

RESPONSABILIDADE CONTRATUAL E EXTRACONTRATUAL: O DEBATE DOUTRINÁRIO NA ESPANHA*

CONTRACTUAL AND NON-CONTRACTUAL LIABILITY: THE DOCTRINAL DEBATE IN SPAIN

Pedro del Olmo García**

Gabriel Schulman***

(Tradutor)

Resumo: Este trabalho pretende oferecer uma descrição clara do confuso debate doutrinário espanhol acerca das relações entre a responsabilidade contratual e a responsabilidade extracontratual. Para tanto, parte-se da observação, destacada no direito comparado, de que a maneira de abordar essas relações depende das características básicas do sistema de responsabilidade por danos extracontratuais vigente em cada país. Essas mesmas características também determinam a maneira de identificar as áreas ou zonas que são relevantes para abordar corretamente o estudo das relações entre ambos os tipos de responsabilidade (as chamadas “zonas de sobreposição e zonas cinzentas”, em contraposição à chamada “zona mista ou fronteira”). Essas duas ideias permitem identificar no debate espanhol duas posições teóricas extremas

Abstract: According to some comparatists, the relationship between contractual liability and non-contractual liability is determined by the basic characteristics of the non-contractual liability system. These same basic characteristics also determine the definition of the areas that are relevant for the study of the relationship between both kinds of liability (zones of overlap and grey zones, versus *mixed* or *border* zones). With this point of departure, this work suggests an explanation of the obscure doctrinal debate that exists in Spain. To do so, I propose to identify two extreme or pure theoretical positions (the non cumul rule of the French tradition and the rule of option, that fits better with solutions of the Germanic tradition) and to describe some intermediate positions that combine elements of the first two. To understand

* Este texto foi originalmente publicado em: *Anuario de Derecho Civil*, tomo LXXVII, 2024. fasc. IV (octubre-diciembre). p. 1629-1676. Publicação à convite.

** Licenciado en Derecho por la Universidad Autónoma de Madrid (1986) y Doctor en Derecho por la Universidad Carlos III de Madrid (1996). Actualmente es Profesor titular del Área de Derecho Civil de la Universidad Carlos III de Madrid desde el año 2003. A lo largo de su carrera académica ha realizado estancias en universidades y centros de investigación de reconocido prestigio: *Universidade de Coimbra* (Portugal), *Universidade de Columbia* (EUA), *Universidade de Cambridge* (Reino Unido). Sus principales líneas de investigación son la responsabilidade civil e o direito de obrigações. Ha participado en 13 proyectos competitivos I+D+I. La anterior labor investigadora la ha compaginado con la impartición de docencia en Licenciatura y Grado en Derecho, entre otras titulaciones, así como en estudios de posgrado, tanto en España como en el extranjero. Es fellow del *European Centre of Tort and Insurance Law* de Viena (ECTIL), miembro del *Common Core Project* de la Universidad de Trento, miembro de la *Red Española de Derecho Privado Europeo y Comparado* (REDPEC), miembro del *Instituto de Derecho Europeo y Comparado* de la Universidad de Girona, miembro del *European Law Institute* (ELI) y miembro de la *Academia Network* del *Institute for European Studies* de la Université Libre de Bruxelles. Forma parte del *Expert Group on liability and new technologies* formado por la Comisión UE (en representación de la UC3M). Es evaluador externo en las revistas *European Review of Private Law*, *Journal of European Tort Law*, *Indret*, *Anuario de Derecho civil*. E-mail: olmo@der-pr.uc3m.es / ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-3008-1003>

*** Tradutor. Doutor em Direito pela UERJ. Mestre e Bacharel em Direito pela UFPR. Especialista em Direito da Medicina pela Universidade de Coimbra. Professor da Universidade Positivo (UP), na Graduação e Mestrado. Líder do Grupo de pesquisa Tecnologias Digitais, Democracia e Futuro do Humano do PPGD/UP. Ex-Professor da Universidade Federal do Paraná (UFPR). Integra a lista de árbitros da CAMES. Professor convidado em diversos cursos de Pós-Graduação. Pesquisador do Grupo de Estudos de Direito Civil do Programa de Pós-Graduação em Direito Civil da Universidade Federal do Paraná. Autor de diversos livros. Advogado e Consultor. Comissão de Direito à Saúde da OAB e a Comissão de Proteção de Dados Pessoais da OAB. Foi Vice-Presidente da Comissão de Direito da Saúde da OAB/PR. Atualmente é presidente do Grupo Nacional de Trabalho de Saúde Suplementar da Associação Internacional de Direito dos Seguros. E-mail: gabriel@schulman.com.br / ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-1638-1621>

ou puras: a chamada regra *non cumul* da tradição francesa e a regra da opção, que melhor se coaduna com as características dos sistemas de tradição germânica, diante das quais se pode descrever algumas posições intermediárias, que combinam – de variadas formas – os elementos de teorias extremas. Compreender estas estranhas combinações e atender ao âmbito de aplicação das regras propostas, acredito que será o que permitirá explicar, de forma mais clara, o obscuro debate doutrinário existente entre nós.

Palavras-chave: Responsabilidade contratual, responsabilidade extracontratual, antijuridicidade do dano, dano puramente patrimonial, acumulação de responsabilidades, regra da opção, unificação de responsabilidades, regra da não concorrência de ações (*regra non cumul*), escopo contratual, deveres de proteção e de cuidado.

these strange combinations of the intermediate positions is crucial to have a better explanation of the doctrinal debate existing among us.

Keywords: Contractual liability, non-contractual liability (tort law), wrongfulness of the damage, pure economic loss, concurrence of actions, rule of option, unification of liabilities, non-concurrence of actions (*non cumul rule*), scope of the contract, duties of protection and care.

SUMÁRIO: Introdução. 1. Uma proposta teórica. 1.1. Os três ou quatro requisitos da responsabilidade extracontratual. 1.2. A chamada zona de sobreposição: duas soluções. 2. A situação doutrinária na Espanha. 2.1. Duas posições extremas. 2.2. As posições doutrinárias intermédias: a definição negativa da responsabilidade extracontratual e o âmbito do contrato. 2.2.1. A responsabilidade extracontratual, como a própria palavra indica. 2.2.2. O âmbito do contrato. 3. Uma breve descrição das posições intermediárias. 3.1. Três teorias ao mesmo tempo. 3.2. Uma proposta que soluciona tudo junto: É possível defender a unificação de responsabilidades? 3.3. Uma boa solução para um caso muito concreto. 3.4. Uma nova versão da regra *non cumul*. 4. Âmbito de aplicação das soluções propostas. 4.1. A unificação como solução única. 4.2. Diferentes regras, sem um âmbito claro de aplicação. 4.3. Um campo de aplicação muito restrito. 4.4. Casos nebulosos. 5. Considerações finais. Referências.

INTRODUÇÃO

O estudo das relações entre a responsabilidade contratual e a responsabilidade extracontratual constitui um tema difícil e recorrente no debate doutrinário, tanto no direito espanhol, quanto no direito comparado¹. É um tema sobre o qual muito se escreveu e que ressurge, de tempos em tempos, especialmente quando chega o momento de reformar o regime jurídico da responsabilidade por danos extracontratuais².

Sendo uma questão difícil em muitos países, creio que a situação doutrinária na Espanha, no que diz respeito a esse tema, é particularmente confusa e insatisfatória, como deixei registrado em outra oportunidade³. Este diagnóstico coincide com o de diversos autores⁴.

¹ Essa observação sobre a dificuldade acerca dessa mesma matéria é frequente no Direito comparado, como se lê em MARTÍN-CASALS, 2019. p. 714. Na Espanha, também muitos autores fazem tal afirmação. Confrontar por todos: LUQUE JIMÉNEZ, 2008. p. 23.

² Essa perspectiva ficou evidente nas palestras e debates realizados no encontro realizado na *Universidade de Girona* em junho de 2024 com o título “*Tort Law Reform in Europe and Beyond. Why is Tort Law Reform so Difficult?*”. As palestras estão disponíveis em: https://diobma.udg.edu/handle/10256.1/7620/discover?rpp=24&etal=0&group_by=none&page=1&sort_by=dc.date.issued_dt&order=desc. [Nota do tradutor: página consultada em 26.01.2026].

³ DEL OLMO, 2024. p. 212 e ss.

⁴ Pode-se comprovar, entre outros muitos: CAVANILLAS MÚGICA, 1995. p. 131 e ss. Ou também MARTÍN-CASALS; RUDA, A., 2019. p. 547. Igualmente em: DOMÍNGUEZ LUELMO, 2011. e ORTÍ VALLEJO, 2006. p. 51.

Essa sensação de insatisfação e falta de clareza doutrinária pode ser ilustrada com a circunstância de que alguns autores, após o exame detido da compreensão doutrinária, alcançam a conclusão – teoricamente pouco comprometida – de que, em caso de dúvida, diante de um caso com possível concorrência de ambos os tipos de responsabilidade, fará bem em promover alternativa ou subsidiariamente as duas demandas: a de responsabilidade contratual e a de responsabilidade extracontratual.⁵

Também se mostra significativo que um estudioso especializado na matéria, como o professor Cavanillas Múgica, encerre sua análise com conclusões nas quais inicia expressando suas próprias dúvidas e renuncia a oferecer soluções claras⁶. Igualmente, reflete bem a situação a afirmação resignada de A. Carrasco, no sentido de que “deve-se evitar a tentação de buscar uma racionalidade técnica nessa doutrina”⁷. Diante desse difícil panorama doutrinário, é lógico que a situação jurisprudencial tampouco seja clara⁸.

Diante do que foi dito, talvez se possa entender os motivos que me levam a propor um objetivo muito limitado para este trabalho que estou apresentando. Não pretendo oferecer uma visão de conjunto de todos os problemas que se colocam na matéria das relações entre a responsabilidade contratual e a responsabilidade extracontratual. Tampouco pretendo realizar um estudo exaustivo da situação jurisprudencial nem da situação comparada existente nos sistemas do nosso entorno.

Na realidade, minha pretensão é, simplesmente, oferecer uma explicação mais clara do debate doutrinário existente entre nós. Creio, com efeito, que há uma maneira mais clara de explicar as muitas variadas e distintas posições existentes na doutrina espanhola e acredito que uma contribuição do que poderia ser considerado uma história das ideias nessa matéria tem o seu interesse, ao menos na medida em que permite compreender o que está realmente em questão nessa matéria e qual é o alcance e o significado de cada uma das posições doutrinárias enfrentadas.

⁵ Assim, DE ÁNGEL YÁGÜEZ, 1993. p. 48. repetindo uma ideia já mencionada na p. 41 — e ressaltado que essa solução impede que a outra parte alegue cerceamento de defesa - afirma que “o recomendável é exercer conjunta ou alternativamente ambas as ações (...) a fim de deixar, em definitivo, nas mãos do Tribunal a qualificação que se mostre adequada segundo o seu critério, à luz do *ius novit curia*”. Mais recentemente, SERRA RODRÍGUEZ, 2021. p. 89-90, expressa a mesma ideia ao sustentar que, “[n]aqueles casos em que haja dúvida se a responsabilidade é contratual ou extracontratual, o mais razoável será que o autor se refira ao fato danoso gerador da responsabilidade, sem qualificar juridicamente o tipo de responsabilidade, ou que acumule ambas as pretensões, de forma alternativa ou subsidiária, para que o demandado tenha a oportunidade de se defender em relação a ambas as pretensões”. Para uma explicação processual atualizada, v. DOMÍNGUEZ LUELMO. 2011. p. 113. Por outro lado, cf. YZQUIERDO TOLSADA. 2016, p. 138.

⁶ A citação exata, no original em CAVANILLAS MÚGICA, 1995. p. 131. é: “Puede resultar extraño que, tras largo tiempo de empeño investigador, las conclusiones personales que aquí expongo no tengan más objetivo que hacer participar al lector en mis propias dudas acerca de la mejor manera de resolver el problema de la concurrencia de responsabilidades”. [Nota do tradutor: O termo investigador foi empregado como pesquisador. Manteve-se a citação no original para maior fidelidade com o texto].

⁷ CARRASCO PERERA, 2021. p. 1007, apresenta outra renúncia teórica importante – embora provisória, como se verá adiante –, identificada em ORTÍ VALLEJO, 2006. p. 50, para o qual a questão das relações entre ambos os tipos de responsabilidade não pode ser tratada de forma genérica, devendo ser analisada caso a caso.

⁸ Pode-se ver um diagnóstico desse tema em PARRA LUCÁN, 2020. p. 404, afirmando que a questão da responsabilidade contratual e extracontratual “Tradicionalmente tem sido um dos temas mais ambíguos e pior tratados jurisprudencialmente”. Também se pode ver SERRA RODRÍGUEZ, 2021. p. 78., para quem a jurisprudência oferece soluções “vacilantes e sem critérios claros”. Na minha linha, CARRASCO PERERA, 2021. p. 1006. Cfr. o diagnóstico de PUIG BRUTAU, 1983. p. 77.

Essa proposta de aclarar o debate doutrinário que apresentarei aqui parte de uma observação simples feita no direito comparado e que, até onde sei, não foi desenvolvida em nenhum dos sistemas de tradição francesa, em cuja órbita também se insere o regime da responsabilidade extracontratual estabelecidos no Código Civil Espanhol. Essa observação consiste em apontar que as características básicas dos sistemas jurídicos de responsabilidade extracontratual são as que determinam, em cada um deles, a maneira de tratar as relações entre a responsabilidade contratual e a extracontratual⁹.

Na sequência, começarei descrevendo essa proposta de atender às características básicas de cada sistema de responsabilidade e apresentarei as razões que, desde esse ponto de vista, justificam as soluções enfrentadas que normalmente se defendem nos sistemas de tradição germânica (regra da opção), e as que se defendem nos sistemas de tradição francesa (regra da não acumulação, ou regra *non cumul*, em expressão de uso habitual no Direito espanhol e comparado).

Com esse ponto de partida, apresentarei em seguida o debate doutrinário na Espanha, contrapondo, de um lado, as posições – que chamarei extremas – dos autores que defendem cada uma dessas duas formas comparadas de solucionar os casos em que se reúnem os requisitos de ambos os tipos de responsabilidade (regra *non cumul* e regra da opção) e, de outro lado, as posições que chamarei de intermediárias. Essas posições intermediárias são defendidas por autores que propõem soluções diversas por meio de distintas combinações dos elementos presentes nas duas teorias extremas inicialmente apresentadas. São essas combinações e permutações que, em minha opinião, fazem incrementar de maneira exponencial o aspecto caótico do nosso debate.

A análise dessas posições intermediárias me permitirá fazer duas observações. Primeiramente, destacarei a existência do que podemos chamar de um consenso oculto entre todas essas posições intermediárias aparentemente irreconciliáveis: todas elas admitem – de forma mais ou menos transparente – que a responsabilidade extracontratual não se aplica ao que chamam de âmbito estrito do contrato. Em segundo lugar, destacarei que somente a partir da atenção ao âmbito de aplicação das regras defendidas por esses autores das posições intermediárias é possível compreender os termos em que o debate doutrinário vem sendo colocado entre nós. Vejamos isso mais detidamente.

1. UMA PROPOSTA TEÓRICA

1.1. Os três ou quatro requisitos da responsabilidade extracontratual

Sob uma perspectiva geral, é muito conhecida a ideia de que a responsabilidade extracontratual dos sistemas baseados em uma cláusula geral de responsabilidade de tradição francesa – como o caso do Código Civil espanhol – funciona com três requisitos (ato ilícito, dano e nexa causal)¹⁰, ao passo que nos sistemas jurídicos em que a tradição alemã exerce maior influência, acrescenta-se um quarto requisito.¹¹

⁹ Esta leitura pode ser vista em ZIMMERMANN, 1992. pp. 905 e ss. Também é muito claro neste mesmo sentido, WAGNER, 2003. p. 233. A ideia foi bem destacada por MARTÍN-CASALS, 2019. p. 752.

¹⁰ [Nota do Tradutor: No original consta: “acción culposa, daño, nexa causal”].

¹¹ Pode-se conferir uma explicação sucinta em DEL OLMO, 2024. pp. 212 e ss.

Podemos resumir esse quarto requisito como uma exigência de que o dano afete interesses protegidos por direitos de caráter absoluto ou *erga omnes*.

No modelo do BGB, a cláusula geral de responsabilidade mais ampla que se reconhece é a contida no § 823, I, segundo a qual se impõe a obrigação de indenizar se o dano negligentemente causado afeta a “vida, o corpo, a saúde, a liberdade, a propriedade” e “outros direitos” (há consenso doutrinário de que esses “outros direitos” são também direitos absolutos)¹². Dessa maneira, se o dano não afeta um direito protegido *erga omnes*, mas sim simples direitos relativos/de crédito, não há — em princípio — responsabilidade extracontratual. Isso costuma ser resumido — invertendo o argumento — na ideia de que na Alemanha, como regra geral, não se impõe responsabilidade extracontratual pelos chamados danos puramente patrimoniais (também chamados de danos puramente econômicos). Esses danos puramente patrimoniais são, portanto, aqueles que não afetam interesses protegidos por direitos absolutos os quais têm alcance *erga omnes*.

