aquisição de personalidade, que implica a aquisição dos *direitos de personalidade*. Pode-se dizer, assim, que o *fato jurídico* do nascimento com vida (fato jurídico *stricto sensu*³⁹) leva à aquisição dos direitos de personalidade (efeitos jurídicos⁴⁰), que é o mesmo que dizer que este fato jurídico *cria uma relação jurídica* entre o sujeito que possui direitos de personalidade e o sujeito passivo universal ou total.

Partindo desses pressupostos, pode-se passar a dois dos exemplos mencionados: o da agressão física e o da ofensa à honra. Nos dois casos, viola-se *direito de personalidade*, respectivamente, o direito à integridade física e o direito à honra, ambos direitos absolutos. Ou seja, comete-se ilícito absoluto. O “ilícito absoluto” pode ser classificado, dentre os fatos jurídicos⁴¹, como ato (jurídico) ilícito *stricto sensu* ou delito.⁴² Trata-se de típico caso de responsabilidade civil: este *fato jurídico* que é o delito *cria uma relação jurídica obrigacional*, é “fonte” de obrigações, de uma obrigação de indenizar.

Deste simples exemplo já se pode extrair que havia *relação jurídica prévia* entre as partes, ainda que com sujeito passivo universal. Equivocada, portanto, a doutrina que ainda

³⁸ Cf. tópico 3.1, *infra*.

³⁹ PONTES DE MIRANDA, *Tratado...*, *cit.*, tomo II, p. 188: “o nascimento com vida é fato jurídico *stricto sensu*. Dele irradia-se a capacidade de direito e provêm todos os direitos que se prendem à pessoa”.

⁴⁰ Conforme nota 35, *supra*.

⁴¹ Hoje inúmeros doutrinadores reconhecem a *juridicidade* dos atos ilícitos, o que COELHO DA ROCHA já percebia em sua obra de 1.848 (*Instituições de Direito Civil Portuguez*. 7. Ed. Rio de Janeiro: H. Garnier, 1907, tomo I, p. 63-64). Pode-se citar também OERTMANN, Paul. *Introducción al derecho civil*. Barcelona: Labor, 1933, p. 324.

⁴² Cf. nota 73, *infra*.

repete que não há relação jurídica prévia nos casos de responsabilidade extracontratual.⁴³ Ou seja, o direito violado também se inseria em relação jurídica, mas com sujeito passivo total, pois é direito absoluto.⁴⁴ O que ainda não existia, até o momento da violação, era uma relação jurídica *obrigacional*. Então, eventual “violação a direito absoluto faz nascer direito relativo a prestação determinada, caindo sob a incidência do direito das obrigações”.⁴⁵ De qualquer forma, como pondera Pontes de Miranda, deve-se abstrair da existência de tal relação jurídica, porque “a lesão é a direito a que todos devem atender, por serem sujeitos passivos inclusos no sujeito total”.⁴⁶

Não é diferente o que ocorre quando se atira uma pedra na vidraça alheia. Adquiriu-se propriedade por algum fato jurídico, como a *usucapião*; a propriedade também é direito absoluto, de forma que se pode dizer que o fato jurídico da *usucapião* criou uma relação jurídica ou que levou à aquisição do direito de propriedade (no primeiro caso, faz-se alusão aos dois polos da relação). Assim, viola-se direito absoluto quando se quebra a vidraça, criando-se uma relação jurídica obrigacional (outro caso típico de responsabilidade “extracontratual” ou delitual). O mesmo vale para o acidente de trânsito, em que se viola direito de propriedade (sobre o veículo),⁴⁷ ou mesmo direito de personalidade.

⁴³ CAVALIERI FILHO afirma “na responsabilidade extracontratual inexistente qualquer liame jurídico anterior entre o agente causador do dano e a vítima” (*Programa de Responsabilidade Civil*. 10. Ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 307); MARTINS-COSTA entende que “a responsabilidade extracontratual resulta da violação do dever geral de a ninguém lesar (*neminem laedere*)”, posição criticada no presente trabalho.

⁴⁴ DE CUPIS fala na violação de uma “obrigação genérica” [*obbligo generico*] (em *Il Danno: teoria generale della responsabilità civile*. 2. Ed. Milano: Giuffrè, 1966, vol. 1, p. 82); exata a lição de VARELA, *Das Obrigações...*, *cit.*, p. 351-352.

⁴⁵ LÓBO, *Obrigações...*, *cit.*, p. 25-26.

⁴⁶ *Tratado...*, *cit.*, tomo II, p. 214.

⁴⁷ Nas palavras de ORLANDO GOMES: “se o condutor de um veículo danifica outro por imperícia, comete *ato ilícito* consistente na lesão causada no direito de propriedade da vítima, ficando obrigado a reparar o prejuízo que causou. Os *direitos*

Por fim, destes casos difere o último exemplo proposto, de um atraso no cumprimento da obrigação. A mora é ilícito relativo que, segundo a melhor doutrina, *modifica* a relação jurídica obrigacional que já existia, o que já era percebido por Savigny.⁴⁸ Há doutrinadores que sustentam que a violação de um *dever* inserido na relação jurídica obrigacional, que leva ao inadimplemento, faz com que se constitua outra relação obrigacional.⁴⁹ Não parece haver motivo para se considerar que nasce “outra relação”. Sobre a mora, por exemplo, ensina Martins-Costa que:

A mora altera a relação jurídica obrigacional, motivo pelo qual, opina Pontes de Miranda, a matéria deve ser tratada na parte do Direito das Obrigações ‘em que se analisam as alterações das relações jurídicas obrigacionais’. ‘Alterações’, note-se bem, e não ainda ‘extinção’, porque a mora, por si só, não extingue a relação. Ela poderá conduzir ao efeito de extinção, se a prestação, em razão da mora, se tornar inútil ao credor (art. 395, parágrafo único). Neste caso, a mora se transforma em inadimplemento definitivo, o que levou Araken de Assis a sinalizar o ‘caráter transformista’ da

reais limitados também podem ser agredidos pela conduta culposa de outrem” (*Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 63). Também DE CUPIS, *op. cit.*, p. 82-83, sobre o caso de um furto em uma residência: “é simplesmente objeto da obrigação correspondente ao direito absoluto de propriedade: obrigação cuja inobservância é produtora de dano extracontratual” (ver nota 44, *supra*).

⁴⁸ SAVIGNY falava nas “ações decorrentes dos contratos”: “estas últimas entram nesta categoria, tanto quando se voltam à obtenção do denegado adimplemento do contrato, como quando se dirigem à obtenção de uma indenização por uma modificação operada no conteúdo do contrato mesmo mediante dolo, culpa ou mora” (*Le Obligazioni*. Trad. Pacchioni. Torino: UTET, 1915, Vol. II, p. 270, *trad. livre*). A doutrina mais recente será referida adiante.

⁴⁹ AGUIAR DIAS afirma que “se o contrato é fonte de obrigações, a sua inexecução também o é. [...] O que se estabelece é uma obrigação nova, que se substitui à obrigação preexistente no todo ou em parte” (*Da Responsabilidade Civil*. 2. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1950, vol. I, p. 146). Também CAVALIERI FILHO, *Programa...*, *cit.*, p. 310.

mora.⁵⁰

Antunes Varela também parece correto quanto à questão, afirmando: “na responsabilidade contratual há simples modificação da prestação devida, que não prejudica, segundo a melhor doutrina, nem a *continuidade*, nem a *identidade* da relação obrigacional”.⁵¹ Ensina Pontes de Miranda que “o ilícito relativo não é criador de outro dever, nem de outro crédito. Aí, a grande diferença em relação ao ilícito absoluto”.⁵² Em Enneccerus-Lehmann, aparecem arrolados entre os casos de *modificação da relação obrigacional* os de “contravenção ao direito de crédito”, que englobam mora, impossibilidade e violação positiva do crédito.⁵³

Enfim, destes casos, pode-se tirar essencialmente duas conclusões: primeiramente, a de que tanto nos ilícitos absolutos quanto nos relativos há relação jurídica prévia, com a diferença de que no ilícito absoluto a relação jurídica tem sujeito passivo universal ou total, enquanto no relativo já havia relação jurídica com determinação do titular do polo passivo. Em segundo lugar, pode-se extrair que, em geral, os ilícitos absolutos *criam uma relação jurídica obrigacional* (são “fontes”), enquanto os ilícitos relativos *costumam modificar* uma relação jurídica obrigacional preexistente.⁵⁴ Também já se pode verificar a

⁵⁰ MARTINS-COSTA, *Comentários...*, cit., vol. 5, t. II, 2003, p. 225-226. No mesmo sentido, GALVÃO TELLES, Inocência. *Manual de Direito das Obrigações*. 2. Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1965, tomo I, p. 51 e CHIRONI, G. P. *Istituzioni di Diritto Civile Italiano*. 2. Ed. Torino: Fratelli Bocca, 1912, vol. II, §279, p. 54 e seguintes.

⁵¹ VARELA, *Das obrigações...*, cit., vol. I, p. 520 (em nota). Ainda mais quando se analisa a relação obrigacional *como um processo*, marcado por uma *finalidade*, pois este norte teleológico reforça a *identidade da relação jurídica*, permitindo maiores modificações (cf. MENEZES CORDEIRO, *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Livraria Almedina, 1997, p. 590; LEITÃO, L. M. T. de Menezes. *Direito das Obrigações*. 5. Ed. Coimbra: Almedina, vol. I, p. 87; ainda, ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de. *Direito das Obrigações*. 7. Ed. Coimbra: Almedina, 1999, p. 63).

⁵² PONTES DE MIRANDA, *Tratado...*, cit., tomo XXVI, p. 12.

⁵³ Vide nota 13, *supra*.

⁵⁴ Há também o “ilícito caducificante”, como defendem Pontes de Miranda e Marcos Bernardes de Mello (cf. *Teoria...*, cit., Existência, p. 251), como no art. 1.638 do

íntima relação entre ilícito relativo e responsabilidade *contratual*, e entre ilícito absoluto (delito) e responsabilidade *extracontratual*, o que será desenvolvido no tópico 2.2, *infra*.

1.3. *SUUM CUIQUE E NEMINEM LAEDERE*: POR UMA VISÃO CONCRETA DA RESPONSABILIDADE CIVIL.

Diversos doutrinadores aludem, ainda hoje, ao *neminem laedere* como fundamento da responsabilidade chamada “extracontratual” ou “delitual”.⁵⁵ A vedação aos delitos viria de um princípio geral de “a ninguém lesar” ou, como prefere Bernardes de Mello, de um “princípio geral da incolumidade das esferas jurídicas”.⁵⁶ Diversos doutrinadores falam, enfim, ainda hoje, na responsabilidade “extracontratual” como decorrente da “violação direta da lei”, e alguns chegam a falar até em “inadimplemento normativo”.⁵⁷

Não parece possível conciliar este tipo de visão com os pressupostos assumidos acima. Acredita-se ter sido possível demonstrar que *nenhum dever vem exclusivamente da lei*: é necessário também algum fato, pois é com a correlação entre fato e norma que se forma o *fato jurídico*,⁵⁸ e apenas esta figura pode produzir efeitos jurídicos (direitos e deveres). No tópico antecedente, buscou-se demonstrar justamente que essa lógica não se altera nos casos típicos de responsabilidade *contratual* ou *extracontratual*: também há, neles, criação, modificação e

CCB de 2002. A extinção de um direito pode ser *modificação ou extinção* da relação jurídica (que pode ser simples ou complexa).

⁵⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil*. 8. Ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 28; MARTINS-COSTA, *loc. cit.* na nota 43, *supra*, entre outros.

⁵⁶ MELLO, *op. cit.*, Eficácia, p. 77.

⁵⁷ AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria Geral das Obrigações*. 10. Ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 277.

⁵⁸ PONTES DE MIRANDA, *Tratado...*, *cit.*, tomo I, p. 4, em que se lê: “Os elementos do suporte fático são pressupostos do fato jurídico; o fato jurídico é o que entra, do suporte fático, no mundo jurídico, mediante a incidência da regra jurídica sobre o suporte. *Só de fatos jurídicos provém eficácia jurídica*”.

extinção de relações jurídicas por fatos jurídicos, lícitos ou ilícitos.

Acredita-se ter sido possível demonstrar, nos exemplos trabalhados no tópico antecedente, que os *direitos violados* (é possível também falar em *deveres violados*, bastando-se a alusão aos deveres que se contrapõem a tais direitos) decorrem de algum *fato jurídico*: o fato jurídico que leva à aquisição da propriedade, o fato jurídico do nascimento com vida, que leva à aquisição dos direitos de personalidade, e estes dois casos já alcançam praticamente todas as hipóteses de responsabilidade extracontratual.⁵⁹ Tais direitos não vêm “diretamente da lei”, mas de algum fato jurídico.

Daí a importante lição de PONTES DE MIRANDA de que a ideia de “a ninguém lesar”, o *neminem laedere*, é princípio formal, “depende da determinação concreta do que é *meu* e do que é *teu*”.⁶⁰ O que faz a determinação concreta do *meu* e do *seu* ou, em outras palavras, o que faz a distribuição *do que é de cada um (suum cuique tribuere)*, concretamente, são precisamente os fatos jurídicos.⁶¹ A partir dessa *concreção* efetuada pelos fatos jurídicos, não há mais porque aludir à norma ou à lei: alude-se àquilo que é, concretamente, de cada um.

Assim, quem joga uma pedra na janela da *minha casa*, não fere um abstrato e genérico “dever de a ninguém lesar”, ou

⁵⁹ Compare-se, por exemplo, com o rol do § 853 do BGB; Cf. também Orlando Gomes, *Responsabilidade...*, *cit.*, p. 62: “a principal categoria dos direitos que podem ser violados por *ato ilícito* é constituída pelos *direitos absolutos*, que compreendem os da *personalidade* e os *direitos reais*, notadamente o de *propriedade*”.

⁶⁰ PONTES DE MIRANDA, *Tratado...*, *cit.*, tomo LIII, p. 14-15, em que ainda se lê: “O *neminem laedere* é, pois, um destes princípios que sintetizam a realidade formal do direito; como ao *ius suum cuique tribuere* e aos outros, falta-lhe o conteúdo positivo. Em todo o caso, eles o pressupõe e em qualquer estágio da vida social serão inteligíveis, posto que, como as fórmulas algébricas, só nos deem o que pusemos dentro deles. Se nada pusermos, nada teremos, porque as abstrações servem a tudo”.

⁶¹ Pelo menos, a distribuição do que é de cada um *do ponto de vista do Direito*.

então um “dever legal”: *ferre o que é meu, a minha propriedade* (ao meu direito de propriedade, contrapõe-se um dever de abstenção⁶²). A violação é a direito de propriedade que pertence, concretamente, a alguém (há ilícito absoluto, pois a violação é a direito absoluto, que se opõe *erga omnes*, contra sujeito passivo universal).⁶³ Havia relação jurídica *real*, entre o proprietário e o sujeito passivo universal. O *delito*, ato ilícito absoluto, *cria* relação jurídica obrigacional, sendo, nesse sentido, “fonte” de obrigações.

O mesmo vale para os exemplos citados em que se fere o direito à integridade física ou, no caso da injúria, o direito à honra: nestes casos, mais do que *ferir o que é meu* (*meu* corpo, *minha* honra), fere-se o que *sou eu*, já que os direitos de personalidade dizem respeito mais ao *ser* do que ao *ter*, são existenciais. Pode-se ver assim que o estudo dos casos da responsabilidade dita “extracontratual” acaba conduzindo o pesquisador aos direitos absolutos. Como nota C. MASSIMO BIANCA, citando o alemão Fraenkel, “as normas sobre a responsabilidade extracontratual são normas em branco, que remetem aos vários suportes fáticos de direitos absolutos”.⁶⁴

Em conclusão, quanto à defesa de uma visão *concreta* da Responsabilidade Civil, mais coerente com a moderna metodologia jurídica, cabe fazer um contraponto. Deve-se observar o direito sob uma perspectiva concreta, mas não se pode deixar de lado o fato de que, quanto aos direitos absolutos, *todos* se inserem no polo passivo. Assim, falar-se em “*neminem laedere*” não deixa de servir como uma *síntese dos diversos deveres que todos têm perante todos*. Como diz

⁶² Aliás, o proprietário também tem, desde logo, *pretensão*, como ensina Pontes de Miranda, que parece correto, embora contra doutrina majoritária (*Tratado...*, *cit.*, tomo V, §616, 3, p. 455-456: a *pretensão real* “é contínua e negativa, de modo que não infringi-la é i-la satisfazendo continuamente”). Para a posição contrária, *cf.* VON TUHR, *Derecho Civil...*, *cit.*, vol. 1, I, p. 303, *nota 10*.