Por exemplo, é muito conhecido o caso de um caminhão que, por avaria no motor cuja manutenção foi negligente, ficou acidentalmente parado na entrada de um estabelecimento comercial. Nessas circunstâncias, a clientela de tal negócio não podia ter acesso ao local com normalidade, situação que persistiu até que o caminhão pudesse ser finalmente rebocado por um guincho, certo tempo depois. O sistema alemão era incapaz de indenizar, em princípio, o lucro cessante experimentado pelo comerciante que explorava o local em questão. Com efeito, esse lucro cessante era um dano puramente patrimonial, porque o caminhão não havia causado danos físicos à propriedade do demandante. Curiosamente, os tribunais alemães tiveram que reconhecer “outro direito” (na expressão do § 823, I BGB) de alcance absoluto — ao qual chamaram algo como direito ao exercício da livre empresa — para permitir a indenização. Nos sistemas de tradição francesa, como é o caso do nosso CC, tal construção é desnecessária.

Como é notório, o CC espanhol não inclui esse quarto requisito, relativo à antijuridicidade do dano sofrido pelo demandante¹³. Por isso, um magistrado espanhol não começa se perguntando, em um caso de responsabilidade extracontratual, se o dano sofrido pelo demandante está contido entre os interesses juridicamente protegidos pelo artigo 1902 do Código Civil: este preceito não contém uma lista de direitos, tal como aquela estabelecida no § 823, I do BGB. O juiz espanhol simplesmente se perguntará se o dano — de qualquer tipo — sofrido pelo autor possui nexos de causalidade com o comportamento imputável do demandado. Se se quiser dizer que essa decisão do juiz é justamente o que converte o dano em antijurídico, o que me parece que se está fazendo é complicar as coisas inutilmente: não é o mesmo dizer que a

¹² Segundo a tradução de A. MARTÍNEZ SARRIÓN. Para completar esta breve descrição do sistema alemão de responsabilidade civil extracontratual, cabe observar que, em casos de danos puramente patrimoniais, a responsabilidade ainda pode surgir, porém, se aplicará por meio de outras duas cláusulas gerais do Código Civil Alemão (BGB). Essas duas cláusulas gerais de responsabilidade civil extracontratual permitem a indenização, porém com um escopo muito mais restrito. A primeira é a cláusula geral do § 823, II (danos causados em violação aos “bons costumes”; o exemplo mais claro é o dano - que pode ser de qualquer tipo - causado intencionalmente), e a segunda está contida no § 826 (qualquer dano que tenha sido especificamente tipificado por lei cujo objetivo seja proteger o demandante contra esse tipo específico de dano).

¹³ Esta questão foi bem resolvida por PANTALEÓN, 1991. pp. 1993 y ss. Para um exame teórico completo, confira-se também, DEL OLMO, *ADC*, 2001-I. pp. 257-368, p. 302. Igualmente, MARTÍN-CASALS; RIBOT IGUALADA, 2003. pp. 883-920. Para comprovar como a jurisprudência espanhola reflete a circunstância de um rol taxativo de interesses protegidos, leia-se PANTALEÓN; DEL OLMO, 2003. *passim*.

antijuridicidade é um requisito da responsabilidade extracontratual, que afirmar que a antijuridicidade é o resultado da aplicação dos requisitos de culpa, dano e nexa causal¹⁴.

Como assinalado, essa ideia de que a responsabilidade extracontratual funciona, conforme o sistema em questão, com três ou com quatro requisitos é uma ideia muito conhecida. No entanto, não é tão conhecida a ideia de que esse ponto de partida distinto determina a forma como se relaciona em cada sistema a responsabilidade extracontratual com a responsabilidade contratual. A ideia é mencionada na doutrina comparada, principalmente alemã (Zimmermann e Wagner) e do common law¹⁵. Embora a ideia não costuma ser abordada na doutrina espanhola, porém, não é de todo desconhecida¹⁶.

Sob a ótica de atender à exigência ou não do requisito da antijuridicidade do dano, também vale a pena destacar que, quando os bens protegidos estão tipificados, é possível estabelecer uma clara diferença entre o que os comparatistas chamam de zonas de sobreposição – que abrange casos que cumprem simultaneamente os requisitos de ambas as responsabilidades: há danos à pessoa ou propriedades do demandante, e as assim chamadas zonas cinzentas¹⁷. Nestas últimas, o que ocorre é que não resta claro qual o regime de responsabilidade aplicável.

Segundo explica Martín-Casals, o habitual é considerar incluídas nessas zonas cinzentas, basicamente, a culpa in contrahendo e a responsabilidade profissional. Este autor explica que, nos sistemas de common law, também se inclui nessa zona cinzenta o contrato gratuito de bailment (em linhas gerais semelhante ao nosso contrato de depósito) que não pode dar lugar à responsabilidade contratual por falta de remuneração (consideration), o que recorda o debate existente em outros países acerca da responsabilidade no âmbito do transporte gratuito de pessoas. Trata-se de uma distinção que foi examinada na doutrina espanhola por alguns autores muito influenciados pela doutrina alemã e partidários da regra da opção¹⁸. No entanto, o certo é que, nos sistemas de tradição francesa como é o espanhol, essa distinção não pode ser levantada nos mesmos termos em que é suscitada nos sistemas germânicos. De fato, a maneira habitual de abordar esta matéria, na Espanha, guarda relação maior com o que se denominam zonas mistas ou fronteiriças, que é uma expressão pouco clara, como veremos mais adiante.

¹⁴ Alternativamente, pode-se afirmar que a antijuridicidade do dano discutida por alguns autores na Espanha é, no máximo, uma antijuridicidade *ex post*, e não *ex ante*. Para isso, veja DEL OLMO, 2023. p. 8442.

¹⁵ Veja-se também ZIMMERMANN, 1992. pp. 905 e seguintes, e WAGNER, 2003. p. 233. Nos sistemas jurídicos de *common law*, essa ideia foi destacada por GOBLE, *Idaho Law Review*, 1997. pp. 226–281, pp. 230 e 267; SCHWARTZ, 1996. p. 120; e FLEMING, *The Canadian Bar Review*, 1953–5. p. 487. Esses autores enfatizam, com muita propriedade, a conexão entre a noção de dano puramente econômico e a defesa da primazia do contrato. Também interessante – e com um título bastante gráfico – é o trabalho mais recente de JOHNSON, publicado na *Washington & Lee Law Review* em 2009, que, traduzido para o espanhol, se chama “*La función fronteriza de la regla del daño puramente económico*”.

¹⁶ Roca Trias menciona a ideia brevemente, 1995. p. 479. Também encontra eco em Ortí Vallejo, 2006. p. 76. Em uma obra de direito comparado, foi sublinhada por Martín-Casals, 2019. p. 752.

¹⁷ Para a distinção mencionada no texto, confira-se, MARTÍN-CASALS, 2019. pp. 716 y ss.

¹⁸ O exemplo mais notável é GARCÍA VALDECASAS, *RDP*, 1962-II. p. 833, que aborda a ideia, mas a trata como se tivesse o mesmo significado no direito espanhol, sem destacar sua origem germânica e sem usar os termos “zonas cinzentas” e “zonas de sobreposição”. Vale também consultar CAVANILLAS MÚGICA, 1995. pp. 128-129, p. 130 y p. 147. Cfr. SERRA RODRÍGUEZ, 2021. p. 58.

1.2. A chamada zona de sobreposição: duas soluções

A muito debatida e difícil questão de enfrentar os casos que preenchem, simultaneamente, pressupostos a responsabilidade contratual e extracontratual deve ser resolvida em cada sistema segundo as suas peculiaridades próprias.

No sistema alemão, como a violação dos direitos de crédito que nascem de um contrato (que são direitos relativos) não pode dar lugar à responsabilidade extracontratual em aplicação do § 823, I, BGB, somente haverá sobreposição de responsabilidades quando estivermos diante de um contrato cuja execução possa causar — resumindo muito — danos pessoais ou danos às propriedades. Tal circunstância ocorrerá em serviços médicos, transporte de pessoas, transporte de coisas, contrato de trabalho, locação residencial, depósito, etc.

Em tais modalidades de contrato, as quais não são a maioria (muito pelo contrário), é claro que se fazem presentes os requisitos de ambos os tipos de responsabilidade. Por exemplo, é claro que, se o locador descuida do imóvel locado e — por causa do rompimento de uma tubulação — as mercadorias do locatário armazenadas no imóvel locado sofrem danos, estão preenchidos os requisitos das duas modalidades de responsabilidade. Nesse sentido, o locador tem o dever contratual de manter o imóvel locado de maneira que o locatário não sofra danos, e sua propriedade que tinha ali armazenadas, dar-se-ão ao mesmo tempo os requisitos de ambos os tipos de responsabilidade: o locador tem a obrigação contratual de manter o imóvel locado de maneira que o locatário não sofra danos e, por outro lado, o locador está submetido, como qualquer pessoa, ao dever extracontratual de não causar danos às propriedades alheias.

Em contrapartida, se o dano sofrido pelo contratante que demanda não afetasse esses bens tipificados (por exemplo, o locatário causa danos ao locador porque incorre em mora no pagamento dos aluguéis), a responsabilidade extracontratual alemã não seria aplicável.

A área de sobreposição de ambas as responsabilidades que resulta admissível na Alemanha é, por conseguinte, relativamente pequena e, nela, pode ser razoável que o demandante escolha qual modalidade de demanda prefere promover¹⁹. Tal possibilidade exige a advertência final que sempre acrescentam os autores alemães de que o demandante não poderá burlar a norma (ou o direito contratual que seja aplicável) mediante a opção pela responsabilidade extracontratual²⁰.

¹⁹ Uma explicação magnífica, concisa e clara pode ser encontrada em ZIMMERMANN, 1992. pp. 905-906. Na doutrina jurídica espanhola, uma abordagem a esta mesma questão pode ser encontrada em ORTÍ VALLEJO, 2006. p. 58. Uma observação semelhante, relativa a casos de responsabilidade médica, pode ser encontrada em DOMÍNGUEZ LUELMO, 2011. p. 13.

²⁰ MAGNUS, 2019. p. 193. Esta solução está descrita na Espanha por CAVANILLAS MÚGICA, 1995. p. 70 e 73, usando um exemplo trazido da doutrina italiana. Também se pode consultar, no mesmo sentido, BLANCO GÓMEZ, 1996. p. 69, que segue a doutrina francesa (MAZEAUD/TUNC). Em nosso sistema GARCÍA VALDECASAS, RDP, 1962-II. p. 840, acolhe esta advertência final, quando defende a regra da opção e resume sua posição dizendo “a opção deverá ser excluída quando as partes contratantes assim o tenham convencionado expressa ou tacitamente”.

Desta maneira, a zona de sobreposição na Alemanha pode ser imaginada como a zona de interseção entre dois regimes (o contratual e o extracontratual) que estão bem delimitados internamente. É dizer, como a interseção entre dois direitos especiais, como bem observou Cavanillas Múgica²¹.

Dessa maneira, na Alemanha, somente se sobrepõem as responsabilidades quando o dano culposamente causado por uma parte contratante afeta a pessoa ou a propriedade do outro contratante que demanda. Não há, pois, possibilidade de sobreposição na maioria dos casos de danos contratuais, nos quais exclusivamente se sofrem danos puramente patrimoniais (o devedor não cumpre, cumpre tarde, entrega uma prestação defeituosa etc.).

Por sua vez, em sistemas de inspiração francesa, como o espanhol, a zona de sobreposição entre as responsabilidades é total: sempre, repito, sempre que se descumpra um contrato, estão presentes também os requisitos da responsabilidade extracontratual.

Em que pese esse enfoque possa parecer contraintuitivo hoje em dia, o fato é que ele foi amplamente debatido do ponto de vista histórico, na conhecida controvérsia travada na França, ao final do século XIX, entre Sainctelette e Grandmoulin — discussão muito citada na doutrina espanhola —, na qual se confrontavam a regra da *non cumul* e regra da unificação das responsabilidades²². Ademais, a identidade de requisitos entre a responsabilidade contratual (art. 1101 do Código Civil²³) e a responsabilidade extracontratual (art. 1902 do Código Civil²⁴), apontada por distintos autores, evidencia de forma clara essa proximidade conceitual.

Essa aparente identidade de requisitos permite afirmar, em termos teóricos, que a responsabilidade extracontratual é aplicável em qualquer caso de dano causado por um descumprimento imputável do contrato. Também se poderia dizer que qualquer caso de responsabilidade extracontratual

²¹ CAVANILLAS MÚGICA, 1995. pp. 133-134. O autor já havia advertido (p. 7) que, “a área de sobreposição das duas responsabilidades depende da extensão que se conceda aos dois conjuntos que se interseccionam”. A ideia geral também está em BLANCO GÓMEZ, 1996. p. 75. quando afirma que “somente se fosse admitido que a responsabilidade extracontratual abarca todos os danos imagináveis, incluídos os devidos ao inadimplemento contratual, o princípio de especialidade pode servir para resolver o concurso a favor da responsabilidade contratual, pois, caso contrário, há que reconhecer que a responsabilidade contratual e a responsabilidade extracontratual são objeto de duas normativas igualmente especiais” (itálicos acrescentados). especialidade pode servir para resolver o concurso a favor da responsabilidade contratual, pois, caso contrário, há que reconhecer que a responsabilidade contratual e a responsabilidade extracontratual são objeto de duas normativas igualmente especiais” (itálicos acrescentados).

²² O segundo autor foi quem defendeu a unificação. Confira-se: GRANDMOULIN, 1892. Na doutrina jurídica espanhola, DÍEZ-PICAZO, 2011. p. 211, destaca esta situação, citando também a ideia de MERLIN acerca da reparação por mora no contrato por aplicação da responsabilidade extracontratual. Também trata desta polêmica, LUQUE JIMÉNEZ, 2008. p. 22. Anteriormente, enfrentou essa questão SÁNCHEZ VÁZQUEZ, *RD*, 1972. p. 968.

²³ [Nota do tradutor: Dispõe o Código Civil espanhol, em seu art. 1.011: “Estão sujeitos a indenização os danos ou prejuízos causados por aqueles que, no cumprimento de suas obrigações, incorrerem em dolo, negligência ou morosidade e aqueles que de qualquer forma contrariarem os termos dessas obrigações”. A redação original vigente foi consultada em: ESPANHA. Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado. Código Civil. Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1889-4763>. Acesso em 10.01.2026].

²⁴ [Nota do tradutor: Na forma do Código Civil espanhol, em seu art. 1.902: “Aquele que por ação ou omissão causar dano a outro, por culpa ou negligência, está obrigado a reparar o dano causado”. A redação original vigente foi consultada em: ESPANHA. Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado. Código Civil. Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1889-4763>. Acesso em 10.01.2026].

pode ser canalizado pela via da responsabilidade contratual, se é que existe contrato entre as partes. Ambas as afirmações podem ser encontradas em nossa doutrina e/ou em nossa jurisprudência²⁵.

Expressa-o com toda clareza García Valdecasas quando diz que “todo descumprimento de uma obrigação contratual, na medida em que ocasiona um dano à outra parte contratante, implica sempre e necessariamente a infração do dever mais geral de não causar dano a outrem”, em clara alusão ao dever de *neminem laedere* que costuma ser colocado no artigo 1902 do CC²⁶. Na mesma linha, também deixa claro Cavanillas Múgica quando diz que, “se (...) eliminássemos do Código Civil os artigos 1101 e correlatos, parece-me haver pouca dúvida que a responsabilidade do Devedor inadimplente ficaria coberta pelo artigo 1902”²⁷.

Como se pode ver, o sistema espanhol de responsabilidade extracontratual não contém um limite claro que impeça a absorção da responsabilidade contratual pela responsabilidade extracontratual. A regra da *non cumul* foi concebida justamente para barrar esse risco. Por isso, parece plausível supor que o surgimento dessa regra na antiga doutrina francesa do século XIX também esteja relacionado ao fato de que outros instrumentos teóricos capazes de controlar o alcance da responsabilidade extracontratual — como a imputação objetiva do dano ou a relatividade dos deveres de proteção — ainda não haviam sido formulados²⁸.