⁶³ *Cf.* nota 47, *supra*.

⁶⁴ MASSIMO BIANCA, *Responsabilità...*, *cit.*, p. 544.

Massimo Bianca: trata-se de “norma em branco, uma mera ‘síntese verbal’ dos deveres que se entrecruzam na vida social”.⁶⁵ A partir da concreção dos *atos jurídicos*, porém, o que se fere não é mais “dever abstrato e genérico”, mas aquilo que, concretamente, é de cada um, *direitos e deveres, efeitos jurídicos*.

2 RESPONSABILIDADE CONTRATUAL E EXTRA CONTRATUAL

Explicados, ainda que de forma breve, os pressupostos teóricos assumidos no presente escrito, pode-se passar a um segundo passo, referente à distinção entre responsabilidade contratual e extracontratual. Tal distinção tem sido muito questionada na doutrina, mas de um modo geral continua aceita como *útil*, ainda que não com o caráter absoluto com que já foi admitida em outros tempos.⁶⁶ Se o presente trabalho busca abordar a natureza contratual da responsabilidade chamada “pré-contratual”, será necessário tratar do binômio *contratual-extracontratual*, para depois, analisar especificamente o caso da responsabilidade chamada de “pré-contratual”, investigando sua natureza.

2.1. PROBLEMA DE NOMENCLATURA E PROBLEMA MAIOR QUE ELE ESCONDE.

Parece contraditória, logo de início, a afirmação de que a responsabilidade “pré-contratual” tem natureza “contratual”. Mas não se pode olvidar que *hoje, ninguém parece defender que a expressão “responsabilidade contratual” é precisa, ou*

⁶⁵ *Idem, loc. cit.*

⁶⁶ Para uma visão crítica, e voltada ao direito brasileiro, cf. LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Responsabilidade civil contratual e extracontratual*: primeiras anotações em face do novo Código Civil brasileiro. In. Revista de Direito Privado, n. 19, Ano 5, jul.-set., 2004, p. 260-269.

seja, ninguém parece sustentar que em todos os casos da responsabilidade contratual há um contrato.⁶⁷ Assim, o que se buscará no presente tópico é identificar o que qualifica tal “modalidade” de responsabilidade. Se não é o *contrato*, como o nome indica, qual fator qualifica esta “espécie de responsabilidade”?

Pode-se iniciar tal investigação com outras nomenclaturas fornecidas pela doutrina. Muitos defendem que o correto seria falar-se em “responsabilidade negocial”, pois estes casos podem dizer respeito a relações jurídicas que se formam por *outros negócios jurídicos* além do contrato. Outros, ainda, falam em “responsabilidade obrigacional”, pois o que importa é que a violação seja de *direito inserido em relação jurídica obrigacional*, sem importar a fonte de tal relação (se foi contrato, negócio jurídico unilateral, ou mesmo ato ilícito). Assim, poder-se-ia falar em “responsabilidade negocial e extranegocial” ou “obrigacional e extraobrigacional”.

Em geral, porém, ainda que a doutrina critique a denominação clássica que se refere aos *contratos*, é comum a sua utilização por sua notoriedade, pela sua tradição. No presente trabalho, falou-se inúmeras vezes em “responsabilidade contratual e extracontratual”, mas sempre tendo em conta que o critério distintivo *não é o fato de haver ou não um contrato*. Caso assim se pensasse, não faria o menor sentido defender a “natureza contratual da responsabilidade pré-contratual”, pois contrato ainda não há nas negociações preliminares. Assim, pergunta-se novamente: o que é que caracteriza a responsabilidade contratual?

O lusitano Mário Júlio de Almeida Costa e, no Brasil, a professora Judith Martins-Costa⁶⁸, parecem adotar critério

⁶⁷ LÔBO, *Contratos...*, cit., p. 26; MARTINS-COSTA, *Comentários...*, cit., p. 98-99; além de VARELA (*Das Obrigações...*, cit., p. 351, nota 356), ALMEIDA COSTA, MENGONI, e muitos outros.

⁶⁸ MARTINS-COSTA, *op. cit.*, p. 97 e seguintes.

simplesmente “convencional”: tudo aquilo que não for estritamente “negocial”, é “extranegocial”. Quanto à posição da professora Martins-Costa: “atua a responsabilidade extracontratual como uma concha hospedeira de todos os casos de responsabilidade que não são reconduzidos à responsabilidade negocial, ou contratual. Assim, engloba a responsabilidade pré-negocial e a responsabilidade pós-negocial”.⁶⁹

Mas será que não há qualquer “razão de ser” da distinção entre estas formas de responsabilidade? Há uma série de diferenças práticas, de regime, como estes dois doutrinadores citados reconhecem. Mas é possível uma simples *convenção* quanto à nomenclatura, como se a questão fosse apenas de denominação, ou há uma diferença material entre ambas? Acredita-se que há uma distinção substancial importante, que só pode ser entendida com a alusão aos *direitos absolutos e relativos*, que é o que se pretende demonstrar no tópico seguinte.

2.2. ILÍCITO ABSOLUTO E RELATIVO. RESPONSABILIDADE SEM ILICITUDE.

Parece que a diferença essencial dos casos de responsabilidade “contratual e extracontratual” é a presença ou ausência de uma *relação jurídica entre pessoas previamente determinadas* (talvez com maior precisão, de uma relação que tem a titularidade dos polos subjetivos previamente determinada). Aludiu-se à denominação “responsabilidade *obrigacional e extraobrigacional*”, e a relação jurídica obrigacional, de fato, se caracteriza pela determinação dos sujeitos titulares de direitos e deveres, sendo tais direitos chamados *direitos de crédito*. Mas parece que há outro conceito ainda mais preciso, referente à *determinação dos*

⁶⁹ *Ibid.*, p. 100.

sujeitos: o conceito de *direitos relativos*.

Os direitos de crédito são direitos relativos de caráter patrimonial,⁷⁰ mas parece que o que realmente importa é a *relatividade*, quanto à distinção entre os casos de “responsabilidade contratual e extracontratual”. Ou seja, adianta-se a tese de que é o fato de haver (ou não) uma relação entre duas pessoas determinadas que distingue o regime aplicável. Assim, inegável a ligação entre os chamados *ilícitos absolutos e relativos* e estes dois casos de responsabilidade civil: nas hipóteses típicas de responsabilidade contratual, há ilícito relativo (já se mencionou que a *mora*, por exemplo, é ilícito relativo⁷¹), sendo comum, inclusive, falar-se em “violação a direitos de crédito”,⁷² quanto à responsabilidade extracontratual, por outro lado, já se mostrou a relação com a violação de direitos absolutos, e a denominação *responsabilidade delitual* deixa a conexão ainda mais óbvia – delito é o ato ilícito absoluto (ou ato ilícito *stricto sensu*).⁷³

Exemplificativamente, pode-se citar Antunes Varela, cuja lição parece precisa quanto à questão, entendendo que, no campo da chamada Responsabilidade Civil, insere-se tanto a “responsabilidade proveniente da falta de cumprimento das obrigações [...] (*responsabilidade contratual*), como a resultante da *violação de direitos absolutos* ou da *prática de certos atos que, embora lícitos, causam prejuízo a outrem (responsabilidade extracontratual)*”.⁷⁴ No Brasil, entende

⁷⁰ MASSIMO BIANCA, C. *Diritto...*, vol. 4, *L'obbligazione*, cit., p. 29, em que se lê: “*caratteri essenziali del diritto di credito sono la relatività e la patrimonialità*”.

⁷¹ Na nota 50, *supra*.

⁷² ENNECCERUS-LEHMANN, *Derecho de...*, cit., p. 226; MARTINS-COSTA, *Comentários...*, cit., p. 98.

⁷³ MELLO, *Teoria...*, cit., Existência, p. 236-237; LÔBO, *Parte Geral*. 3. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 305; LEHMANN, Heinrich. *Parte General (Tratado de Derecho Civil)*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1956, p. 489, que, como Von Tuhr, só considera *ato ilícito*, em sentido próprio, o delito, colocando-o, porém, ao lado da *violação de crédito* (assim também procede Orlando Gomes).

⁷⁴ VARELA, *Das Obrigações...*, cit., p. 351-352. O caso dos atos lícitos será abordado a seguir.

Sérgio Cavaleri Filho:

É com base nessa dicotomia que a doutrina divide a responsabilidade civil em contratual e extracontratual, isto é, de acordo com a qualidade da violação. Se preexiste um vínculo obrigacional, e o dever de indenizar é consequência do inadimplemento, temos a responsabilidade contratual, também chamada de ilícito contratual ou relativo; se esse dever surge em virtude de lesão a direito subjetivo, sem que entre o ofensor e a vítima preexista qualquer relação jurídica que o possibilite, temos a responsabilidade extracontratual, também chamada de ilícito aquiliano ou absoluto.⁷⁵

Por outro lado, se é inegável a íntima relação que há entre os casos de responsabilidade contratual e extracontratual e os ilícitos relativos e absolutos, questiona-se: como ficam os casos de responsabilidade sem ilicitude? Para responder adequadamente à questão, seria necessário discorrer sobre os *atos jurídicos ilícitos*, outro tema extremamente complexo e controvertido. A questão será abordada apenas de forma breve. A explicação ficará resumida ao seguinte: mesmo nos casos em que há responsabilidade *sem ilicitude*, é possível encontrar a contrariedade a um direito absoluto ou relativo.

O que é, afinal, ilicitude? Pode-se começar com as lições de ANTUNES VARELA, que inicia a questão pelo artigo 2.361 do Código Civil português de 1.867. O dispositivo “identificava a ilicitude com a violação do direito (subjetivo)

⁷⁵ CAVALIERI FILHO, *Programa...*, cit., 2012, p. 16. Também PAULO LÔBO: “a pretensão às perdas e danos deriva da violação do direito relativo (negócio jurídico) ou do direito absoluto (oponível a todos) de incolumidade da pessoa e dos bens do credor” (*Obrigações*, cit., p. 245); MARTINS-COSTA ensina que a doutrina distingue ilícito absoluto e relativo “em obediência à tradicional distinção entre a responsabilidade contratual e extracontratual: assim se estabeleceu a distinção entre o ilícito contratual, ou relativo, e o ilícito extracontratual, absoluto, sintetizado na expressão *neminem laedere*” (*Comentários...*, cit., p. 125-126).

de outrem”.⁷⁶ Falava-se em “todo aquele *que viola ou ofende os direitos de outrem*”. O direito brasileiro adotou fórmula semelhante, tanto na codificação de 1916 (art. 159) quanto no Código Civil vigente (art. 186). Ensina Varela que pelas dificuldades em se identificar um direito subjetivo violado⁷⁷, em certos casos, passou-se a utilizar a expressão mais ampla “dano injusto” (sobretudo por influência do art. 2043 do CC italiano).

O lusitano critica, porém, a excessiva imprecisão da expressão dano injusto.⁷⁸ E considera: “Mas o seu principal defeito, como justamente observa PETROCELLI, está em ela colocar o acento tônico da *ilicitude* sobre o *dano* (o *efeito* da conduta) e não sobre o *fato* (a conduta, em si mesma considerada)”.⁷⁹ Parece, porém, que a visão de Antunes Varela não pode ser seguida. Em primeiro lugar, porque o afastamento da *ilicitude* em relação ao *dano* acaba levando à aproximação entre *ilicitude* e *culpa*, como se verá (basta que se pense nos diversos estudos sobre a responsabilidade objetiva: costuma-se dizer que *não há ilicitude*, quando na verdade *só não há culpa*).

Em segundo lugar, a *ilicitude* parece ser inevitavelmente ligada ao dano – afinal, muitas vezes o *dano* pode ser *representado* justamente pela *violação do direito* (como nos exemplos antes referidos: quando se desfere um golpe em

⁷⁶ VARELA, *op. cit.*, p. 359. VON TUHR aponta como adeptos da tese de que *ilicitude é sempre violação a direito subjetivo* BINDING, ELTZBACHER e GIERKE (*Derecho civil...*, *cit.*, III, 2, p. 141).

⁷⁷ Em grande medida, ANTUNES VARELA faz restrição indevida da expressão “violar direito”, restringindo aos direitos subjetivos, bem como afirmando que *a expressão não abarca todos os interesses passíveis de violação*: a expressão utilizada foi “direitos”, e há direitos não subjetivados, como os direitos transindividuais (MELLO, *Teoria...*, *cit.*, Existência, p. 224-225). Quanto a tais direitos, o legislador brasileiro também demonstrou dúvida ao utilizar a expressão “interesses” (Código de Defesa do Consumidor, art. 81, I, II e III; também a Lei 7.347/85, que trata da Ação Civil Pública, art. 1º, IV). A violação deve ser a *direito com “d” minúsculo*, portanto, não necessariamente subjetivo.

⁷⁸ VARELA, *Das Obrigações...*, *cit.*, p. 361.

⁷⁹ *Idem, loc. cit.*

alguém, o dano *vem diretamente da violação do direito de integridade física*, é efeito direto dela; o mesmo vale para os demais exemplos, estando o dano *muito próximo* da ilicitude). Mas a ilicitude ainda é uma avaliação *da conduta*, e não do efeito danoso (se ela viola direito ou, o que é o mesmo, seu dever correspondente, é ilícita⁸⁰).

Acredita-se que na maior parte dos casos de responsabilidade objetiva há ilicitude (o que não se investiga é a culpa), e o mesmo vale para os casos de responsabilidade *por fato da coisa e por fato do animal*. Começando por um exemplo, pode-se citar o caso da *responsabilidade por fato da coisa*, com Cavalieri Filho. Em sua obra sobre Responsabilidade Civil, uma das mais citadas na jurisprudência brasileira sobre o tema, o autor defende que nos casos de responsabilidade por fato da coisa *há ilicitude*,⁸¹ com o que se há de concordar; acredita-se, porém, que os fundamentos estão equivocados.

Pense-se no exemplo de um vaso, colocado sobre a janela, que cai na cabeça de um transeunte. Seguindo o modelo de explicação usado nos exemplos acima (*pontos 1.2 e 1.3, supra*), parece claro que *há violação ao direito de integridade física* (=ilícito absoluto, caso de responsabilidade extracontratual). Sérgio Cavalieri Filho, porém, sustenta que há ilicitude devido à violação de um “*dever de segurança* que a lei estabelece, implícita ou explicitamente, para quem cria risco para outrem”.⁸² Ora, se os direitos e os deveres jurídicos são *efeitos*, ou seja, são eficácia de algum fato jurídico, cabe perguntar: de qual fato jurídico vem tal *dever de cuidado*?

Não é possível pensar em qualquer fato jurídico de que decorra tal “dever”: porque tal dever jurídico não existe. Agir

⁸⁰ Se a conduta que viola direito *causa o dano*, ela é obviamente *prius*, sendo o dano *posterius*. Isso tudo deve ficar mais claro com a análise de casos de *dano sem ilicitude*.

⁸¹ CAVALIERI FILHO, *Programa...., cit.*, 10ª Ed., 2012, p. 150 e p. 155.

⁸² *Ibid.*, p. 155.

sem esse dever de cuidado é... agir de forma imprudente, ou seja, agir com culpa! Aí a aproximação, antes mencionada, entre ilicitude e culpa, que acaba ocorrendo nas tentativas de distanciar a ilicitude do dano. É justamente por se pensar no *dever* de uma pessoa que a doutrina costuma confundir culpa e ilicitude: parece útil pensar primeiramente no *direito violado* para identificar a *ilicitude* (sem se negar que há um dever a ele contraposto, o que se retomará a seguir). Por sinal, as codificações brasileiras sempre definiram a ilicitude como *violação de direito* (art. 186 do CC/02 e art. 159 do CC/16).