Por outro lado, vale a pena destacar que a regra do *non cumul* é a solução geralmente adotada nos sistemas de matriz francesa para os casos em que se encontram presentes os requisitos de ambos os tipos de responsabilidade. Isso nos permite perceber que, quando nesses sistemas se afirma que a responsabilidade extracontratual não pode concorrer com a responsabilidade contratual, não se está propriamente descrevendo a realidade²⁹.

Retomando o exemplo mencionado anteriormente, se uma tubulação em mau estado causa danos, por umidade, às mercadorias que o locatário mantinha armazenadas no imóvel alugado, é evidente que esses danos podem ser descritos tanto como decorrentes do inadimplemento por parte do locador, dever contratual de manter a coisa locada em bom estado, quanto como dano causado à propriedade alheia em razão do descumprimento do dever geral de *neminem laedere*. Como se observa nesse exemplo, é evidente

²⁵Para comprovar o diagnóstico jurisprudencial, cf. Blanco Gómez, p. 29, citando a STS 10.01.1949.

²⁶García Valdecasas, RDP, 1962-II, p. 834.

²⁷CAVANILLAS MÚGICA, 1995. p. 7. Cfr. REGLERO CAMPOS, 2008. p. 154 e pp. 157-158.

²⁸Muito útil é a consulta de Borghetti, *Revue Trimestrielle de droit civil*, 2010-I, pp. 15-22. De outro ponto de vista, também parece notável que o novo Código Civil argentino, que unifica a regulamentação da responsabilidade civil, baseia-se fortemente na noção de causalidade adequada: a solução que sai por uma porta (a estrutura da qual deriva a regra *non cumul*, em contraposição entre responsabilidade contratual e extracontratual) retorna pela janela do nexos causal. Isso também denota, por outro lado, um excesso de confiança, provavelmente infundado, na natureza geral do critério para imputar nexos causal adequado. Há algum tempo, Basozabal, *Responsabilidad extracontractual objetiva*. Parte general. Parte general, Madrid: BOE, 2015. pp. 138 et seq., explica de forma convincente que, no campo da responsabilidade objetiva, o critério de imputação predominante é o da finalidade de proteção da regra e que o da causalidade adequada é tipicamente irrelevante.

²⁹Creio que o expressa muito bem CAVANILLAS MÚGICA, 1995. p. 7, ao afirmar que “(outra) coisa é afirmar que esses danos devem submeter-se ao regime da responsabilidade contratual, por ser aquele ao qual o legislador especialmente os destinou, com exclusão da normativa extracontratual. Mas, com isso, não se nega a concorrência; ao contrário, admitindo-a, resolve-se precisamente por meio da aplicação de uma das principais regras utilizadas na solução de conflitos entre normas concorrentes: o princípio da especialidade”.

que também nos sistemas de tradição francesa podem existir situações de concorrência em que se verificam os requisitos de ambos os tipos de responsabilidade.

Na verdade, esse é precisamente o ponto central: nesses sistemas de tradição francesa sempre há a possibilidade de concorrência. Essa premissa constitui o problema que a regra do *non cumul* resolve de um só golpe, ao prescrever a exclusão da concorrência em favor da responsabilidade contratual³⁰. Em outras palavras, a afirmação de não concorrência implícita na regra *non cumul* tradicional (segundo a qual a responsabilidade extracontratual não pode nascer entre pessoas ligadas por um contrato cujo inadimplemento está em discussão) deve ser compreendida como uma fórmula normativa que oferece uma solução ao problema representado pela ameaça de absorção da responsabilidade contratual por uma responsabilidade extracontratual de alcance excessivo.

É justamente esse caráter amplíssimo da responsabilidade extracontratual, nos sistemas de tradição francesa, que levou J. Flour a qualificá-la como “uma máquina de destruir o Direito”³¹.

2. A SITUAÇÃO DOUTRINÁRIA NA ESPANHA

2.1. Duas posições extremas

1. Já destacamos na introdução deste trabalho que, na Espanha, o debate sobre as relações entre responsabilidade contratual e responsabilidade extracontratual tem sido considerado por autores muito distintos como difícil e insatisfatório³². No entanto, acredito que o debate doutrinário pode ser melhor compreendido falando na existência, na Espanha, de duas teorias extremas e de um terceiro grupo de teorias intermediárias, que combinam de maneiras variadas os elementos das duas primeiras.

As duas teorias extremas ou puras correspondem aos dois modelos comparados que descrevemos nas seções anteriores. De fato, uma primeira parte da doutrina defende, sem rodeios, a solução dessas questões mediante a aplicação da regra do *non cumul* da tradição francesa. Ao seu lado, e em total oposição, um segundo setor doutrinário defende a teoria da concorrência e sua solução mediante a regra da opção (acompanhada da advertência final de que, em qualquer caso, a opção desaparece quando a responsabilidade extracontratual se pretende utilizar para contornar a regra contratual aplicável), solução que se encaixa bem na lógica dos códigos de tradição germânica.

Não vamos aprofundar aqui estas duas primeiras posições teóricas, porque correspondem às posições já descritas na epígrafe anterior³³. Contudo, vale a pena destacar, em qualquer caso, que os autores mais lidos e prestigiosos da doutrina atual defendem a regra *non cumul* (L. Díez-Picazo, F. Pantaleón, R. Bercovitz, A. Carrasco, E. Roca).

³⁰ZIMMERMANN, 1992. p. 906 destaca com clareza esse perigo iminente nos sistemas da tradição francesa. Essa mesma ideia é bem descrita em MARTÍN-CASALS, 2011. p. 13.

³¹ Citado por REMY, *Revue Trimestrielle de droit civil*, 1997-II. p. 325.

³² Por exemplo, ORTÍ VALLEJO, 2006. p. 51 fala de uma “paisagem doutrinária obscura”. Uma apresentação mais concisa e descritiva dos termos em que se coloca o debate doutrinário pode ser encontrada em DEL OLMO, 2024. pp. 210-211.

³³ Para mais informações sobre essas posições doutrinárias, remeto o leitor interessado a DEL OLMO, *Almacén de Derecho*, 29.04.2024. Também, DEL OLMO, *Almacén de Derecho*, 27.05.2024.

Em face do que foi explicado acima, o leitor provavelmente estará se perguntando se é realmente possível defender, na Espanha, a teoria da concorrência e a regra da opção, tendo em conta as explicações examinadas sobre os dois modelos comparados que estão em total contraposição. Por que então, seria realmente possível defender, na Espanha, a regra da opção como solução para as situações de concorrência de responsabilidades? Não havíamos concluído que essa era uma solução própria dos sistemas de tradição germânica, que funcionam com quatro requisitos em seus regimes de responsabilidade extracontratual?

2. A resposta é que, de fato, na Espanha essa solução de tradição germânica tem sido defendida (por García Valdecasas e Delgado Echeverría) que tal feito foi alcançado com uma técnica muito precisa: mediante a importação - de maneira mais ou menos aberta ou mais ou menos velada - do requisito da antijuridicidade do dano.

O autor que deixa isso mais claro é Reglero Campos, quando afirma que “não causar um dano injusto constitui sempre uma obrigação de direito natural, exigível para além de qualquer convenção...” (itálico nosso)³⁴. Como se vê, o autor importa diretamente o requisito de que o dano seja injusto quando estão sendo analisadas as relações entre ambas as responsabilidades, o que lhe permite, em seguida, defender a teoria da opção sem maior (!?) problema. Cabe notar que, nas primeiras edições do Tratado sobre Responsabilidade Civil coordenado pelo autor, tal requisito da antijuridicidade do dano não constava nos capítulos dedicados ao dano como requisito geral da ação. Também é de se destacar que a importação do requisito da injustiça do dano se faz sem nenhuma justificativa especial, sendo simplesmente dado como um pressuposto.

Algo parecido se observa em relação a García Valdecasas, que é um dos primeiros e mais influentes autores que na doutrina espanhola mais ou menos recente defende a regra da opção. O autor não emprega a expressão dano injusto ou coisa parecida, porém sua maneira de se expressar revela que incorporou o requisito da antijuridicidade do dano à nossa responsabilidade extracontratual e o fez sem dar explicações mais detalhadas.

Assim, García Valdecasas falava em “bens juridicamente protegidos” o que permite a ele a afirmação de que “(os) campos respectivos de uma ou outra responsabilidade estariam perfeitamente demarcados”³⁵. Isso permite ao autor entender a questão da sobreposição de responsabilidades, não como uma questão de regra geral e especial (tal como seria a relação entre ambas conforme a solução da regra *non cumul*), contudo como dois regimes especiais igualmente aplicáveis ao caso. É o que García Valdecasas expressa ao dizer: “(Se) alguém incorre em responsabilidade contratual somente responderia contratualmente, todavia, não por ato ilícito, e vice-versa. As duas responsabilidades seriam *mutuamente* excludentes” [grifo nosso]³⁶.

³⁴ REGLERO CAMPOS, 2008. p. 157. Convém lembrar que a exigência consta do artigo 2043 do *Código Civil italiano*, segundo o qual “Qualquer ato intencional ou culposo que cause dano injusto a outrem obriga aquele que o praticou a reparar o dano” (grifo nosso).

³⁵GARCÍA VALDECASAS, *RDP*, 1962-II. p. 833.

³⁶GARCÍA VALDECASAS, *RDP*, 1962-II. p. 833.

Essa ideia de que as responsabilidades se excluem mutuamente é radicalmente estranha à lógica do nosso sistema e, conforme tratamos, corresponde à lógica subjacente ao § 823, I, BGB.

Em qualquer caso, vale destacar que a importação desse quarto requisito da responsabilidade extracontratual, que consiste em afirmar a tipicidade ou antijuridicidade do dano - realmente inexistente no Direito espanhol - como tem sido assinalado e criticado pela doutrina mais atenta³⁷.

3. Há outras duas maneiras de defender a teoria da concorrência e a regra da opção na Espanha que, no fundo, creio que estão relacionadas. Refiro-me à que defende ou aponta J.M. Miquel González de Audicana e, por outro lado, à que propõe abertamente M. Martín-Casals. Por razões de espaço, limito-me aqui a formulá-las de modo muito resumido.

J.M. Miquel explica que

Desde o momento em que a responsabilidade extracontratual se desenvolva através de deveres específicos de cuidado e deixe na penumbra esse genérico *alterum non laedere*, [...] também se mostrarão mais claras as razões da concorrência de ambas na medida em que apareça infringido um dever de não causar danos fundado em duas causas diversas, porém, concorrentes³⁸.

O que creio que esse autor assinala com todo acerto é que, mediante uma maneira distinta de entender a responsabilidade extracontratual que se fixe nesses deveres de cuidado específicos – ou, melhor, relativos –, pode-se defender uma zona de sobreposição entre responsabilidades na qual estas concorram em pé de igualdade, como ocorre na Alemanha e nos sistemas de *common law*, onde a via sugerida por J.M. Miquel foi mais explorada³⁹. O argumento me parece muito mais promissor, apesar de que, nos sistemas de tradição francesa, essa relatividade aquiliana da qual falavam Limpens e outros autores, há muitos anos seja, mera proposta doutrinária.⁴⁰

Por seu lado, M. Martín-Casals começa explicando que a resistência tradicional da doutrina francesa em aplicar a teoria da opção deve-se ao temor de que o demandante possa desviar as limitações previamente aceitas em via contratual – como, por exemplo, seria o caso de uma cláusula limitativa de responsabilidade⁴¹. Não obstante, o autor destaca que, para evitar esse resultado claramente indesejável,

³⁷PANTALEÓN, 1991. pp. 1977 e ss. Na mesma linha, ASÚA GONZÁLEZ, *Manual de Derecho civil*, II, Barcelona, 3 ed. 2000. p. 471; PARRA LUCÁN, 2020. p. 404; LUQUE JIMÉNEZ, 2008. pp. 63-65; YZQUIERDO TOLSADA, 2016. p. 110.

³⁸J.M. MIQUEL conclui assim seu trabalho. Pode-se conferir MIQUEL GONZÁLEZ DE AUDICANA, *Cuadernos de Derecho Judicial*, 1993. nº XIX. A ideia deste autor também foi destacada como essencial por LUQUE JIMÉNEZ, 2008. p. 61.

³⁹Os sistemas de *common law* baseiam-se — no que aqui interessa — na introdução, dentro da responsabilidade civil por negligência (*tort of negligence*), de uma exigência que consiste em um dever de cuidado (*duty of care*) que deve recair sobre o demandado e que é de caráter relativo (em oposição à natureza potencialmente ilimitada e geral do nosso dever de *neminem laedere*). Uma explicação mais extensa pode ser encontrada em DEL OLMO, ADC, 2001-I. pp. 274-275 e 302-309. Para a questão da relação entre esses dois tipos de responsabilidade na *common law*, veja JOHNSON, *Washington & Lee Law Review*, 2009. p. 577.

⁴⁰Essa é uma opinião, proposta, em nossa doutrina, por autores da estatura de DÍEZ-PICAZO ou PANTALEÓN, é a que eu pessoalmente considero preferível para limitar nossa responsabilidade extracontratual em geral e para nos aproximar, neste ponto, ao modelo de PETL — *Princípios de Direito Europeu da Responsabilidade Civil* (mais detalhes em DEL OLMO, ADC, 2001-I. pp. 309-316). Veja-se também: LIMPENS, 1965. *passim*.

⁴¹MARTÍN-CASALS, 2011. p. 13.

não é imprescindível adotar a regra de incompatibilidade de ações, mas basta limitar a possibilidade de escolha quando possa ocorrer situação desse tipo.

Como se vê, o autor propõe usar a teoria da opção tal como descrita numa epígrafe anterior: liberdade de escolha entre duas ações, somada a uma advertência final de reserva quanto ao desvio do contrato ou da lei. De minha parte, embora concorde na razoabilidade dos resultados obtidos do ponto de vista de garantir a primazia do contrato, creio que a teoria resultante tampouco é fácil de defender na Espanha⁴².

Como se percebe, esses dois professores propõem matizar ou abandonar a regra *non cumul* tradicional, todavia, o fazem partindo de uma mudança profunda na maneira de entender a cláusula geral de responsabilidade contida no nosso artigo 1902. Sem dúvida, isso vem a confirmar a correção da proposta teórica de Zimmermann e Wagner, exposto na segunda epígrafe deste trabalho.

2.2 As posições doutrinárias intermédias: a definição negativa da responsabilidade extracontratual e o âmbito do contrato

No debate doutrinário espanhol acerca das relações entre a responsabilidade contratual e a extracontratual, o espaço intermediário entre as duas teorias extremas revela-se particularmente confuso. Tal confusão decorre, a meu ver, do fato de que as diversas posições que ocupam esse terreno intermediário combinam elementos próprios das teorias extremas, de maneiras muito variadas, com resultados muito distintos, aparentemente contraditórios e, por vezes, realmente ininteligíveis. A situação é tão problemática que não creio ser um exagero afirmar que nem sequer há uma linguagem comum nesta matéria.

A despeito da multiplicidade e heterogeneidade das posições existentes, concentrarei a análise em quatro autores cujas formulações permitem compreender de que modo o debate doutrinário vem sendo desenhado na atualidade. É curioso que, apesar de suas aparentes incompatibilidades e contradições, é possível identificar nelas algo como um consenso implícito, quanto à leitura mais elementar desta questão. O que refiro é que em todas essas construções subjaz uma forma menos rígida de compreender as mesmas ideias que, em um primeiro momento histórico, conduziram à afirmação da solução da regra *non cumul*. Vejamos isso de maneira mais detida.

⁴² O professor MARTÍN-CASALS é um dos autores da obra *Principios del Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil* (PETL, em sua sigla em inglês), em cuja elaboração referido professor ocupou papel de destaque. Talvez por essa razão, a solução que ele propõe provavelmente seja influenciada por soluções americanas e pela visão de responsabilidade adotada no PETL. Faço referência aos artigos 2.101 e 2.102 PETL. De acordo com o que dispõe o artigo 2.101. Dano ressarcível: “O dano requer um prejuízo material ou imaterial a um interesse juridicamente protegido”. Veja-se igualmente o que prevê o artigo 2.102. Interesses protegidos: “(1) O alcance da proteção de um interesse depende da sua natureza; a sua proteção será mais ampla quanto maior for o seu valor, a precisão da sua definição e a sua obviedade. (2) A vida, a integridade física e mental, a dignidade humana e a liberdade gozam da mais ampla proteção. (3) É concedida ampla proteção aos direitos reais, incluindo os relativos a coisas incorpóreas. (4) A proteção de interesses puramente patrimoniais ou de relações contratuais pode ter um âmbito mais limitado (...)”. Os textos em espanhol foram retirados da tradução do PETL — *Principios de Direito Europeu da Responsabilidade Civil* pela Rede Espanhola de Direito Privado Europeu e Comparado (*Red Española de Derecho Privado Europeo y Comparado*), coordenada por MARTÍN-CASALS, Navarra, 2005. Como se pode ver, esta forma de abordar as questões não é a mesma que a utilizada no nosso artigo 1.902 do CC e que, na minha opinião, é decisiva para tratar destas questões.