Ainda quanto ao exemplo mencionado, qual é, então, o dever violado, qual o *dever jurídico* que se contrapõe ao direito de integridade física? Um dever de abstenção: aos direitos de personalidade corresponde um dever do *polo passivo universal* de se abster de qualquer violação, e o mesmo vale para o direito de propriedade. Para concluir, portanto, quanto ao exemplo mencionado: pode-se dizer que quando o vaso cai na cabeça de um sujeito, viola-se seu direito à integridade física ou – o que é o mesmo – o dever de abstenção que corresponde a este direito de personalidade. Não há “*dever jurídico de agir com segurança*”: agir com desatenção a tal “dever” é agir *culposamente* (com imprudência, negligência ou imperícia).

É por tudo isso que se defende a reaproximação entre ilicitude e dano, como ocorria antigamente, mais que entre ilicitude e culpa: o dano decorre da violação do direito, imediatamente, não da culpa, que sequer é investigada nos casos de responsabilidade objetiva.⁸³ Mas não há aqui espaço

⁸³ Aliás, como notou PONTES DE MIRANDA, quanto ao exemplo do vaso, é o *fato* da queda do vaso que viola direito; o *ato humano* de colocar um vaso na janela é lícito. Daí que ele ensina que “a noção de responsabilidade chegou nos tempos de hoje, onde a civilização atingiu os seus pontos mais altos, a reputar o homem responsável pelo fato, se esse é contrário a direito. Existem, pois, fatos ilícitos e atos-fatos ilícitos” (*Tratado..., cit.*, tomo II, p. 193; também LÔBO, *Parte Geral..., cit.*, p. 304). Haveria casos de *fato stricto sensu ilícito* (como os de responsabilidade por *caso fortuito ou força maior*), mas de um modo geral o Direito não chegaria a se desvincular totalmente de uma conduta humana: o que Pontes de Miranda chama de

para avançar no complicado estudo dos fatos ilícitos. Passa-se apenas à síntese da visão que será aqui adotada, sustentada sobretudo por PONTES DE MIRANDA, que pode ser sintetizada da seguinte forma: *só não haverá ilicitude quando (1) houver expressa pré-exclusão de contrariedade a direito (art. 188); ou (2) quando o direito for previamente limitado, de forma que podia ser violado, ou, em outras palavras, de forma que não houve propriamente violação.*

Os casos de expressa pré-exclusão são claros, estão previstos no art. 188 do CCB: atos praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito, ou os que atinjam coisa alheia ou pessoa para remover perigo iminente. Mas nos casos de “responsabilidade a despeito da pré-exclusão de contrariedade a direito”,⁸⁴ há um direito violado? Como fica o critério sugerido para a distinção entre responsabilidade contratual e extracontratual, pela natureza do direito violado? Responde-se: parece perfeitamente possível verificar uma violação a direito, *absoluto ou relativo*, a despeito da expressa pré-exclusão de ilicitude.

Houve conduta que violou direito, mas a norma pré-excludente impediu a incidência da norma que qualificaria tal ato como ilícito: há contrariedade a direito, mas ela fica no mundo dos fatos. Em síntese de Pontes de Miranda: “o contrário, faticamente, a direito (CFD), pois que o mundo jurídico não no considera contrário a direito, é apenas fato: $CFD - CD = F$ ”.⁸⁵ Assim, basta verificar se o direito atingido era absoluto ou relativo para ver se o caso é de

transubjetividade da responsabilidade civil (pode-se pensar no caso do art. 937 do CCB, responsabilidade por *fato*, mas com alusão à falha humana de não fazer reparos *manifestamente necessários*). Ainda, segundo Pontes de Miranda: “permite-se o transporte, a propriedade de animais domésticos, e situações de exercício da propriedade que causam risco; não se permite o dano” (*ibid.*, p. 195). Qual a regra jurídica ofendida, nestes casos? Responde o mesmo autor: “a regra jurídica de cuja incidência, produzindo fato jurídico, resultou o direito ofendido” (*ibid.*, p. 196).

⁸⁴ PONTES DE MIRANDA, *Tratado...*, *cit.*, tomo II, p. 194.

⁸⁵ *Ibid.*, tomo II, p. 203.

responsabilidade contratual ou extracontratual, ainda que seja caso de *responsabilidade sem ilicitude*.

Assumiu-se, porém, que há dois casos de *aparência de ilicitude*, ou seja, dois casos em que parece que há ilicitude, mas não há; um deles já foi abordado, o caso de pré-exclusão expressa de contrariedade a direito. O outro é o da *limitação prévia*, ou seja, os casos em que o direito atingido estava previamente limitado, de forma que não houve propriamente “violação”. Os casos mais confusos são os dos danos que devem ser suportados, por serem típicos da vida em sociedade,⁸⁶ do contato social. O caso do *exercício regular de um direito*, previsto no art. 188 (CCB), acaba entrando nas duas hipóteses, pois se *o agir* era conteúdo de direito de um, o direito do outro estava previamente limitado. De qualquer forma, os casos de *dever de indenizar sem ilicitude* costumam coincidir com os de expressa pré-exclusão (cf. arts. 928 e seguintes, comparando às hipóteses do art. 188, todos do CCB).

É, também, por tudo isso, que nos casos de responsabilidade objetiva, há ilicitude: “não se trata de responsabilidade sem contrariedade a direito, porque em nenhum dos casos conhecidos se concebeu a reparação como a despeito de limitação aos direitos atingidos: não houve limitação deles”.⁸⁷ Questiona-se: nos casos típicos de responsabilidade objetiva, o *direito violado poderia ter sofrido tal violação?* A resposta é negativa. Se os direitos foram efetivamente violados, pois não estavam limitados, há ilicitude: o que não se investiga é eventual conduta culposa. Nestes

⁸⁶ No caso da aparência de violação aos direitos de personalidade, há o *limite* da dignidade da pessoa humana: apenas quando houver efetiva violação à dignidade, haverá ilicitude (exclui-se o caso de dano comum da vida em sociedade ou, em termos precisos: o direito foi previamente limitado, de forma que poderia sofrer aquela “violação”). Daí que o término de um namoro, por exemplo, embora seja danoso, não costuma ser visto como caso de violação a direito da personalidade.

⁸⁷ PONTES DE MIRANDA, *op. cit.*, tomo II, p. 196.

casos, não houve “pré-exclusão da contrariedade”, mas apenas “se pré-dispensou a culpa”.⁸⁸ A visão de Pontes de Miranda parece coerente com a realidade: deve-se sempre questionar se *um direito violado poderia ter sofrido tal violação*. O transeunte ferido pela queda de um vaso, poderia ter sofrido tal violação? A visão deste autor dá mais atenção à vítima do que à conduta do causador do dano, separando adequadamente culpa e ilicitude.

Enfim, já se tratou talvez até mais do que o recomendável dos casos de ilicitude, tendo em conta o objetivo do presente artigo. Ficando clara também a distinção entre responsabilidade contratual e extracontratual nos casos de *responsabilidade sem ilicitude*, pela possibilidade de alusão a *direito, relativo ou absoluto, violado* – embora haja norma que pré-exclui a ilicitude do ato violador – pode-se passar ao tópico final do presente trabalho, em que se buscará analisar a natureza da responsabilidade pré-contratual.

3 O CASO DA RESPONSABILIDADE “PRÉ-CONTRATUAL”

Não há qualquer pretensão de tratar de forma exaustiva, no presente tópico, do tema da chamada “responsabilidade pré-contratual”. Este breve escrito tem um objetivo bem delimitado: apenas investigar a natureza, “contratual” ou “extracontratual”, da responsabilidade pela *ruptura imotivada das negociações*. O título do artigo já indica a tese que se pretende provar: a natureza *contratual* de tal responsabilidade.

Pode parecer, de início, contraditória a afirmação de que a responsabilidade conhecida como “pré-contratual” é, também, “contratual”. Como pode haver uma responsabilidade simultaneamente contratual e pré-contratual? Espera-se, porém, que esta pergunta já esteja respondida: nenhum doutrinador

⁸⁸ PONTES DE MIRANDA, *Tratado...*, cit., tomo II, p. 197.

parece crer, hoje, que a chamada “responsabilidade contratual” (em contraposição à “extracontratual”) decorre apenas de contratos. A própria discussão quanto à denominação (*contratual, negocial, obrigacional x extracontratual, extranegocial, extraobrigacional*) já indicou algumas posições: a responsabilidade poderia decorrer não apenas de um contrato, mas de qualquer negócio jurídico; para outros, poderia ocorrer em qualquer relação jurídica obrigacional.

Também foi possível aludir a algumas tentativas de distinção. A brasileira Judith Martins-Costa, seguindo o lusitano Almeida Costa, defendeu um critério “convencional”, considerando que *haverá responsabilidade extranegocial* sempre que o caso não se encaixar estritamente no que se considera *responsabilidade negocial*.⁸⁹ Questionou-se, porém, a viabilidade de uma *simples convenção* para resolver o problema. Não se trata de mera questão terminológica, havendo justificativa para as diferenças de regime (diferenças que variam de país a país, e também não poderão ser aqui aprofundadas).

Encontrou-se, assim, como fundamento da distinção, outra dualidade bastante antiga: a dos direitos absolutos e relativos, que indicam a existência (ou inexistência) de uma relação entre pessoas determinadas. Como os direitos relativos – e os direitos de crédito são uma espécie deles, talvez a mais ilustrativa – dizem respeito a *pessoas determinadas em uma relação*, é justamente esta característica, a relatividade, que parece distinguir os casos de responsabilidade *contratual e delitual*. Aliás, os *delitos* sempre foram definidos por diversos autores como *os atos ilícitos absolutos*, como se viu, de forma que as conclusões até aqui alcançadas não devem causar surpresa.

Ao falar-se em *direitos* relativos e absolutos, e nos *ilícitos* relativos e absolutos, deve-se afastar a confusão gerada

⁸⁹ Como se demonstrou na nota 68, *supra*.

pelo fato de que a denominação “contratual/delitual” alude a momentos distintos. Fala-se em responsabilidade *contratual*, quando o que interessa não é *o contrato*, e sim sua “violação”, o ilícito relativo (a mora, o descumprimento), ou seja, outro fato jurídico.⁹⁰ É imprescindível a compreensão da pluralidade de fatos jurídicos que atuam sobre uma mesma relação jurídica. Quando se fala em *delito*, já há referência ao momento da violação, da ilicitude. Violação, frise-se, de dever jurídico (ou de direito) que foi criado por outro fato jurídico, como se demonstrou acima.⁹¹ Enfim, deve-se ter cuidado com o fato de que as denominações se referem a momentos distintos (*criação do dever x violação*).

É com todos estes pressupostos em mente que se passa à análise da responsabilidade pela ruptura imotivada das negociações. Se há algum dever jurídico ainda antes do *negócio jurídico bilateral que é o contrato*, este dever não decorre de algum fato jurídico? Afinal, direitos e deveres são sempre eficácia de fato jurídico. Qual seria, assim, o fato jurídico que cria tais deveres? Pode-se dizer que se forma uma relação jurídica entre as partes ainda antes da conclusão de um contrato? Parece que sim, e é disso que se passa a tratar.

3.1. A BOA-FÉ E SEU ALARGAMENTO: PROPOSIÇÕES NORMATIVAS COMPLETAS.

Toda a norma jurídica (sem que importe a distinção entre *regras e princípios*⁹²) possui *suporte fático* e *prescrição de efeitos jurídicos* (direitos e deveres, como se viu). Desta

⁹⁰ Cf. nota 41, *supra*.

⁹¹ Conforme Ponto 1.3, *supra*. Demonstrou-se que os direitos de personalidade se adquirem com o fato jurídico *stricto sensu* do nascimento com vida (pelo menos no Brasil: art. 2º do CC/02). O direito de propriedade pode decorrer de diversos fatos jurídicos, por exemplo, da *usucapião*.

⁹² Sobre isso, BERNARDES DE MELLO, *Teoria..., cit.*, Existência, p. 20-24, a longa nota 17-A.

simples constatação é possível extrair uma importante consequência: o texto de direito positivo não se confunde com as normas jurídicas;⁹³ ou, explicando com maior precisão, as leis não trazem *normas jurídicas com sua estrutura completa*, de forma ordenada. Como ensina o professor Marcos Bernardes de Mello:

As normas jurídicas nem sempre correspondem a um certo dispositivo legal. É possível, e comum, vários dispositivos legais se referirem à mesma norma (por exemplo: os dispositivos do Código Civil sobre proteção possessória), como é possível, embora menos comum, um mesmo dispositivo legal conter mais de uma norma (por exemplo: o artigo 2º do código civil – uma norma se refere à aquisição da personalidade em decorrência do nascimento com vida; outra protege os direitos do nascituro, em decorrência da concepção).⁹⁴

Também merecem destaque as lições de Lourival Vilanova:

Partimos da experiência da linguagem em que se reveste o direito positivo, se não como *fim temático*, pelo menos como *índice temático*, como sublinha Husserl (Husserl, *Logique Formelle et Logique Transcendentale*, p. 39). Vamos através da linguagem do direito positivo tentando encontrar a linguagem formalizada em que ela pode ser reduzida, em lugar de passar, por intermédio dessa

⁹³ “A norma jurídica é a significação que obtemos a partir da leitura dos textos do direito positivo” (CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 21. Ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 8-10). Excelente, também, VILANOVA, Lourival. *Lógica Jurídica*. São Paulo: Bushatsky, 1976, p. 113; e, do mesmo autor, *As estruturas..., cit.*, pp. 33 e 48-49.

⁹⁴ MELLO, *op. cit.*, Existência, p. 25. Pode-se comparar com a posição de LARENZ, *Metodologia..., cit.*, p. 270 *et seq.* e p. 282 *et seq.*

linguagem, para as situações objetivas que essa linguagem do direito procura determinar, na modalidade de objetivação deôntica (in-formar deonticamente a conduta). [...] Onde há regra de conduta dotada daquela ‘juridicidade formal’ (Del Vecchio), aí encontramos sua composição dual. Podem, os elementos, que inexistem por si só, estarem dispersos na legislação positiva, integrando corpos jurídicos, como os chamava Jhering, os mais diversos.⁹⁵

Nota-se, assim, que *a norma jurídica é extraída do texto de direito positivo por um trabalho hermenêutico do jurista*. É pela interpretação dos textos que se pode construir uma norma jurídica com estrutura completa. É partindo destes pressupostos que DIETER MEDICUS, professor da Universidade de Munique, avalia o § 242 do Código Civil alemão (BGB), artigo correspondente ao 422 do Código Civil brasileiro de 2002 (e ao art. 227, 1, do CC português, que é mais claro e preciso). Ao tratar do “§ 242 como norma jurídica”,⁹⁶ o autor ensina: “uma norma jurídica que não é meramente definidora (e assim definitivamente não se limita o §242) se compõe de suporte fático e consequências jurídicas”.⁹⁷

Porém, se em geral é fácil delinear esta composição dual da norma jurídica, não é o que ocorre no presente caso. Quanto ao texto do BGB, opina Medicus que “este esquema não corresponde à realidade do § 242. Pois, em primeiro lugar, falta a disposição de um suporte fático diferenciado”. E continua: “em segundo lugar, não alude tampouco o § 242 a uma consequência jurídica concreta [...]. Mesmo a boa-fé está despossada de uma estrutura concreta geralmente válida”.⁹⁸

⁹⁵ VILANOVA, *As estruturas...*, cit., p. 48-49. Cf. referências na nota 93, *supra*.

⁹⁶ MEDICUS, Dieter. *Tratado de las relaciones obligacionales*. Trad. Ángel M. Sarrión. Barcelona: Bosch, 1995, vol. I, p. 74 e seguintes.

⁹⁷ MEDICUS, *Tratado...*, cit., vol. I, p. 77.

⁹⁸ *Idem, loc. cit.*

De fato, a interpretação deste artigo, assim como a do artigo 422 da codificação brasileira, possui diversas peculiaridades, que devem ser examinadas.

3.2. *FATTISPECIE*: “NEGOCIAÇÕES PRÉVIAS”.