As quatro posições teóricas que tomo como paradigmas da confusa posição doutrinária existente nessa seara intermediária são as seguintes:

A posição de Reglero Campos, que defende, simultaneamente, todas as teorias possíveis. O autor defende: (a) a teoria da concorrência de responsabilidades, com a adoção da regra da opção; (b) a proposta de unificação das responsabilidades; e (c) uma versão modificada da regra do *non cumul* tradicional, já anteriormente mencionada.

A segunda posição significativa é a de M. Yzquierdo Tolsada, que propõe aquilo que denomina uma moderada unificação das responsabilidades, cujo alcance não é muito claro. Às vezes, parece que o Autor entende a unificação como uma proposta de lege ferenda, favorável a estabelecer uma disciplina única para ambos os tipos de responsabilidade. Em outros momentos parece dar um passo adiante e propor algo similar a aplicação preferencial da responsabilidade extracontratual sobre a contratual. Seria algo como uma unificação por absorção da solução contratual por parte da solução extracontratual. O curioso é que o próprio autor acaba, por descartar sua própria análise inicial e retorna à defesa da solução da regra *non cumul* tradicional (ou de sua versão mais flexível e renovada), em uma surpreendente “reviravolta no roteiro” (plot twist).

Em terceiro lugar, merece destaque a posição formulada por Ortí Vallejo. Esse autor defende, como a aplicação geral da regra *non cumul* e, por outro lado, admite também a possibilidade de concorrência de responsabilidades e a adoção da regra da opção em um caso muito especial, em que centra sua atenção: as relações entre responsabilidade contratual e extracontratual nos casos de danos pessoais decorrentes da prestação de serviços.

Em quarto lugar, cumpre mencionar a também mais recente posição de M. C. Luque Jiménez, que se declara abertamente partidária à regra *non cumul*.

Por que incluir a professora Luque Jiménez neste quarto item? Não deveria figurar, simplesmente, entre os defensores da regra *non cumul* como teoria pura ou extrema, tal como mencionei no item anterior?

A razão de sua inclusão neste quarto lugar é evidenciar que essa autora afirma a regra *non cumul* como solução para a concorrência (que ela admite) entre responsabilidades. A autora afirma que: “A responsabilidade extracontratual é residual ou subsidiária em relação à contratual, que constitui norma especial, o que implica a aplicação *preferencial* desta última sempre que exista *concurso de responsabilidades*” [grifos nossos]⁴³.

Observa-se que Luque Jiménez admite a existência de um concurso de responsabilidades e defende a regra *non cumul* não como a impossibilidade ab initio de que surja a responsabilidade extracontratual (que corresponde à formulação original da regra), mas como o modo pelo qual se resolve essa zona de concorrência, conferindo prioridade automática à solução contratual⁴⁴.

⁴³ LUQUE JIMÉNEZ, 2008. p. 102.

⁴⁴ Em uma nota anterior, já havíamos citado CAVANILLAS MÚGICA (1995. p. 7), reconhecendo essa distinta versão da regra *non cumul*. Para facilitar a leitura, volto a reproduzir o parágrafo desse autor, que explicava que: “(outra) coisa é afirmar que esses danos devem submeter-se ao regime da responsabilidade contratual, por ser aquele ao qual o

2.2.1. A responsabilidade extracontratual, como a própria palavra indica

Essa leitura de Luque Jiménez que acabamos de ver creio que permite apreciar com clareza um traço que, como sublinhado, caracteriza todas as posições intermediárias descritas. Na citação anterior dessa autora, já se fala de que a responsabilidade extracontratual é residual ou subsidiária em relação à contratual. Vale fixar-se nessa afirmação, pois se pode encontrar implícita ou explicitamente afirmada também no resto das posições que venho chamando intermediárias. Essa ideia muito geralmente admitida fica clara quando Luque Jiménez afirma que

[Sempre] que não se reúnam os requisitos necessários para que a responsabilidade seja contratual, a vítima pode se situar no terreno da responsabilidade extracontratual [...]. Dessa forma, enquanto o âmbito da responsabilidade contratual se define pela existência de certas *condições positivas*, o da responsabilidade extracontratual se determina *negativamente* pela ausência de alguma dessas condições, tendo este último regime uma vocação, ao mesmo tempo *geral e residual*, para abarcar toda situação não submetida ao regime da responsabilidade contratual. [grifo nosso]⁴⁵.

Como se pode constatar na citação anterior, Luque Jiménez fala de uma definição negativa ou residual da responsabilidade extracontratual que, na realidade, deveria ser patente entre nós⁴⁶. Na realidade, como a própria palavra indica, a responsabilidade extracontratual é a responsabilidade que existe quando não há contrato ou, dito de outro modo, é a responsabilidade que existe fora do contrato. Por isso, a impossibilidade de concorrência decorre per se dessa premissa: em um mundo binário (porque assim se estruturou o sistema), a responsabilidade não pode ser contratual e extracontratual ao mesmo tempo.

Na doutrina espanhola, é habitual argumentar em defesa dessa ideia – de maneira quase unânime, mas creio que sem extrair todas as consequências dessa ideia – dizendo que isso deriva com clareza dos títulos que o CC emprega em matéria de obrigações. Enquanto o Título II do Livro IV do CC se encabeça com a fórmula "Dos contratos", o Título XVI desse mesmo Livro IV emprega "Das obrigações que nascem sem

legislador especialmente os destinou, com exclusão da normativa extracontratual. Mas, com isso, não se nega a concorrência; ao contrário, admitindo-a, resolve-se precisamente por meio da aplicação de uma das principais regras utilizadas na solução de conflitos entre normas concorrentes: o princípio da especialidade".

⁴⁵ LUQUE JIMÉNEZ, 2008. pp. 62-63. Por sua vez, YZQUIERDO TOLSADA, 2016. apresenta um parágrafo com essas mesmas ideias na p. 81: "A expressão 'responsabilidade extracontratual' tem um caráter negativo, na medida em que seu objeto é designado como algo oposto ao da responsabilidade contratual. Pode-se afirmar, nesse sentido, que os princípios da responsabilidade civil aquiliana constituem o direito comum da teoria da reparação por danos civis, sendo aplicáveis quando não o são aqueles que compõem o regime especial dos contratos e que conferem um meio específico para sua indenização: qualquer dano decorrente de um ato humano que não seja o descumprimento de obrigação será extracontratual".

⁴⁶ A ideia já estava presente nos primeiros comentadores do Código, como MANRESA, 1907. pp. 75-76, que afirmou que "a culpa contratual, que impede o cumprimento de uma obrigação, é mais negativa, enquanto a culpa extracontratual, que a origina, é mais positiva". Como aponte, essa ideia pode ser encontrada em muitos outros e distintos autores. Por exemplo, GARCÍA VALDECASAS, *RDP*, 1962-II. p. 831; BLANCO GÓMEZ, p. 66; ARANDA, *Guía de Derecho Civil. Teoría y práctica. Derecho de obligaciones y responsabilidad civil*, 2ª ed. Navarra, 2021. p. 351; MOLINER TAMBORERO, "La responsabilidad civil derivada de accidente de trabajo", em J. A. MORENO MARTÍNEZ (coord.), *Responsabilidad civil y su problemática actual*, Madrid: Dykinson, 2007. pp. 696 e 698. Com destaque para o direito comparado, PUIG BRUTAU, 1983. p. 77. Entre os autores mais antigos CLEMENTE DE DIEGO, *Curso elemental de Derecho civil español, común y foral*, Madrid, 1927. p. 493 ou MANRESA, 1907. p. 616.

convenção", estabelecendo claramente essa contraposição⁴⁷. Igualmente se assinala na doutrina a contraposição entre o artigo 1091 e o artigo 1093, ambos contidos entre os primeiros artigos do Título I, Capítulo 1º do Livro IV, do CC, o que permite apreciar mais facilmente seu valor estrutural⁴⁸. Pois bem, enquanto o primeiro desses artigos estabelece que "As obrigações que nascem dos contratos têm força de lei entre as partes contratantes, e devem cumprir-se de acordo com seus termos", o segundo remete à regulação das obrigações que nascem sem convenção – no que aqui importa – aos artigos 1902 e seguintes do CC. Como se pode ver, então, esses dois preceitos citados estabelecem regime distinto para as obrigações nascidas de cada uma das fontes de obrigações que cada um menciona, como desdobramento da enumeração das fontes contida no artigo 1089 CC⁴⁹.

2.2.2. O âmbito do contrato

Admitida essa característica fundamental do nosso Direito das obrigações e contratos, a conclusão de que não pode haver concorrência entre a responsabilidade contratual e a extracontratual soa como decorrência natural. Por isso, é fácil entender que também estão de acordo com a definição negativa ou residual da responsabilidade extracontratual, os defensores da regra *non cumul em sua versão mais antiga*⁵⁰. O passo adicional que propõem os autores partidários das teorias intermediárias consiste em admitir que esse contraponto entre ambas as responsabilidades implica que não pode haver concorrência de responsabilidades..., mas que tal coisa somente ocorre no que se tem chamado de estrita órbita do pactuado⁵¹. Dessa maneira, sim se pode admitir uma concorrência de responsabilidades fora do que não é esse núcleo duro do contrato. Formula-o abertamente Sánchez Vázquez quando explica que "(Não é) suficiente que haja contrato entre as partes para que a responsabilidade extracontratual seja simplesmente rejeitada. É preciso para isso que nos encontremos dentro da *órbita contratual*, reconduzindo então todo o problema a limitar a amplitude dessa órbita" [grifos nossos]⁵².

⁴⁷No *Code Napoléon*, "*Des contrats ou des obligations conventionnelles en général*" eram contrapostos com "*Des engagements qui se forment sans convention*". Os primeiros comentadores do nosso Código enfatizaram essa ideia. Veja MANRESA, 1907. p. 601. Veja também GARCÍA VALDECASAS, *RDP*, 1962-II. p. 832.

⁴⁸É bem destacado por REGLERO CAMPOS, 2008. p. 137.

⁴⁹GARCÍA VALDECASAS. *RDP 1962-II*. pp. 833 e 835. No mesmo sentido: BORRELL MACIÁ, A. *Responsabilidades derivadas de culpa extracontractual civil*. Barcelona: Bosh, 1942. p. 50; REGLERO CAMPOS, 2008. p. 137. Veja-se a citação de Bonet em SÁNCHEZ VÁZQUEZ, *RDP*, 1972. p. 980: "as duas qualidades, de partes e terceiros, são irreconciliáveis: a partir do momento em que entra a culpa contratual, sai a extracontratual: uma parte contratante não é um terceiro".

⁵⁰Na verdade, todos compartilham essa forma negativa ou residual de definir a responsabilidade extracontratual. Veja-se, por exemplo, MANRESA, 1907. p. 615 (embora cfr. p. 75) e SÁNCHEZ VÁZQUEZ, *RDP*, 1972. p. 969.

⁵¹Curiosamente, GARCÍA VALDECASAS, *RDP*, 1962-II. p. 835. formulou uma ideia semelhante, afirmando que, "da abordagem que acabamos de adotar, decorre que a opção deve ser excluída quando o ato determina a violação da obrigação contratual, por si só, e prescindindo desta última, não importaria uma violação ao dever geral de não causar dano a outrem. Sustentar em contrário, ou seja, admitir que em qualquer violação contratual à parte lesada pode optar pela via delitual (extracontratual) equivaleria a violar a lei, que pretendeu sujeitar a responsabilidade decorrente do descumprimento contratual a um regime diferente do da responsabilidade civil extracontratual". A ideia de que por detrás do conceito da esfera do que foi acordado residia a intenção de abrir caminho para a opção já havia sido apontada por PANTALEÓN, *CCJC*, 1984 n 5. p. 1654. Cfr. SÁNCHEZ VÁZQUEZ, *RDP*, 1972. pp. 978-879 e REGLERO CAMPOS, 2008. p. 166.

⁵²SÁNCHEZ VÁZQUEZ, *RDP*, 1972. p. 978; Uma ideia similar, aparece em GARCÍA VALDECASAS, *RDP*, 1962-II. p. 835. A leitura é muito detalhada na jurisprudência, a partir da *STS* 9.03.1983. Para confirmar o diagnóstico jurisprudencial, confira-se, LUQUE JIMÉNEZ, 2008. pp. 110-111.

Como se vê na citação anterior, o (terrível) problema vai ser, então, como definir esse núcleo do conteúdo contratual. Trata-se de uma questão difícil, que se tem dito que envolve “enormes dificuldades de precisão” e sobre a qual creio que se disse pouco abertamente na doutrina espanhola⁵³. É certo que, na doutrina, alude-se frequentemente nesse contexto aos chamados deveres de segurança ou proteção, deveres que amparam a pessoa e bens do outro contratante e que são o campo no qual se vai afirmar a regra da opção ou a solução da unificação⁵⁴. Mas a duras penas se alude à origem unicamente convencional desses deveres estritamente contratuais, que é o que parece que subjaz ao emprego desses deveres de proteção (que podem ser de origem contratual ou extracontratual) como forma de definir a zona de sobreposição⁵⁵.

3. UMA BREVE DESCRIÇÃO DAS POSIÇÕES INTERMEDIÁRIAS

Já destaquei a conclusão fundamental que pode ser extraída das quatro posições intermédias que ficaram formuladas na epígrafe anterior: todas elas partem da definição negativa ou residual da responsabilidade extracontratual que subjaz à estrutura do nosso Código Civil e todas elas admitem a possibilidade ou a conveniência de admitir uma concorrência de responsabilidades fora da estrita órbita do que foi pactuado.

Esta seção que agora começa é provavelmente dispensável para o que quero contar neste trabalho. Ainda assim, decidi pela inclusão por dois motivos. Em primeiro lugar, para explicar, ainda que muito brevemente, o detalhe das posições doutrinárias das quais deriva essa conclusão que acabo de formular. Em segundo lugar, porque esse percurso me servirá também para destacar a importância da definição do âmbito de aplicação das soluções que se propõem, que é a questão que tratarei na última parte deste trabalho.

Para maior clareza, creio que vale a pena começar apresentando com um pouco mais de profundidade a posição do professor Reglero Campos, com a advertência histórica de que a posição deste autor foi formulada depois que Yzquierdo Tolsada apresentou as primeiras versões de sua análise.

3.1. Três teorias ao mesmo tempo

Para nossos fins, a primeira posição relevante é de Reglero Campos, que aspira a oferecer uma solução geral às relações entre ambos os tipos de responsabilidade, mas o faz centrando-se na solução dos casos concretos com relevância prática que vai identificando na matéria. Assim, Reglero vai afirmar,

⁵³ Para a citação, veja YZQUIERDO TOLSADA, 2016. p. 105. A mesma ideia pode ser encontrada em outros autores, tanto mais antigos, como SÁNCHEZ VÁZQUEZ, *RD*, 1972. p. 981, quanto mais recentes, como LUQUE JIMÉNEZ, 2008. p. 29, que afirma que “não é difícil definir o conteúdo do contrato quando há uma cláusula expressa e se trata de uma obrigação essencial. Nesses casos, a existência de responsabilidade contratual é clara”. Ele acrescenta (na p. 30) que “a dificuldade reside quando se trata de uma obrigação acessória ou tácita no contrato”.

⁵⁴ Esse ponto é bem explicado por CAVANILLAS MÚGICA, 1995. p. 7, que afirma que “a responsabilidade contratual concorrente existe ao lado da responsabilidade extracontratual quando, com relação aos bens ou à pessoa da vítima, há uma obrigação de guarda ou cuidado que incumbe a um dos membros da relação obrigatória”. Veja também, entre muitos outros, YZQUIERDO TOLSADA, 2016. pp. 105 e ss; LUQUE JIMÉNEZ, 2008. pp. 78 e ss. Uma visão crítica e distinta em GARCÍA VALDECASAS, *RD*, 1962-II. p. 839.

⁵⁵ CABANILLAS SÁNCHEZ, 2008. p. 155.

primeiro, a possibilidade de uma concorrência de responsabilidades e que essa concorrência deve ser resolvida mediante a regra da opção. No entanto, diante da postura ortodoxa da teoria da opção, o certo é que o autor compartilha algumas das premissas elementares dos defensores da regra *non cumul*, como maneira de afirmar a primazia do contrato. Por exemplo, quando Reglero insiste em que o artigo 1093 remete ao regime dos artigos 1902 e seguintes do CC, o que determina a impossibilidade de concorrência⁵⁶. É a ideia da delimitação negativa da seara do extracontratualmente indenizável que vimos também em Yzquierdo Tolsada e Luque Jiménez. Essa coincidência nos argumentos dos defensores da regra *non cumul* pode ser vista também quando Reglero Campos observa que, por mais que haja casos em que é difícil qualificar a responsabilidade como contratual ou extracontratual, o órgão judicial “sempre tem que qualificá-la e que se, por exemplo, as mercadorias depositadas se perdem em um incêndio a responsabilidade do depositário é contratual”.