Viu-se então que Dieter Medicus afirma que o § 242 do BGB não possui um suporte fático claramente delineado, nem consequências jurídicas previstas de forma precisa, segundo uma estrutura geralmente válida. O mesmo vale para o artigo 422 do CC/02: “Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”. O interesse em uma análise pormenorizada deste artigo reside no fato de que praticamente toda a doutrina utiliza este dispositivo como base para a responsabilidade chamada “pré-contratual”.

A doutrina parece ter desenvolvido as consequências jurídicas deste dispositivo sobretudo *quanto à execução do contrato*. Ao presente trabalho, o que mais interessa é a parte da “conclusão do contrato”, que se examinará a seguir. O CC português alude expressamente às “preliminares” (art. 227, 1), mas no Brasil é a doutrina que *amplia* a expressão “conclusão do contrato”, para entender que aí se incluem as tratativas prévias. Assim, entende-se que a *prescrição do agir segundo os deveres decorrentes da boa-fé*, aplica-se às negociações, à conclusão do contrato, à sua execução, e persiste, em alguns casos, com “deveres pós-contratuais” (na verdade, *posteriores à prestação principal*).

Assim se vê que as consequências jurídicas extraídas pela doutrina deste dispositivo são *os deveres decorrentes da boa-fé objetiva*, que não são nada de absolutamente válido, como nota Medicus⁹⁹, mas fruto de construção doutrinária. Como se alertou inicialmente, as normas jurídicas (e aqui se inclui toda a

⁹⁹ *Idem, loc. cit.*, sobre o § 242 do BGB.

sua estrutura, tanto *suporte fático* como *preceito*) são mesmo *construídas* por um trabalho hermenêutico do jurista que se debruça sobre o texto de direito positivo. Retornando ao texto do art. 422 do CCB, pode-se extrair, primeiramente, a seguinte norma jurídica, com estrutura completa – *suporte fático*: “na execução do contrato”; *preceito*: “deve-se agir conforme a boa-fé”, ou seja, devem ser seguidos os *deveres jurídicos* decorrentes da boa-fé objetiva.

A extração desta norma jurídica certamente não esgota as possibilidades do artigo, já que há referência não apenas à “execução”, mas também à conclusão do contrato. Ao que parece, é possível extrair dele *não uma, mas três normas jurídicas*. Todas com a mesma prescrição de efeitos jurídicos, mas com suporte fático diverso. A segunda norma jurídica, ainda bastante clara, seria a seguinte: *na conclusão do contrato/ deve-se agir segundo a boa-fé*. O que interessa ao presente trabalho, porém, é ainda uma *terceira norma jurídica*, esta sim mais difícil de visualizar. Como a doutrina tem ampliado a “conclusão do contrato”, no Brasil,¹⁰⁰ para incluir aí as “tratativas prévias”, a seguinte norma tem sido extraída: *nas tratativas prévias / deve-se agir segundo a boa-fé*.

Bem se vê que há uma *norma jurídica* que tem como suporte fático as negociações. Daí o título deste tópico: “*fattispecie*: ‘negociações prévias’”. Não haverá espaço aqui para discutir a natureza do *fato jurídico* que se forma com a incidência desta norma. O que se pretende demonstrar é apenas o fato de que *também nas tratativas prévias há deveres jurídicos que decorrem de um fato jurídico*, e não “que decorrem da lei”. Agora, considerando todos os pressupostos assumidos, pode-se passar à questão final: estes direitos são relativos, referindo-se a pessoas determinadas, ou absolutos?

¹⁰⁰ LÔBO, *Obrigações...*, cit., p. 79; MARTINS-COSTA, *Comentários...*, cit., p. 109-110, entre muitos outros.

3.3. A NATUREZA “CONTRATUAL” DA RESPONSABILIDADE “PRÉ-CONTRATUAL”.

Chega-se, finalmente, ao momento final deste breve escrito, em que se pretende completar a demonstração da tese que lhe rendeu o título: *a natureza contratual da responsabilidade pré-contratual*. Já um leigo poderia verificar que há grande semelhança entre a ruptura imotivada das negociações e o descumprimento de um contrato. A principal semelhança é justamente o fato de que já há duas pessoas determinadas, em uma relação fática de negociação. Trata-se de caso muito diferente de um acidente de trânsito, ou da situação em que um sujeito desfere um golpe em outro, desconhecido.

Se o critério diferenciador dos casos de responsabilidade *contratual e extracontratual* é a existência de um direito *relativo ou absoluto violado*, faz-se a óbvia pergunta: os direitos e deveres violados, neste caso, são absolutos ou relativos? Os direitos e deveres decorrentes da boa-fé, nas negociações, dizem respeito obviamente *às partes*, o que indica sua *relatividade*. Assim, qualquer ato em violação a tais deveres é ato *ilícito relativo*, caso da reponsabilidade chamada “contratual”. Aliás, claramente contraditória a doutrina que considera que a violação a tais deveres é *extracontratual* nas negociações, mas considera *contratual* a violação aos deveres laterais de conduta, que decorrem igualmente da incidência da boa-fé objetiva, prevista no mesmo art. 422 do CCB.

Assim, parece que hoje, com todo o desenvolvimento que a doutrina deu à interpretação do artigo 422, bem como com a utilização da metodologia jurídica mais recente, não parece ser necessário, como sustentaram outrora Larenz e, no Brasil, Junqueira de Azevedo, defender uma “equiparação de regimes”, com a aplicação das regras da *responsabilidade*

contratual aos casos de ruptura imotivada das negociações.¹⁰¹ Parece que uma visão dogmatically precisa do fenômeno jurídico já indica esta solução, sem a necessidade de qualquer “equiparação”. Aliás, a verdade é que o professor Antônio Junqueira de Azevedo chegou a uma conclusão muito parecida com a que se entende correta, dizendo que a responsabilidade pré-contratual, “embora resulte de ato ilícito, provém de descumprimento de dever específico imposto pela boa-fé; por isso, obedece às regras da responsabilidade contratual”;¹⁰² diríamos: não só obedece às regras – *trata-se de caso* de responsabilidade contratual.

A distinção entre *responsabilidade contratual e extracontratual*, certamente não se refere apenas à existência (ou ausência) de um contrato, como se viu: refere-se, respectivamente, à violação de um direito relativo (relação jurídica prévia *com determinação de sujeitos*) ou à violação de um direito absoluto (relação jurídica prévia *com sujeito passivo universal*).¹⁰³ Sobre o suporte fático “tratativas prévias” incide a norma que se extrai do artigo 422 do CCB; o fato jurídico que desta incidência resulta, produz direitos e deveres, ou seja, *cria* uma relação jurídica, ainda antes do contrato. A conclusão do contrato, com proposta e aceitação, *insere*, nesta relação jurídica, os direitos e deveres *prestacionais*, principais (a rigor,

¹⁰¹ LARENZ, Karl. *Derecho de Obligaciones*. Madrid: ERDP, 1958, p. 110; AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Responsabilidade pré-contratual no Código de Defesa do Consumidor*: estudo comparativo com a responsabilidade pré-contratual no direito comum. In. Revista de Direito do Consumidor, n. 18, abr./jun. de 1996, p. 23 e seguintes.

¹⁰² AZEVEDO, *op. cit.*, p. 31.

¹⁰³ A dúvida quanto à aceitação de uma “relação jurídica com sujeito passivo universal” não parece desaparecer com a resposta de que *não há indeterminação da situação passiva, mas apenas de seu titular* (como em PERLINGIERI, *Perfis do direito civil*: introdução ao direito civil constitucional. 3. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 221). Argumento convincente, todavia, parece ser o do *caráter essencialmente relacional do direito*, ideia a que aludem VILANOVA, REALE (“bilateral atributividade”), G. LUMIA, A. RAVÁ, enfim, praticamente todos os neokantianos; daí a ideia de que a todo direito corresponde um dever.

modifica-a).

De forma semelhante, mas talvez inversa, a chamada “responsabilidade pós-contratual” seria mais precisamente denominada “pós-prestacional”, pois é posterior ao adimplemento da prestação principal (afinal, posteriores ao contrato, mora e inadimplemento também são). Se o objetivo determinado do presente artigo foi a identificação da natureza contratual da responsabilidade pela ruptura imotivada das negociações, parece que a controvérsia maior se dá quanto aos pressupostos assumidos, não tanto quanto a tal conclusão específica. Assim, se o normal seria partir, em considerações finais, do geral para o específico, procede-se aqui de forma inversa, passando-se da conclusão principal para considerações mais gerais, sobre as quais parece recair maior controvérsia.