Contudo, o autor — criticando deste ponto de vista a STS 29.12.2000 (RJ 9445) relativa a um incêndio com danos a coisas depositadas — assinala que defender a regra da opção e que essa teoria unicamente é aplicável no que chama de zonas fronteiriças, sem que se deva generalizar seu uso⁵⁷. Como se vê, é essencial determinar como essas zonas fronteiriças são delimitadas, o que veremos que o autor propõe de forma não muito clara.

Reglero termina, pois, admitindo a regra da opção, com o que está admitindo, claramente, a possibilidade de uma concorrência de responsabilidades. No entanto, como havíamos adiantado, o que ocorre é que Reglero, antes de chegar a essa solução da opção, emprega ao mesmo tempo argumentos próximos à teoria da unificação e à da opção — além disso, combinando-os —, o que é fonte adicional de obscuridade. Para ilustrar, como diz um jovem e promissor colega: segundo Reglero,

(Se) se parte da base de que o objeto da doutrina da responsabilidade é a indenização do dano, a distinção entre a responsabilidade contratual e a extracontratual *não está justificada*. Produzido um dano, seu autor deve repará-lo sempre que lhe seja imputável, com independência de que tenha ocorrido no marco (de) uma relação contratual ou extracontratual” [grifos nosso]⁵⁸.

Tal circunstância, vista de certa distância, não expressaria mais que a afirmação de que a função da responsabilidade é indenizatória, no entanto, alinha-se com a teoria da unificação de responsabilidades que veremos em seguida que propõe Yzquierdo Tolsada, com palavras muito similares a estas.

Realmente, Reglero Campos afirma a conveniência de proceder à unificação o regime de responsabilidade, não em geral, mas tão somente em alguns âmbitos. Diz o autor que, para danos corporais e morais, seria bom ter um regime jurídico único, visto que “resulta absurdo que para pedir a indenização por uns mesmos danos seja diferente o regime jurídico conforme se considere que sua origem é contratual

⁵⁶ REGLERO CAMPOS, 2008. p. 137. Ele também aborda ideias próximas à regra *non cumul* na relação da jurisprudência que expõe na p. 179.

⁵⁷ REGLERO CAMPOS, 2008. p. 169. O autor, na p. 141, conta também STS 22.07.1997 (RJ 6156) sobre um caso de abordagem e critica o uso da ideia de justaposição de responsabilidades para impedir esse desvio.

⁵⁸ REGLERO CAMPOS, 2008. p. 144.

ou extracontratual”. Nesta linha, Reglero propugna a unificação das modalidades de responsabilidades que — para danos corporais — foram elaboradas algumas leis setoriais (por exemplo, em matéria de consumo e em matéria de circulação de veículos a motor). Em minha opinião, a proposta tem a virtude de que faz o operador fixar-se no âmbito de aplicação da regra que se propõe. É uma via na qual, veremos, que insiste Ortí Vallejo, a partir do direito comparado.

Creio que do dito acima, decorre com clareza que este complexo panorama teórico que apresenta Reglero — defendendo ao mesmo tempo todas as teorias possíveis — é reflexo do enfoque fragmentário que o autor adota, atendendo às questões práticas propostas dentro do campo de estudo que considera relevante⁵⁹. Seja como for, Reglero sublinha com acerto — citando Díez-Picazo e Pantaleón — a necessidade de evitar que se possa empregar a responsabilidade extracontratual para contornar o regime pactuado no contrato, o que é um risco que se pode apreciar bem do ponto de vista dos defensores da regra da opção, mas que resulta praticamente invisível para os defensores da unificação de responsabilidades⁶⁰.

3.2. Uma proposta que soluciona tudo junto: É possível defender a unificação de responsabilidades?

Em segundo lugar, cabe mencionar a postura de M. Yzquierdo Tolsada, que é um dos primeiros autores que começaram a propor estas questões na doutrina atual. Para entender suas proposições, talvez seja boa ideia começar destacando que o autor enfatiza que os requisitos da responsabilidade contratual e os da extracontratual são os mesmos (culpa/descumprimento, dano e nexos causal, para dizer brevemente). Com esse ponto de partida, não será estranho que Yzquierdo defenda uma unificação de responsabilidades, unificação que — pelas características de nossa cláusula geral de responsabilidade — põe em questão a primazia do contrato. O curioso é que após uma análise que defendeu basicamente essa ideia da unificação, sempre em termos elogiosos, o autor abandona sua própria análise e retorna à solução tradicional da regra *non cumul* (?!). Vejamos um pouco mais devagar.

Para explicar a análise de Yzquierdo, creio que vale a pena partir de sua observação de que os requisitos de ação ou omissão antijurídica, o dano, a relação de causalidade e que “os fatores de atribuição (culpa, dolo, risco, etc.)” próprios da responsabilidade extracontratual são os mesmos que os da responsabilidade contratual. Segue este autor assinalando que esses elementos são: “(Elementos) comuns a ambas as modalidades de responsabilidade (...): a ação ou omissão de que se fala na responsabilidade aquiliana é justamente o descumprimento do contrato na contratual. E o artigo 1101 fala também de causalidade, de danos e de culpa, tal qual o 1902”⁶¹.

⁵⁹ Isso fica muito claro em REGLERO CAMPOS, 2008. por exemplo, nas p. 140-141, onde ele afirma: “Este é mais um debate teórico do que prático, visto que a experiência forense demonstra que problemas dessa natureza raramente surgem na prática”. O autor insiste na p. 144 que “alguns autores veem a distinção como nada mais do que uma questão quase exclusivamente dogmática, com alto conteúdo teórico, mas sem grande impacto prático”. Ele também é muito claro na p. 159, quando descarta um problema dizendo que se trata de um falso problema “já que praticamente não tem impacto prático”.

⁶⁰ Assim, por exemplo, em REGLERO CAMPOS, 2008. pp. 145 e 158.

⁶¹ YZQUIERDO TOLSADA, *RCDI*, 1991. p. 452

Essa ideia básica é provavelmente um ponto de partida implícito em muitas outras opiniões expressas em nossa doutrina e uma importante fonte de confusão. Nessa trilha, no Direito espanhol — pela ausência do quarto requisito da antijuridicidade do dano — os requisitos de ambos os tipos de responsabilidade são três e são aparentemente os mesmos (culpa, dano, nexos causal; conforme arts. 1101 e 1902 CC), o que faz com que alguns autores e algumas sentenças entendam que ambos os tipos de responsabilidade são essencialmente iguais (teoria da unificação de responsabilidade; teoria da unidade de culpa civil) e só se diferenciam em aspectos menores como o do prazo de prescrição ou a competência judicial⁶². Na mesma linha, outros autores formularam a ideia dizendo que essa coincidência entre os requisitos das duas ações demonstra que ambas têm a mesma essência.

Com esse ponto de partida é fácil entender que Yzquierdo proponha uma unificação de responsabilidades. Em seus primeiros escritos, o autor defendia simples e puramente uma unificação de responsabilidades, mas posteriormente passou a defender o que chama de uma moderada unificação de responsabilidades, de alcance não muito claro. Às vezes, parece que o autor entende a unificação como uma proposta de lege ferenda favorável ao estabelecimento de uma única regulação de ambos os tipos de responsabilidade (o autor menciona sempre elogiosamente a solução nesse sentido do novo CC argentino), todavia, outras vezes parece dar um passo adiante e — em busca da reparação integral do dano — propor algo parecido a uma aplicação da responsabilidade extracontratual acima da responsabilidade contratual.

Desde o primeiro ponto de vista (convém redigir um regime único para regular a responsabilidade civil em geral), é certo que a proposta é conhecida e que pode resultar razoável, conforme o ordenamento no qual se formule. Assim, na doutrina espanhola e comparada, é lugar comum assinalar que, se existem problemas com os casos nos quais se reúnem simultaneamente os requisitos de ambos os tipos de responsabilidade, é porque o regime aplicável é distinto: se o regime fosse o mesmo (prazo de prescrição, a possibilidade de reparar o dano moral, responsabilidade por auxiliares, prova da culpa...), o problema desapareceria⁶³. “Morto o cachorro, acabou-se a raiva” seria a maneira de expressar o raciocínio com um provérbio castelhano clássico.

Entretanto, acredito que não é o mesmo propugnar uma unificação de responsabilidades onde estão claras as diferenças essenciais entre ambos os tipos de responsabilidade (sigo pensando no quarto requisito existente no BGB ou na clareza básica que também existe no common law na hora de diferenciar tort e contract), que em um sistema no qual essas fronteiras se fiam na contraposição estrutural entre o contrato e o não contratual que deriva da regulação das fontes da obrigação⁶⁴. O que pode fazer sentido em ordenamentos jurídicos restritivos no que diz respeito à responsabilidade extracontratual, é inviável em um sistema caracterizado por uma responsabilidade extracontratual potencialmente ilimitada.

⁶² YZQUIERDO TOLSADA, 2016. pp. 67-73 e p. 106. Na mesma linha, LLAMAS POMBO, 2021. p. 32; LETE DEL RÍO; LETE ACHIRICA, 2005. p. 644; ROBLES LATORRE, 2022. p. 27. Também, REGLERO CAMPOS, 2008. pp. 137-138. Igualmente, pode-se ver BLANCO GÓMEZ, 1996. p. 48; ARCOS VIEIRA, 2021. p. 378.

⁶³ ROCA TRIAS, 1995. p. 479; CAVANILLAS MÚGICA, 1995. pp. 3 e 61. Do ponto de vista comparado, MARTÍN-CASALS, 2019. p. 714.

⁶⁴ É significativo que a afirmação doutrinária de que existe atualmente uma tendência para a unificação das responsabilidades seja frequentemente baseada em declarações extraídas da doutrina jurídica alemã e/ou do direito consuetudinário. Por exemplo, LUQUE JIMÉNEZ, 2008. pp. 59 e 61.

A partir do segundo ponto de vista, convém assinalar que, outras vezes, a unificação que propõe Yzquierdo parece estar baseada na crença de que há uma unidade substancial entre ambos os tipos de responsabilidade que justifica que a reparação integral do dano conforme o regime extracontratual se sobreponha ou absorva a reparação que seria aplicável segundo as regras da responsabilidade contratual. Este ponto de vista fica claro quando o autor afirma que as razões que apoiam a unificação são “de ordem substantiva e até diria que de pura justiça material”⁶⁵. Também fica clara essa leitura em um exemplo que propõe Yzquierdo⁶⁶:

Assim, por exemplo, se o dono de um estábulo contrata alguém para cuidar e alimentar seus cavalos e comprova como a negligência do contratado ocasionou a morte de um deles, é mais que provável que obtivesse como reparação pouco mais do que o valor de mercado do animal a juízo de peritos, se outra coisa não se tivesse pactuado (...). Entretanto, se a perda do animal decorre de um atropelamento, não surpreenderia que o demandante obtivesse também uma indenização por lucros cessantes e quem sabe até outra por danos morais”. E um pouco mais adiante, ele acrescenta: “Portanto, muitas vezes é difícil encontrar justiça no resultado obtido com tantas diferenças de tratamento.

Também desde esse segundo ponto de vista, insistindo na justiça material do resultado, e para defender a unificação de responsabilidades, Yzquierdo assinala que as diferenças entre ambos os regimes de responsabilidade pode ser que estivessem justificadas em uma “economia pouco desenvolvida, mas que não estão justificadas na atualidade”. E acrescenta logo em seguida que: “[Na atualidade) a constante exposição aos riscos da vida diária reclama uma cada vez mais vigorosa defesa *da pessoa*” [grifos nossos]⁶⁷.

Como se vê, Yzquierdo fala como se propusesse o problema geral das relações entre ambos os tipos de responsabilidade, contudo, finalmente se fixa em um subconjunto de problemas realmente limitado: os danos à pessoa. Mais abaixo voltaremos nesta ideia da falta de clareza do autor no que diz respeito ao âmbito de aplicação das regras que propõe.

Parece-me claro que esta maneira de ver as coisas de Yzquierdo — ainda que se apresente às vezes, já digo, como proposta de lege ferenda — parece um convite a que os operadores raciocinem, ou que — no caso dos juízes — decidam os conflitos com esse critério unificador que se apresenta como muito desejável.

Como é lógico, esta unificação que propugna Yzquierdo conduz inexoravelmente a despreocupar-se da primazia do contrato. É bem possível que essa despreocupação — talvez inevitável nos anos nos quais este autor formulou inicialmente sua proposta — provenha do fato de que a regra *non cumul* tradicional, ao

⁶⁵ YZQUIERDO TOLSADA, 2016, p. 77.

⁶⁶ YZQUIERDO TOLSADA, 2016, pp. 74-75. A este respeito, considero interessante a ideia apresentada por GARCÍA VALDECASAS, *RDP*, 1962-II, p. 832, de que, ao contrário da compensação contratual por danos — cujo âmbito é acordado entre as partes —, a reparação por danos extracontratuais deve ser integral, pois a fonte da obrigação é o próprio dano. A questão se resolve, portanto, no âmbito da oposição entre as fontes das obrigações.

⁶⁷ YZQUIERDO TOLSADA, 2016, p. 76.

apagar de um só golpe toda possibilidade de concorrência, torna invisível o risco de desviar-se a responsabilidade contratual por meio regime muito mais geral da responsabilidade extracontratual⁶⁸.

Seja isto como for, a despreocupação de Yzquierdo pelo contrato fica patente, por exemplo, no seguinte parágrafo, no qual — depois de argumentar que a responsabilidade do depositário pelos danos à coisa depositada é unicamente contratual — diz que é muito conveniente buscar mais proteção fora das normas próprias da responsabilidade contratual, “(Pois) a prática evidencia que querer lograr o ressarcimento *integral* dos danos através das normas contratuais é às vezes impossível.” [grifos nossos]⁶⁹.

Como se pode verificar, a delimitação do risco coberto pelo contrato (que é o que determina o preço e o resto do regime pactuado) não é vista como a única coisa a que o demandante tem direito — a única coisa que o demandante comprou, se me permitem a expressão — mas sim como uma limitação de seu direito extracontratual ao ressarcimento integral. Com essa visão, parece lógico esperar, então, que um operador razoável reaja diante desta injustiça, promovendo uma unificação consistente em permitir a aplicação da generosa responsabilidade extracontratual, mais generosa.

Todavia, e talvez pelas “enormes dificuldades de precisão” que Yzquierdo reconhece que propõe definir a órbita do pactuado, este autor termina renunciando à ideia da unificação de responsabilidades e acaba abraçando a solução clássica da regra *non cumul*⁷⁰. Nessa toada, o autor termina dizendo que de lege lata tem que acabar tomando partido por esta regra da não cumulação visto que não cabe a opção (curiosamente, neste momento não menciona a unificação, que aparece — agora sim — como mera aspiração de lege ferenda), mas sim apenas “colocar cada regime no lugar que lhe corresponde”. Acrescenta Yzquierdo que, dessa maneira,

(O) demandante vê *excluída a ação extracontratual* se existia uma prévia relação obrigatória que o vinculava ao demandado: a norma genérica da responsabilidade aquiliana deixa de desempenhar sua função diante da norma específica que, tutelando o mesmo interesse, foi a desejada pelas partes ao contratar. [grifos nossos]⁷¹.

Como se vê, acaba resgatando aqui o significado clássico da regra *non cumul* tradicional. O curioso é que o faz após uma longa análise na qual foi misturando umas e outras ideias para negar a conclusão que, no entanto, agora termina alcançando. De fato, a solução *non cumul* é tão contraditória com o que Yzquierdo vinha contando até o momento que, uma vez que já se declarou partidário dessa regra *non cumul*, o autor parece arrepende-se de sua conclusão e diz — alguns parágrafos abaixo da citação anterior — que essa teoria da não cumulação...

(Parece) a teoria dogmaticamente correta, embora muito pouco aconselhável na prática, pois seu uso pode levar a vítima a não encontrar *um ressarcimento tão amplo* quanto o que obteria de utilizar as normas extracontratuais” [grifos nossos]⁷².

⁶⁸ Não surpreendentemente, Reglero — que, como defensor da regra da opção, está plenamente ciente desse risco — atribui a F. Pantaleón a introdução da questão do risco de burlar o contrato em nossa doutrina no início da década de 1990.

⁶⁹ YZQUIERDO TOLSADA, 2016. p. 119.

⁷⁰ YZQUIERDO TOLSADA, 2016. p. 105.

⁷¹ YZQUIERDO TOLSADA, 2016. p. 124.

⁷² YZQUIERDO TOLSADA, 2016. p. 127.

Volta, pois, a estabelecer comparações gerais entre ambas as responsabilidades de um ponto de vista de justiça material como se fossem grandezas comparáveis — de fato, apresentar como preferível o mais amplo ressarcimento da responsabilidade extracontratual é todo um convite ao contorno do contrato — e como se pudessem coexistir nos esquemas da regra *non cumul* tradicional que, de forma surpreendente, ele mesmo acabava de admitir.

O surpreendente é que alcançar a regra *non cumul* como solução final da análise poderia ser visto como uma conclusão plausível, após ver a impraticabilidade da unificação entendida como absorção da responsabilidade contratual por parte da extracontratual, mas no discurso deste autor a conclusão resulta antes um desfecho inesperado no roteiro.

3.3. Uma boa solução para um caso muito concreto

Em terceiro lugar, merece menção a posição formulada anos mais tarde por Ortí Vallejo, que renuncia a abordar todo o campo de estudo das relações entre ambos os tipos de responsabilidade e se concentra em um caso muito específico: o dos danos pessoais nas prestações de serviços. Nesse campo de estudo, Ortí também defenderá, simultaneamente, a aplicação da regra *non cumul* e a “acumulação” ou concorrência de responsabilidades, embora resolva essa acumulação por meio da regra da opção (e não pela unificação de responsabilidades defendida por Yzquierdo).

Ainda assim, parece-me que a visão desse autor é mais clara porque, em primeiro lugar, Ortí limita sua afirmação da concorrência das modalidades de responsabilidade a seara dos danos pessoais causados pela prestação de serviços, hipótese que apresenta como excepcional em relação ao funcionamento geral da regra *non cumul*. Isso pode ser verificado quando afirma que: “A primazia do contrato (...) deve ser tomada pelo que é: um critério geral que deve imperar à maneira de um princípio, mas não de um postulado. E, como todos os princípios jurídicos, pode comportar exceções”⁷³.

Um pouco mais adiante, formula a mesma ideia a partir de um ponto de vista negativo, afirmando que, em sua opinião, “o cumul, na medida em que possa ser admitido, deve ser colocado como algo excepcional em relação à regra da primazia do contrato e, enquanto derrogação desta, deve ser justificado adequadamente”⁷⁴.

Como se percebe, essa maneira de compreender a questão articula-se de forma coerente com a proposta de uma regra especial de concorrência de responsabilidades — resolvida mediante a regra da opção — nos serviços que causam danos corporais, com a solução da não acumulação como regra geral, que lhe permite afirmar a primazia do contrato... na órbita estrita do que foi pactuado.

Pode-se assinalar também que, talvez em razão de sua proximidade com as ideias dos defensores da regra da opção (recorde-se que esses autores extraem da doutrina alemã uma advertência nesse

⁷³ ORTÍ VALLEJO, 2006. pp. 57-58.

⁷⁴ ORTÍ VALLEJO,, 2006. p. 59.

sentido), Ortí está plenamente consciente do perigo de desviar-se do contrato por meio da ação de responsabilidade extracontratual⁷⁵.

3.4. Uma nova versão da regra *non cumul*

A defesa da regra *non cumul* como traço básico da obra de Luque Jiménez já fica clara no prólogo que a professora Cañizares Laso dedica à obra, ao afirmar que a autora “mostra-se partidária da regra *non cumul*, entendendo-a como a única alternativa possível, o que não significa que a responsabilidade extracontratual *nunca se aplique entre contratantes*” [grifos nossos]⁷⁶.

Como se vê, descrevem-se aí posicionamentos que se dizem coincidentes com a regra *non cumul*, mas anunciam-se também divergências, a partir do momento em que a afirmação da regra *non cumul* é feita reconhecendo uma possível concorrência (ou estaria se referindo a uma justaposição?) de responsabilidades⁷⁷. Assim, parece que, diante da visão tradicional da regra *non cumul*, passa-se agora a afirmar, a concorrência e a própria regra *non cumul*, ao mesmo tempo⁷⁸. A regra *non cumul* não solucionaria, então, os problemas impedindo o surgimento da responsabilidade extracontratual ab initio, todavia, apenas ex post. Como ocorria com os três autores anteriormente citados, também essa autora pretende romper a equação concorrência/opção e a de não concorrência/regra *non cumul*.

As primeiras palavras da própria Luque Jiménez na obra também apontam para essas novidades na maneira de compreender a regra *non cumul*, que já se deixavam entrever no parágrafo do prólogo⁷⁹ que acabamos de mencionar. Afirma a autora que “Nosso ponto de partida é o estudo do concurso de responsabilidades contratual e extracontratual que tem lugar quando, no fato causador do dano, *concorrem* simultaneamente os caracteres de uma infração contratual e do dever geral de não causar dano a outrem” [grifos nossos]⁸⁰.

⁷⁵ ORTÍ VALLEJO, 2006, p. 60.

⁷⁶ Na p. 16 da monografia de LUQUE JIMÉNEZ.

⁷⁷ Embora alguns autores nessas áreas intermediárias pareçam usar a expressão “justaposição de responsabilidades” de forma intercambiável (para ilustrar isso, F. Pantaleón propôs o exemplo muito claro de um senhorio que atropela acidentalmente um inquilino: o inquilino sofre ferimentos, mas estes não são resultado de uma violação do contrato de locação) e “concorrência de responsabilidades” (por exemplo, REGLERO CAMPOS, 2008, p. 161), as diferenças entre elas são claras, pelo menos para os proponentes das teorias puras ou extremas. Uma explicação mais detalhada pode ser encontrada em DEL OLMO, Almacén de Derecho, 27 de maio de 2024. Uma formulação muito correta e concisa da ideia de justaposição em sentido estrito pode ser encontrada em ATIENZA NAVARRO, 2021, p. 597.

⁷⁸ Para enfatizar — talvez desnecessariamente — a confusão prevalecente em nossa doutrina, pode-se ver em Luque Jiménez, 2008, p. 62, que sua posição em favor da regra *non cumul* mostra tolerância a uma solução tão contraditória quanto aquela que emerge da seguinte afirmação: “compartilhamos da opinião de (...) que a unificação poderia ser alcançada sem grandes dificuldades por meio da homogeneização de certas regras substantivas e processuais e sem prejuízo da aplicação, quando apropriado, de acordos lícitos que modulam a distribuição específica do risco entre as partes contratantes”.

⁷⁹ Vale ressaltar que, em minha opinião, CAVANILLAS MÚGICA (1995, p. 61) já havia reconhecido a existência de duas versões da regra *non cumul*, ao afirmar que esta regra “consiste em negar que a responsabilidade contratual e a extracontratual possam se sobrepor pelo mesmo ato, ou então estabelecer que, se tal sobreposição ocorrer, a responsabilidade contratual, por ser mais específica, deve prevalecer sobre a responsabilidade extracontratual”. Contudo, creio ser pertinente formular a solução da regra *non cumul* tradicional como uma teoria drasticamente diferente. A doutrina jurídica francesa explicou de forma convincente que a invenção da noção de responsabilidade contratual está na raiz da confusão nesta área. Ver REMY, RTDC, 1997-II, pp. 323 e seguintes.

⁸⁰ LUQUE JIMÉNEZ, 2008, p. 21.

Como se vê, a professora Luque Jiménez admite, desde o início, a possibilidade dessa concorrência de responsabilidades, o que soaria estranho sob a ótica de um partidário da versão tradicional da regra *non cumul*: como já foi comentado, os defensores da versão tradicional dessa regra entendem que tal concorrência é impossível ab initio, porque a existência do contrato impede o nascimento da responsabilidade extracontratual⁸¹. Insisto que, com isso, a regra *non cumul* tradicional não está descrevendo a realidade (é evidente que, na prática, podem estar presentes simultaneamente os requisitos de ambos os tipos de responsabilidade), mas adotando um ponto de vista prescritivo, que pode ser resumido na ideia de contratualizar as soluções.

Na posição dessa autora, portanto, há uma espécie de movimento de ida e volta, na medida em que — afastando-se da regra *non cumul* tradicionalmente entendida — admite-se a possível concorrência de responsabilidades, mas essa concorrência é resolvida por meio da aplicação automática da responsabilidade contratual; isto é, por um retorno à posição tradicional da regra *non cumul*, que exclui a aplicação da responsabilidade extracontratual entre as partes de um contrato. De certo modo, reformula-se assim a regra *non cumul* tradicional para adaptá-la a uma concepção do contrato que admite a existência de uma órbita estrita do que foi pactuado.

4. ÂMBITO DE APLICAÇÃO DAS SOLUÇÕES PROPOSTAS

Na seção anterior, foram explicadas quatro posições doutrinárias que considero significativas no atual panorama jurídico espanhol. Observou-se também como alguns autores formularam normas sem grande atenção ao seu âmbito de aplicação, enquanto outros, mais recentes, destacam apropriadamente a importância desse elemento. Considero que este último ponto é de fato muito relevante e que abordá-lo permite maior clareza nas proposições. Portanto, vale a pena examinar a definição do que esses autores, que defendem posições intermediárias, denominam zona mista ou limítrofe entre a responsabilidade contratual e a extracontratual. Isso nos permitirá examinar a estratégia adotada por cada um deles para sua análise.

Para começar, vale a pena recapitular a primeira seção deste trabalho. Nela, explicou-se que, na lógica dos sistemas germânicos, era fácil distinguir entre uma zona de sobreposição, na qual os requisitos de ambos os tipos de responsabilidade eram atendidos (dano à pessoa ou ao patrimônio da parte contratante que também implica em quebra de contrato: por exemplo, a violação, pelo locador, de suas obrigações contratuais de preservar o imóvel locado causa danos pessoais ao locatário) e uma área cinzenta, na qual não era claro qual tipo de responsabilidade se aplicava (basicamente, culpa in contrahendo e responsabilidade profissional).

⁸¹ Pantaleón, CCCJ, 1984-1. p. 1257, ilustra bem este ponto, afirmando que “os artigos 1902 e seguintes são inaplicáveis quando se trata de exigir responsabilidade decorrente de um contrato” (grifo nosso). Santos Briz, ao falar da classificação como contratual ou extracontratual, também explica que, sendo qualidades contraditórias, deve-se escolher entre as duas, de modo que a responsabilidade contratual absorve automaticamente a responsabilidade extracontratual. Veja Santos Briz, 2001. p. 25. Essa ideia já estava presente em SÁNCHEZ VÁZQUEZ, RDP, 1972. p. 976. Esse autor afirma inequivocamente na p. 977 que “não pode haver concorrência de uma obrigação contratual e uma extracontratual entre as mesmas partes”.

Afirmamos também que, nos sistemas de tradição francesa, essa distinção não pode ser feita da mesma forma, pois a responsabilidade extracontratual não exige a antijuridicidade do dano e, portanto, é impossível limitar a área de sobreposição com base na existência ou não de dano à pessoa ou ao patrimônio do demandante. Contudo, a regra tradicional do *non cumul* elimina a raiz desse problema haja vista que deixa claro, pelo menos, que todos os fenômenos extracontratuais são relegados ao âmbito da responsabilidade extracontratual. Isso não implica que esses fenômenos tenham um lugar definido no sistema, mas ao menos evita a tentação de tentar explicá-los introduzindo, como mais uma peça, a questão da relação entre responsabilidade contratual e extracontratual.

Nesta seção, explicarei que, ao deixarmos de lado essa visão tradicional e reconhecermos que a cláusula de não concorrência se limita a órbita do pactuado, as posições que denominei intermediárias enfrentam dificuldades significativas. Nessa explicação, veremos também que essas quatro posições intermediárias ocultam — mais uma vez, e por detrás da aparência caótica que podem apresentar inicialmente — uma espécie de consenso implícito a respeito de sua compreensão de uma zona mista ou limítrofe. Portanto, haverá um amplo acordo — que acredito não ter sido suficientemente enfatizado — sobre a questão de identificar o escopo de aplicação das regras que propõem para resolver a relação entre esses dois tipos de responsabilidade.

Novamente, podemos seguir Luque Jiménez para descrever o terreno que todos esses autores de posições intermediárias levam em consideração na área fora do escopo do pactuado, e que apresenta problemas na perspectiva da relação entre responsabilidade contratual e extracontratual. Segundo explica esse autor, podemos dizer que a zona limítrofe ou mista que esses autores abordam inclui os seguintes casos⁸²:

a) Considerando o fator temporal, trata-se de examinar os casos quando ainda não há contrato (responsabilidade pré-contratual, culpa in contrahendo) ou quando o contrato já deixou de vincular as partes. Yzquierdo Tolsada e Reglero Campos referem-se, nesse sentido, a danos pós-contratuais.

b) Considerando as partes lesadas, devemos considerar o que acontece quando existe um contrato, porém ele não vincula o demandante e o demandado, senão o autor e alguma outra pessoa contra a qual o demandado é um terceiro.

c) Casos que Luque Jiménez denomina situações paracontratuais (Reglero Campos também utiliza o termo, embora com um âmbito diferente; Yzquierdo refere-se a uma “relação jurídica prévia análoga”), que são situações complexas em que, sem um contrato entre as partes, existe uma relação prévia (relações em condomínio, relações de vizinhança, relações de pacientes no âmbito do sistema de Seguridade Social, etc.) em que não é claro se se deve determinar a aplicação da responsabilidade extracontratual ou contratual. Esta é uma questão que a doutrina jurídica espanhola por vezes estudou sob a designação de obrigações jurídicas, nos termos do artigo 1089 do Código Civil⁸³.

⁸² LUQUE JIMÉNEZ, 2008. pp. 69 e ss. Cfr. Yzquierdo Tolsada, 2016, pp. 81 e ss. REGLERO CAMPOS, 2008. pp. 141 e ss. ORTÍ VALLEJO, 2006. p. 59.

⁸³ARCOS VIEIRA, 2021. pp. 371-406. Sobre este ponto, deve-se notar que, se levarmos a sério a ideia de remissão do artigo 1093 aos artigos 1902 e seguintes, parece que estas situações deveriam estar sujeitas aos artigos 1100 e

d) Casos em que existem deveres de cuidado ou proteção da pessoa e dos bens do demandante, cuja relação com o contrato enxergo que não é clara. Estes deveres surgem de forma um tanto inesperada no discurso destes autores e, na minha opinião, não são esclarecidas as razões pelas quais se focam especificamente na proteção da pessoa e das coisas do demandante. Em todo caso, este é o grupo de casos mais interessante para nós, e é por isso que o deixei por último.

Vale ressaltar, os três primeiros casos em que estes autores admitem estar fora da (órbita da) responsabilidade contratual e, por isso, estão em princípio dispostos a admitir uma concorrência de responsabilidades, fazem parte do que os comparatistas chamam de zonas cinzentas de responsabilidade. Neles, as soluções de unificação e — sobretudo — de combinação de soluções podem chegar a soar razoáveis (como na proposta de S. Cavanillas Múgica), como põe em evidência a experiência comparada sobre essas zonas cinzentas (em sentido estrito) e como havia explicado entre nós M.P. García Rubio⁸⁴. Somente o quarto caso seria o que os comparatistas denominam zonas de sobreposição de responsabilidades e é o suposto que, como diria García Valdecasas, a nós nos interessa.

Dentro destas posições intermediárias, as diferenças começam quando chega o momento de descrever o tratamento que cada autor confere para esses quatro elementos incluídos na chamada zona mista ou fronteira. Sobre isto, cada autor tem sua própria posição. Vejamo-lo nos quatro subitens seguintes.

4.1. A unificação como solução única

Yzquierdo Tolsada parece que tenta resolver com somente uma regra todos e cada um dos quatro casos (que acabamos de ver) contidos no que este autor chama de zona mista ou fronteira. O fato de que — fora da zona estrita do pactuado — tudo possa ser visto como uma enorme e indiferenciada zona cinzenta creio que é o que leva Yzquierdo e alguns outros autores a generalizar os argumentos aplicáveis a cada um desses quatro casos enumerados na epígrafe anterior como integrantes dessa zona mista ou fronteira.

É como se entendessem que esses argumentos são aplicáveis à generalidade dos casos contidos na (enorme) zona mista ou fronteira, casos que devem ser resolvidos com uma única regra geral. Creio que é claro que assim compreende Yzquierdo, como observa quando — depois de falar dos casos de responsabilidade pré-contratual e dispondo-se a tratar os casos de danos que chama de pós-contratuais — diz que: “A questão do começo e fim do contrato constitui um dos aspectos mais escorregadios e que melhor aconselham um tratamento jurídico *unitário* da *responsabilidade civil*.” [grifos nossos]⁸⁵.

seguintes do Código Civil (que regulamentam a responsabilidade contratual ou – como tem sido chamada para evitar a estranheza que surge do fato de que, nestes casos, não há contrato – responsabilidade obrigacional), embora seja verdade que isso exigiria a existência de um regime obrigatório especificamente regulado por lei e seja também certo, por outro lado, que a delimitação do risco contratual suportado por cada parte – que é característico da responsabilidade contratual – não faz muito sentido em relação a este tipo de situação.