A doutrina, ainda hoje, utiliza o *neminem laedere* para explicar os casos de responsabilidade extracontratual. Entendendo-se devidamente este princípio formal, como Massimo Bianca, que o vê como mera “síntese verbal” de deveres concretos e determinados, não há problema em sua utilização. Mas a metodologia jurídica mais recente condena a alusão à “violação de um dever legal” ou de um “dever genérico” quando o que se violou foi algo de concreto e determinado.

A própria ideia de *fato jurídico*, figura que exerce papel central na Teoria do Direito, indica a síntese entre concretude e abstração, conteúdo e forma, ser e dever-ser, fato e norma: a partir de sua ocorrência, com a distribuição *do que é de cada um (suum cuique tribuere) do ponto de vista do direito*, entra-se no domínio do concreto. O sujeito que desfere um golpe no outro, *ferre o outro*, e não um dever abstrato e genérico; o sujeito que quebra o vidro da vitrine, *viola a propriedade do outro*, não “o dever de *neminem laedere*”, ou algum “dever legal”. O que se buscou, em síntese, é o seguinte: *evitar a falsa colocação do problema*. Porque as falsas posições sobre a

questão, como aquelas incoerentes com a metodologia jurídica mais recente, são sempre prejudiciais ao debate.



BIBLIOGRAFIA CITADA

- AGUIAR DIAS, José de. *Da Responsabilidade Civil*. 2. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1950, vol. I.
- ALMEIDA COSTA, M. J. de. *Direito das Obrigações*. 7. Ed. Coimbra: Almedina, 1999.
- AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria Geral das Obrigações*. 10. Ed. São Paulo: Atlas, 2004.
- AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Responsabilidade pré-contratual no Código de Defesa do Consumidor: estudo comparativo com a responsabilidade pré-contratual no direito comum*. In. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 18, abr./jun. de 1996.
- BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito das Obrigações*. 8. Ed. Rio de Janeiro: F. Alves, 1954.
- CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 21. Ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 10. Ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- CHIRONI, G. P. *Istituzioni di Diritto Civile Italiano*. 2. Ed. Torino: Fratelli Bocca, 1912, vol. II.
- COELHO DA ROCHA, M. A. *Instituições de Direito Civil Português*. 7. Ed. Rio de Janeiro: H. Garnier, 1907, tomo I.
- CORDEIRO, A. Menezes. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Livraria Almedina, 1997.
- COUTO E SILVA, Clóvis V. do. *A obrigação como processo*.

- São Paulo: Bushatsky, 1976.
- DE CUPIS, Adriano. *Il Danno: teoria generale della responsabilità civile*. 2. Ed. Milano: Giuffrè, vol. 1, 1966.
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. 27. Ed. Vol. 3: Teoria das Obrigações Contratuais e Extracontratuais. São Paulo: Saraiva, 2011.
- ENGISCH, Karl. *A Idea de concreción en el derecho y en la Ciencia Jurídica actuales*. Trad. J. J. Gil Cremades, 2ª ed. alemã de 1968. Pamplona: Univ. de Navarra, 1968.
- _____. *Introdução ao pensamento jurídico*. 10. Ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2008.
- ENNECCERUS-LEHMANN. *Derecho de Obligaciones*. In. ENNECERUS, L.; KIPP, T.; WOLFF, M. *Tratado de Derecho Civil*. 2. Ed., Barcelona: Bosch, 1954, tomo II, vol. 1.
- Estatutos da Universidade de Coimbra*, 1.772. Disponível em: https://bdigital.sib.uc.pt/bg1/UCBG-R-44-3_3/UCBG-R-44-3_3_master/UCBG-R-44-4/UCBG-R-44-4_item1/P134.html, consulta em 17/10/2012.
- FLUME, Werner. *El negocio jurídico*. 4. Ed. Madrid: Fundación Cultural del notariado, 1998.
- GAIUS. *Institutas*. Trad. Alfredo di Pietro. La Plata: Ediciones Librería Jurídica, 1967.
- GALVÃO TELLES, Inocêncio. *Manual de Direito das Obrigações*. 2. Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1965, tomo I.
- GERI; BRECCIA; BUSNELLI; NATOLI. *Il sistema giuridico italiano. Diritto Civile: vol. 1.2. Fatti e atti giuridici*, Torino: UTET, 1995.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil*. 8. Ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- HATTENHAUER, Hans. *Conceptos fundamentales del Derecho Civil: Introducción Histórico-Dogmática*. Barcelona: Ariel, 1987.

- KAUFMANN, A.; HASSEMER, W. *Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas*. 2. Ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2009.
- LARENZ, Karl. *Derecho de Obligaciones*. Madrid: ERDP, 1958, vol. I.
- _____. *Metodologia da Ciência do Direito*. 3. Ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997.
- LEHMANN, Heinrich. *Parte General (Tratado de Derecho Civil)*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1956.
- LEITÃO, L. M. T. de Menezes. *Direito das Obrigações*. 5. Ed. Coimbra: Almedina, vol. I.
- LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Responsabilidade civil contratual e extracontratual: primeiras anotações em face do novo Código Civil brasileiro*. In. Revista de Direito Privado, n. 19, Ano 5, jul.-set., 2004.
- LÔBO, Paulo. *Parte Geral*. 3. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- _____. *Obrigações*. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- _____. *Contratos*. São Paulo: Saraiva, 2011.
- MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código Civil*. (Coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira). Vol. 5, tomo II. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- MASSIMO BIANCA, C. *L'obbligazione, Diritto Civile, vol. 4*. Milano: Giuffrè, 1993.
- _____. *La Responsabilità, Diritto Civile, vol. 5*. Milano: Giuffrè, 2008.
- MEDICUS, Dieter. *Tratado de las relaciones obligacionales*. Trad. Ángel M. Sarrión. Barcelona: Bosch, 1995, vol. I.
- MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico: Plano da Existência*. 13. Ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- _____. *Teoria do Fato Jurídico: Plano da Eficácia*. 3. Ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil: Direito das Obrigações*. 1ª Parte. 18ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1983.

- NEVES, A. Castanheira *As fontes do direito e o problema da positividade jurídica*. In. Boletim da FDUC, vol. LI, Coimbra, 1975.
- OERTMANN, Paul. *Introducción al derecho civil*. Barcelona: Labor, 1933.
- ORLANDO GOMES *Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil: Teoria Geral de Obrigações* (v. 2). 6. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.
- PERLINGIERI, *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. 3. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- PONTES DE MIRANDA, F. C. *Tratado de Direito Privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954 [-1970], 60 tomos, principalmente tomos I, II, III, V, XXIII, XXVI, LIII.
- POTHIER, R. J (Mr.). *Tratado das Obrigações Pessoais e Recíprocas*. Trad. Correa Telles. Rio de Janeiro: Garnier, 1906.
- REALE, Miguel. *Teoria Tridimensional do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1968.
- SAVIGNY, F. K. von. *Le Obligationi*. Trad. Pacchioni. Torino: UTET, 1915, Vol. II.
- SERPA LOPES *Curso de Direito Civil: Obrigações em Geral*. 6.ed. Vol. II. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1995.
- STOLFI, Giuseppe. *Teoría del negocio jurídico*. Madrid: ERDP, 1959.
- TUHR, Andreas von. *Tratado de las Obligaciones*. Madrid: Reus, 1934, 2 tomos.
- _____. *Derecho Civil: Teoría General del Derecho Civil Alemán*. Buenos Aires: Depalma, 1947, vol. I, 1; vol. II, 1; vol. III, 2.
- VARELA, João de Matos Antunes. *Das Obrigações em geral*. Coimbra: Almedina, 1970.

- VILANOVA, Lourival. *Causalidade e relação no direito*. 4. Ed. São Paulo: RT, 2000.
- _____. *As estruturas lógicas e o sistema de direito positivo*. 4. Ed. São Paulo: Noeses, 2010.
- _____. *Lógica Jurídica*. São Paulo: Bushatsky, 1976.
- WIEACKER, Franz. *História do Direito Privado Moderno*. 4. Ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2010.