⁸⁴CAVANILLAS MÚGICA, 1995. p. 145 e ss. García Rubio, 1991, passim. Por seu lado, formula bem a ideia García Valdecasas, RDP, 1962-II, p. 833.

⁸⁵YZQUIERDO TOLSADA, 2016. p. 91.

Como se percebe, um caso claramente incluído nas chamadas zonas cinzentas é usado para defender a solução geral de um regime unificado da responsabilidade civil (contratual e extracontratual), que é a solução à qual o autor parece continuar aspirando na atualidade.

Por outro lado, também se pode ver a mescla de argumentos e de casos de que trato, no uso que faz Yzquierdo dos casos de responsabilidade profissional (zona cinzenta) para propor a questão da contratualidade ou não da situação em alguns casos problemáticos de sobreposição de responsabilidades.

Assim, nesses casos, argumentos relativos a lesões corporais — que de fato configuram uma sobreposição de responsabilidades — se entrelaçam com argumentos referentes à natureza específica da responsabilidade profissional médica — que seria uma área cinzenta onde as coisas nem sempre são tão claras⁸⁶. Essa combinação de casos heterogêneos, ademais, é então sistematicamente generalizada, como se fossem capazes (ou houvesse necessidade) de explicar tudo em conjunto⁸⁷. Algo semelhante ocorre quando este autor estuda obrigações acessórias de segurança, em que os exemplos de contratos de transporte ou contratos de trabalho envolvendo lesões corporais são misturados com exemplos — novamente — de responsabilidade profissional⁸⁸.

4.2. Diferentes regras, sem um âmbito claro de aplicação

Assim como Yzquierdo, Reglero Campos delimita os casos incluídos nessa zona mista ou fronteira de forma confusa, sem estabelecer grupos bem definidos e misturando hipóteses. No entanto, no cenário caótico resultante, sua estratégia é diferente e mais promissora: Reglero não propõe uma única regra para resolver todos os casos. Sua perspectiva se concentra nos os problemas práticos que surgem na zona mista ou fronteira, propondo soluções diferentes para cada um deles, porém desconsiderando formulações teóricas⁸⁹. Em outras palavras, adota a estratégia exatamente oposta à aspiração de uma única regra que resolva todos os fenômenos existentes nessa zona mista ou fronteira.

Contudo, a decisão compreensível de Reglero de não buscar uma solução única está, a meu ver, fadada ao fracasso, pois ele não identifica rigorosamente a classificação dos grupos de casos relevantes dentro dessa área mista ou fronteira onde surgem problemas relativos à relação entre responsabilidade contratual e extracontratual⁹⁰. Essa falta de rigor e clareza fica evidente pelo fato de Reglero se referir ao conjunto de quatro casos discutidos em uma seção anterior como uma “área limítrofe” e, algumas páginas depois, também se referir ao último dos grupos de casos incluídos no primeiro grupo como uma “área mista ou fronteira”..

Nesse passo, a classificação que estabelece Reglero é entre (a) “Os danos derivados de situações pré-contratuais, pós-contratuais ou paracontratuais”; (b) “Preexistência de uma relação jurídica entre as

⁸⁶ YZQUIERDO TOLSADA, 2016. pp. 106 e ss.

⁸⁷ YZQUIERDO TOLSADA, 2016. pp. 76-77.

⁸⁸ YZQUIERDO TOLSADA, 2016. pp. 111 e ss.

⁸⁹ REGLERO CAMPOS, 2008. pp. 140-141, entre outras.

⁹⁰A este respeito, penso ser altamente relevante que o conceito de dano puramente econômico somente começou a ser reconhecido na doutrina jurídica espanhola nos primeiros anos do século XXI. Ver DEL OLMO, ADC, 2001-I, MARTÍN-CASALS; RIBOT IGUALADA, 2003. GÓMEZ POMAR; RUIZ GARCÍA, 2002.

partes de natureza diversa à contratual, mas análoga a ela”; e (c) “A chamada “zona mista ou fronteira” entre ambos os tipos de responsabilidade”⁹¹. Como se pode notar, o item (c) designa uma hipótese com o mesmo termo (“zona mista ou fronteira”) que havia empregado como título geral de todo o conjunto de hipóteses que estuda (“hipóteses fronteiriças”) e com o mesmo título com o qual Yzquierdo Tolsada designava todo o conjunto dos quatro casos resumidos na seção anterior.

A sensação de caos se intensifica quando, dentro do grupo (c), Reglero inclui hipóteses já abordadas na seção (a), que acabei de mencionar. Especificamente, sob o título (c), o autor afirma que: “Na prática, surgiram problemas de classificação em relação a certos danos decorrentes de contratos de locação, danos posteriores à rescisão do contrato ou as diversas manifestações de *culpa in contrahendo*.”⁹² [grifo nosso].

A perspectiva de Reglero se reflete nas soluções que ele propõe: como explicado em uma seção anterior, o autor emprega simultaneamente argumentos da regra *non cumul*, da regra da opção e da regra da unificação.

Ainda que, à primeira vista, a ideia de que o agressor esvazia o carregador disparando simultaneamente em todas as direções possa parecer confusa, chocante e contraditória, ela pode muito bem ser uma solução razoável, dada a forma ampla e vaga com que o autor delineou o campo de estudo - altamente heterogêneo. De fato, a experiência comparativa demonstra que a regra da escolha pode ser razoável na zona de sobreposição em sentido estrito; a unificação (para lesão corporal) ou a combinação (*culpa in contrahendo*) não são totalmente despropositadas, a depender dos casos em que aplicadas.

A regra *non cumul* — mesmo na versão mais restrita que este autor utiliza — é provavelmente um complemento essencial a tudo isso em sistemas de tradição francesa, como o nosso. O problema é que a obscuridade da abordagem de Reglero e a natureza porosa das subclassificações que emprega para delimitar os problemas e suas respectivas soluções impedem o leitor de superar a impressão de que tudo é igual (e muito caótico) nessa zona (mista?) ou limítrofe.

Em todo caso, em Reglero — e talvez também em Yzquierdo Tolsada e, como veremos, em Ortí Vallejo — a crença de que a solução alemã da regra da opção — que é uma solução apenas para a área de sobreposição em sentido estrito — visa abranger toda a área de contato entre responsabilidade contratual e extracontratual é possivelmente o que explica suas respectivas opiniões. Provavelmente, esses dois autores estão considerando o que chamam de zona fronteira como se fosse equivalente ou comparável à zona de sobreposição dos autores alemães. Já enfatizamos que os avanços no conhecimento do direito comparado permitiram um esclarecimento das abordagens a essas questões.

⁹¹REGLERO CAMPOS, 2008. p. 141.

⁹²REGLERO CAMPOS, 2008. p. 155.

4.3. Um campo de aplicação muito restrito

Ortí Vallejo partilha da visão abrangente do conjunto de casos que devem ser resolvidos — os quatro casos acima mencionados incluídos na zona mista ou limítrofe em sentido estrito — contudo, aborda a sensação de caos e falta de clareza com uma abordagem hiperconcreta para enfrentar questão em estudo: não zonas de sobreposição em sentido estrito, mas unicamente a questão — indubitavelmente contida nessa zona de sobreposição — dos danos pessoais sofridos em conexão com a prestação de um serviço.

De fato, Ortí salienta que:

A heterogeneidade das situações em que surge a *concorrência* da responsabilidade civil contratual e extracontratual torna muito difícil — senão impossível — abordar o problema de forma geral (...). Somente examinando a *concorrência* individualmente para cada um destes casos em que surge é que se podem chegar a soluções fiáveis. Aqui, propomos concentrar o estudo exclusivamente na questão dos serviços e, além disso, apenas naqueles serviços em que a saúde e a integridade dos indivíduos estão comprometidas e que podem causar danos pessoais, onde o problema da *concorrência* da responsabilidade contratual e extracontratual surge de forma significativa e com um alcance particular. [grifos nossos]

Com isso, Ortí vai para o extremo oposto ao de Reglero Campos — que atirava em tudo até terminar as balas — e ao de Yzquierdo Tolsada — que procurava resolver todos os casos com uma única bala de prata. Por meio de sua proposta, visa resolver apenas um dos casos de sobreposição em sentido estrito. A natureza altamente específica de sua proposta permite ao autor, por um lado, considerar adequadamente a relevância dos interesses jurídicos em jogo e, por outro, evitar qualquer tentação de generalizar: lembremos que, fora do campo de seus estudos, ele defende a aplicação geral da regra *non cumul*.

Do ponto de vista da definição do âmbito de aplicação das regras para resolver a relação entre ambos tipos de responsabilidade, creio ser importante destacar que Ortí justifica o enfoque tão restritivo que adota (danos pessoais em serviços) focando não apenas na natureza muito ampla e heterogênea de toda a zona mista ou limítrofe (nossos quatro casos da seção anterior), mas também na natureza ampla e heterogênea de uma área que ele denomina "zona de sobreposição ou concorrência". Contudo, essa área contém casos que um estudioso de direito comparado incluiria na chamada zona cinzenta, o que nos leva de volta a uma situação de confusão semelhante à observada nos dois autores anteriores. Em outras palavras, não está claro se o autor se refere a todo o conjunto de casos incluídos na zona mista ou limítrofe como "zona de sobreposição ou concorrência", o que aumentaria consideravelmente a possibilidade de confusão com o que, no direito comparado de tradição germânica, é chamado de zona de sobreposição.

Isso fica claro quando o autor enumera os casos incluídos no que ele chama de zona de sobreposição ou concorrência, que engloba muitas situações típicas de uma zona de sobreposição em sentido estrito (acidentes de trabalho, transporte, arrendamento), em conjunto com a questão da responsabilidade do notário pelos seus serviços e a sua responsabilidade como funcionário público (um caso claro de zona cinzenta, uma vez que causa apenas danos puramente patrimoniais) e ao lado de outras situações altamente questionáveis (compra de bem defeituoso, construção imobiliária)⁹³. Assim, parece que

⁹³ ORTÍ VALLEJO, 2006, p. 50.

o autor se refere a algo bastante diferente (e muito mais heterogêneo) como zona de "sobreposição ou concorrência" do que o que se entende por essa expressão no direito comparado.

4.4. Casos nebulosos

Em minha opinião, Luque Jiménez é a autora que, nessas posições intermediárias, defende a postura mais clara. Dentro desse campo problemático das zonas mistas ou fronteiriças em sentido amplo que descrevemos anteriormente, a autora fixa a sua atenção no quarto grupo de casos, ao qual denomina "Casos nebulosos". Trata-se das situações em que se verificam, simultaneamente, os requisitos da responsabilidade contratual e da responsabilidade extracontratual, e nos quais os deveres de proteção e cuidado da pessoa e dos bens do demandante desempenham um papel destacado. São esses os casos que lhe interessam e aos quais dedica um capítulo introdutório e geral sobre as relações entre responsabilidade contratual e responsabilidade extracontratual, que abre caminho para a análise desse grupo de casos em uma obra dedicada ao estudo de "La responsabilidad contractual y la responsabilidad extracontractual en los arrendamientos urbanos", como indica o próprio título da obra.

Por isso, creio que Luque Jiménez não necessita de maior justificativa para traçar assim o campo de estudo — limitado aos danos à pessoa e aos bens do demandante — além daquelas que lhe é oferecida pela jurisprudência existente sobre os danos nas locações urbanas. Essa jurisprudência permite identificar perfeitamente esse conjunto de casos relevantes, a partir de um ponto de vista que poderíamos qualificar como empírico ou, até mesmo, estatístico. Ou seja, essa forma de delimitar os casos relevantes para o seu estudo pode ser justificada por si mesma, sem que seja necessário enfatizar excessivamente os deveres de segurança ou de proteção da pessoa e das coisas do demandante. É certo que tais deveres (que podem ser integrados ao contrato por meio do art. 1258 do Código Civil) são importantes, do ponto de vista da regra *non cumul*, para a solução dos problemas de concorrência mediante a sua contratualização, mas não são imprescindíveis, neste caso, para definir a zona de sobreposição em sentido estrito à qual Luque Jiménez dedica o seu trabalho sobre arrendamentos.

Em todo caso, a autora evita, dessa forma, a confusão presente nos enfoques porosos de Yzquierdo Tolsada e Reglero Campos, nos quais, por um lado, denomina-se zona mista ou fronteira a todo o campo problemático existente entre a responsabilidade contratual e a responsabilidade extracontratual no estudo de suas relações e, por outro, emprega-se uma denominação semelhante para a hipótese que, posteriormente, é definida por alusão aos casos em que se verificam simultaneamente os requisitos de ambas as responsabilidades e aos deveres de segurança e de proteção. A autora também afasta a pretensão de formular uma única regra válida para toda essa zona mista ou fronteira, bem como a solução de ir respondendo de forma indiscriminada aos problemas práticos à medida que vão surgindo.

Por outro lado, ao centrar-se no estudo da responsabilidade contratual e da responsabilidade extracontratual nos arrendamentos urbanos, Luque adota um enfoque muito concreto, que remete aos desenvolvimentos por Ortí, já analisado anteriormente. No entanto, a autora declara que "nos propusemos

a rejeitar um estudo abstrato” e se propõe a oferecer uma solução geral para o grupo bem delimitado do que denomina casos nebulosos⁹⁴. Dessa forma, a autora estuda a zona de sobreposição em sentido estrito.

Como já sabemos, Luque se propõe a solucionar os casos incluídos na zona nebulosa, com aplicação da regra *non cumul*. Dessa maneira, propõe a aplicação automática da responsabilidade contratual quando o descumprimento do contrato consista na violação de deveres de segurança e proteção de interesses do demandante que possam ser considerados como deveres contratuais (art. 1258 CC). Retoma-se desse modo à lógica da regra *non cumul* tradicional, contudo, atuando no terreno dos que admitem a responsabilidade contratual e extracontratual compartilham um mesmo espaço e se relacionam em termos de lei geral (responsabilidade extracontratual) e lei especial (responsabilidade contratual). Admite-se, portanto, que ambas responsabilidades compartilham esse substrato comum indenizatório que tão facilmente pode deslizar, pouco a pouco que se descuide, ao campo da unificação das responsabilidades colocando o contrato em risco de ser absorvido pela amplíssima responsabilidade extracontratual do artigo 1902.

Neste estudo, tentei esclarecer os termos em que se debate na Espanha acerca das relações entre a responsabilidade contratual e a responsabilidade extracontratual. Para isso, parti da observação de Zimmermann e Wagner de que as características básicas de cada sistema de responsabilidade extracontratual determinam a maneira como se desenham essas relações, o que determina também a maneira de identificar as áreas ou zonas significativas para propor o estudo (zonas de sobreposição e zonas cinzentas, por um lado, diante de zonas mistas ou fronteiriças, por outro). Isto permitiu-me identificar duas posições teóricas extremas ou puras (a regra *non cumul* tradicional e a regra da opção), diante das quais o estudo de algumas posições intermediárias defendidas na Espanha creio que me permitiu explicar mais claramente o obscuro debate doutrinário existente até agora. Vejamo-lo com maior detalhe.

Do indicado ponto de partida, expliquei que é lógico que, em um sistema como o alemão, admita-se a concorrência entre responsabilidades e a regra da opção, visto que a tipicidade do dano indenizável no § 823, I do BGB faz com que as relações entre ambos os regimes de responsabilidade possam ser vistas como a interseção entre dois regimes jurídicos internamente bem definidos. Nessa interseção entre esses dois conjuntos (zona de sobreposição), estão contidos os casos em que um dos contratantes causou ao outro um dano em sua pessoa ou propriedades (para dizer muito resumidamente), dano que, por seu turno, supõe um descumprimento do contrato que vincula as partes. Em princípio, se não há dano à pessoa ou coisas do demandante, a responsabilidade extracontratual alemã não é aplicável, logo não se propõe problema algum de relação com a responsabilidade contratual⁹⁵. As soluções pensadas para as zonas cinzentas são as encarregadas de solucionar este último grupo de casos.

Também desse ponto de partida, expliquei que — em contrapartida — as coisas não podem ser propostas da mesma maneira nos sistemas de tradição francesa, como é o espanhol. Nestes, os requisitos da responsabilidade contratual são aparentemente os mesmos que os da responsabilidade extracontratual

⁹⁴ LUQUE JIMÉNEZ, 2008. p. 22.

⁹⁵ Recorde-se que o § 823, I BGB não é a única cláusula geral de responsabilidade existente nesse Código (cfr. § 823, II e § 826, transcrito supra), o que matiza a afirmação contida no texto.

(cfr. arts. 1101 e 1902 CC), com o que não há nenhum freio interno neles que permita justificar a defesa da regra da opção no Direito espanhol.

De fato, alguns autores que defendem a regra da opção na Espanha foram justamente acusados pela doutrina de importar acriticamente o requisito da antijuridicidade do dano. Por essas exigências lógicas ou sistemáticas existentes na tradição à qual pertencemos, é lógico que os autores mais respeitados (L. Díez-Picazo, F. Pantaleón, E. Roca, R. Bercovitz ou A. Carrasco) defendam na Espanha a regra *non cumul*. É certo que há autores igualmente muito respeitados (J.M. Miquel ou M. Martín-Casals) que chegam a sugerir ou defender a concorrência e a regra da opção, mas o fazem a partir de proposta que, de alguma maneira, supõe também uma reformulação das bases do sistema. Em qualquer caso, há que se reconhecer que os defensores da regra da opção, ao menos, contribuíram para que se difundisse na Espanha a ideia — defendida logicamente no sistema alemão — de que a opção deve ser impedida quando a permissão de optar pela responsabilidade extracontratual sirva para contornar a regra contratual aplicável.

Todavia, creio que a obscuridade do debate doutrinário na Espanha se deve à existência de algumas posições intermediárias nas quais se misturam, de maneira heterogênea e aparentemente contraditória, traços dessas duas posturas extremas ou puras.

E, no entanto, a análise detalhada dessas posturas intermediárias que propus aqui creio que conseguiu descobrir dois importantes consensos nos autores escolhidos como paradigma dessas posturas intermediárias tão aparentemente distintas e até contraditórias. Em minha opinião, esses dois traços do pensamento destes autores intermediários são muito significativos e permitem descrever de maneira mais clara o debate existente.

O primeiro deles consiste no reconhecimento de uma estrutura básica do nosso Código Civil espanhol que, contrapondo responsabilidade contratual e responsabilidade extracontratual, impõe a solução da não concorrência por razões sistemáticas. Com efeito, todos os autores estudados neste setor intermediário compartilham a definição da responsabilidade extracontratual qualificada como negativa ou residual: a responsabilidade extracontratual (já digo, como a própria palavra indica) define-se, por exclusão, partindo da definição do que é contratual.

Esse traço estrutural é, certamente, compartilhado também pelos partidários da regra *non cumul* tradicional, que defendem que a existência do contrato impede o nascimento da responsabilidade extracontratual quando exista um contrato entre demandante e demandado. Diante disso, a novidade dos autores que defendem posições intermediárias consiste em afirmar que a responsabilidade extracontratual não pode concorrer com a contratual... (mas apenas) no que chamam de estrita órbita do pactuado. Com isso, a maneira de definir esse âmbito estrito do contrato passa a ser questão central, questão que, não obstante, é escassamente tratada pelos autores que em nossa doutrina estudam as relações entre ambos os tipos de responsabilidade.

Segundo estes partidários das posições intermediárias, portanto, a impossibilidade de concorrência não é total (como na regra *non cumul* tradicional), mas sim depende da área ou âmbito contratual nos quais estejamos pensando. Por isso, estes autores admitem que existem conteúdos

contratuais alheios a essa órbita estrita do pactuado sobre os quais sim pode dar-se essa concorrência. Esses conteúdos definem-se normalmente por referência aos deveres de segurança ou proteção que se pregam da pessoa ou bens do demandante, sem que se esclareça muito mais acerca da origem desta teoria. Desta maneira, como vimos, abre-se a possibilidade de defender ao mesmo tempo a regra *non cumul* (para a órbita do pactuado) e a regra da opção (fora dessa órbita), o que parecia impossível em estritos termos comparados. Insisto em que esta possibilidade de concorrência proposta pelas teorias intermediárias parece-me (por ora) inverossímil em um ordenamento como é o espanhol mas, do ponto de vista deste trabalho (que se centra no que podemos chamar de uma história das ideias sobre a matéria), o importante é que ficou esclarecida essa possibilidade teórica de compatibilizar soluções aparentemente irreconciliáveis.

O segundo consenso, mais ou menos implícito, entre os autores que defendem essas posições intermediárias reside na importância de se estudar a área extracontratual adjacente à esfera contratual (o que denominam zonas mistas ou fronteiriças). Dentro dessas áreas mistas ou limítrofes, observamos que é comum distinguir quatro grupos de casos: primeiro, casos de responsabilidade pré e pós-contratual; segundo, responsabilidade por descumprimento de obrigações legais (também chamada de responsabilidade paracontratual); terceiro, responsabilidade perante terceiros daqueles que descumprem um contrato; e quarto, a responsabilidade daqueles que descumprem os chamados deveres de proteção e cuidado que salvaguardam a pessoa ou bens do demandante.

Os defensores de posições intermediárias adotam distintas estratégias diante desse grupo de casos. Identificar os casos que cada autor aspira a solucionar permite esclarecer o debate. Assim vimos que há quem, como Reglero Campos, defenda a regra da opção para os casos de danos às propriedades do contratante que demanda (com a já mencionada advertência de evitar o contorno do contrato), defenda a solução da unificação para os casos de danos pessoais e — isto já não é novidade para nós — admita a regra *non cumul* na órbita estrita do pactuado. Tratam-se de três regras contraditórias entre si, mas que podem ser entendidas se se atende aos seus respectivos campos de aplicação e se respeita a definição negativa da responsabilidade extracontratual da qual já falamos. Desaparece, assim, a primeira e caótica impressão que se desprende da leitura deste autor.

Destacou-se, em segundo lugar, que há autores que parecem buscar solucionar todos os casos fronteiriços ou mistos mencionados com uma proposta — de lege ferenda — de unificação do regime de responsabilidade que parece que aspira a solucionar tanto os casos de responsabilidade pré-contratual/pós-contratual, como os de autêntica concorrência de responsabilidades. Além disso, ameaça-se aplicar esse ideal de unificação geralmente e de lege lata, por considerações que Yzquierdo Tolsada chama de justiça material. Essas considerações, por outro lado, parecem bastante afastadas da lógica contratual mais básica que — dentro dos limites gerais da autonomia privada — deve prevalecer de maneira geral.

Por último, há autores mais recentes que, como Ortí Vallejo, aspiram a solucionar unicamente um dos casos de sobreposição de responsabilidades (danos pessoais em prestação de serviços) mediante a regra da opção, regra que se apresenta como exceção à regra *non cumul* que o autor admite como solução geralmente aplicável. Nestas proposições, o campo de aplicação da solução que se propõe está bem

delimitado e é claro. Mais recentemente, também Luque Jiménez defende a vigência geral da regra *non cumul* como técnica de solução consistente na contratualização do problema, apesar de ter admitido a concorrência de responsabilidades fora da órbita estrita do contrato. Com isso, tal qual os defensores da versão tradicional da regra *non cumul*, a autora logra afastar tranquilamente o estudo do resto de casos que geram ruído nessas zonas mistas ou fronteiriças e que, em direito comparado, consideram-se incluídos nas chamadas zonas cinzentas.

Não sei se esta explicação que proponho é mais clara e não sei se — como havia proposto — permite avançar na explicação do debate doutrinário sobre estas matérias existentes no sistema espanhol. Temo que, até certo ponto, possa ser vista como um aporte que vem a somar-se ao coro de vozes discordantes entre os debates acerca das relações entre responsabilidade contratual e responsabilidade extracontratual na Espanha. De toda forma, parece central salientar que, nesta matéria, o que está em jogo, é a prioridade do contrato. Confio que, ao menos esse ponto, tenha logrado explicar com clareza.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Neste estudo, tentei esclarecer os termos em que se debate na Espanha acerca das relações entre a responsabilidade contratual e a responsabilidade extracontratual. Para isso, parti da observação de Zimmermann e Wagner de que as características básicas de cada sistema de responsabilidade extracontratual determinam a maneira como se desenham essas relações, o que determina também a maneira de identificar as áreas ou zonas significativas para propor o estudo (zonas de sobreposição e zonas cinzentas, por um lado, diante de zonas mistas ou fronteiriças, por outro). Isto permitiu-me identificar duas posições teóricas extremas ou puras (a regra *non cumul* tradicional e a regra da opção), diante das quais o estudo de algumas posições intermediárias defendidas na Espanha creio que me permitiu explicar mais claramente o obscuro debate doutrinário existente até agora. Vejamo-lo com maior detalhe.

Do indicado ponto de partida, expliquei que é lógico que, em um sistema como o alemão, admita-se a concorrência entre responsabilidades e a regra da opção, visto que a tipicidade do dano indenizável no § 823, I do BGB faz com que as relações entre ambos os regimes de responsabilidade possam ser vistas como a interseção entre dois regimes jurídicos internamente bem definidos. Nessa interseção entre esses dois conjuntos (zona de sobreposição), estão contidos os casos em que um dos contratantes causou ao outro um dano em sua pessoa ou propriedades (para dizer muito resumidamente), dano que, por seu turno, supõe um descumprimento do contrato que vincula as partes. Em princípio, se não há dano à pessoa ou coisas do demandante, a responsabilidade extracontratual alemã não é aplicável, logo não se propõe problema algum de relação com a responsabilidade contratual⁹⁶. As soluções pensadas para as zonas cinzentas são as encarregadas de solucionar este último grupo de casos.

Também desse ponto de partida, expliquei que — em contrapartida — as coisas não podem ser propostas da mesma maneira nos sistemas de tradição francesa, como é o espanhol. Nestes, os requisitos

⁹⁶ Recorde-se que o § 823, I BGB não é a única cláusula geral de responsabilidade existente nesse Código (cfr. § 823, II e § 826, transcrito supra), o que matiza a afirmação contida no texto.

da responsabilidade contratual são aparentemente os mesmos que os da responsabilidade extracontratual (cfr. arts. 1101 e 1902 CC), com o que não há nenhum freio interno neles que permita justificar a defesa da regra da opção no Direito espanhol.

De fato, alguns autores que defendem a regra da opção na Espanha foram justamente acusados pela doutrina de importar acriticamente o requisito da antijuridicidade do dano. Por essas exigências lógicas ou sistemáticas existentes na tradição à qual pertencemos, é lógico que os autores mais respeitados (L. Díez-Picazo, F. Pantaleón, E. Roca, R. Bercovitz ou A. Carrasco) defendam na Espanha a regra *non cumul*. É certo que há autores igualmente muito respeitados (J.M. Miquel ou M. Martín-Casals) que chegam a sugerir ou defender a concorrência e a regra da opção, mas o fazem a partir de proposta que, de alguma maneira, supõem também uma reformulação das bases do sistema. Em qualquer caso, há que se reconhecer que os defensores da regra da opção, ao menos, contribuíram para que se difundisse na Espanha a ideia — defendida logicamente no sistema alemão — de que a opção deve ser impedida quando a permissão de optar pela responsabilidade extracontratual sirva para contornar a regra contratual aplicável.

Todavia, creio que a obscuridade do debate doutrinário na Espanha se deve à existência de algumas posições intermediárias nas quais se misturam, de maneira heterogênea e aparentemente contraditória, traços dessas duas posturas extremas ou puras.

E, no entanto, a análise detalhada dessas posturas intermediárias que propus aqui creio que conseguiu descobrir dois importantes consensos nos autores escolhidos como paradigma dessas posturas intermediárias tão aparentemente distintas e até contraditórias. Em minha opinião, esses dois traços do pensamento destes autores intermediários são muito significativos e permitem descrever de maneira mais clara o debate existente.

O primeiro deles consiste no reconhecimento de uma estrutura básica do nosso Código Civil espanhol que, contrapondo responsabilidade contratual e responsabilidade extracontratual, impõe a solução da não concorrência por razões sistemáticas. Com efeito, todos os autores estudados neste setor intermediário compartilham a definição da responsabilidade extracontratual qualificada como negativa ou residual: a responsabilidade extracontratual (já digo, como a própria palavra indica) define-se, por exclusão, partindo da definição do que é contratual.

Esse traço estrutural é, certamente, compartilhado também pelos partidários da regra *non cumul* tradicional, que defendem que a existência do contrato impede o nascimento da responsabilidade extracontratual quando exista um contrato entre demandante e demandado. Diante disso, a novidade dos autores que defendem posições intermediárias consiste em afirmar que a responsabilidade extracontratual não pode concorrer com a contratual... (mas apenas) no que chamam de estrita órbita do pactuado. Com isso, a maneira de definir esse âmbito estrito do contrato passa a ser questão central, questão que, não obstante, é escassamente tratada pelos autores que em nossa doutrina estudam as relações entre ambos os tipos de responsabilidade.

Segundo estes partidários das posições intermediárias, portanto, a impossibilidade de concorrência não é total (como na regra *non cumul* tradicional), mas sim depende da área ou âmbito

contratual nos quais estejamos pensando. Por isso, estes autores admitem que existem conteúdos contratuais alheios a essa órbita estrita do pactuado sobre os quais sim pode dar-se essa concorrência. Esses conteúdos definem-se normalmente por referência aos deveres de segurança ou proteção que se pregam da pessoa ou bens do demandante, sem que se esclareça muito mais acerca da origem desta teoria. Desta maneira, como vimos, abre-se a possibilidade de defender ao mesmo tempo a regra *non cumul* (para a órbita do pactuado) e a regra da opção (fora dessa órbita), o que parecia impossível em estritos termos comparados. Insisto em que esta possibilidade de concorrência proposta pelas teorias intermediárias parece-me (por ora) inverossímil em um ordenamento como é o espanhol mas, do ponto de vista deste trabalho (que se centra no que podemos chamar de uma história das ideias sobre a matéria), o importante é que ficou esclarecida essa possibilidade teórica de compatibilizar soluções aparentemente irreconciliáveis.

O segundo consenso, mais ou menos implícito, entre os autores que defendem essas posições intermediárias reside na importância de se estudar a área extracontratual adjacente à esfera contratual (o que denominam zonas mistas ou fronteiriças). Dentro dessas áreas mistas ou limítrofes, observamos que é comum distinguir quatro grupos de casos: primeiro, casos de responsabilidade pré e pós-contratual; segundo, responsabilidade por descumprimento de obrigações legais (também chamada de responsabilidade paracontratual); terceiro, responsabilidade perante terceiros daqueles que descumprem um contrato; e quarto, a responsabilidade daqueles que descumprem os chamados deveres de proteção e cuidado que salvaguardam a pessoa ou bens do demandante.

Os defensores de posições intermediárias adotam distintas estratégias diante desse grupo de casos. Identificar os casos que cada autor aspira a solucionar permite esclarecer o debate. Assim vimos que há quem, como Reglero Campos, defenda a regra da opção para os casos de danos às propriedades do contratante que demanda (com a já mencionada advertência de evitar o contorno do contrato), defenda a solução da unificação para os casos de danos pessoais e — isto já não é novidade para nós — admita a regra *non cumul* na órbita estrita do pactuado. Tratam-se de três regras contraditórias entre si, mas que podem ser entendidas se se atende aos seus respectivos campos de aplicação e se respeita a definição negativa da responsabilidade extracontratual da qual já falamos. Desaparece, assim, a primeira e caótica impressão que se desprende da leitura deste autor.

Destacou-se, em segundo lugar, que há autores que parecem buscar solucionar todos os casos fronteiriços ou mistos mencionados com uma proposta — de lege ferenda — de unificação do regime de responsabilidade que parece que aspira a solucionar tanto os casos de responsabilidade pré-contratual/pós-contratual, como os de autêntica concorrência de responsabilidades. Além disso, ameaça-se aplicar esse ideal de unificação geralmente e de lege lata, por considerações que Yzquierdo Tolsada chama de justiça material. Essas considerações, por outro lado, parecem bastante afastadas da lógica contratual mais básica que — dentro dos limites gerais da autonomia privada — deve prevalecer de maneira geral.

Por último, há autores mais recentes que, como Ortí Vallejo, aspiram a solucionar unicamente um dos casos de sobreposição de responsabilidades (danos pessoais em prestação de serviços) mediante a regra da opção, regra que se apresenta como exceção à regra *non cumul* que o autor admite como solução

geralmente aplicável. Nestas proposições, o campo de aplicação da solução que se propõe está bem delimitado e é claro. Mais recentemente, também Luque Jiménez defende a vigência geral da regra *non cumul* como técnica de solução consistente na contratualização do problema, apesar de ter admitido a concorrência de responsabilidades fora da órbita estrita do contrato. Com isso, tal qual os defensores da versão tradicional da regra *non cumul*, a autora logra afastar tranquilamente o estudo do resto de casos que geram ruído nessas zonas mistas ou fronteiriças e que, em direito comparado, consideram-se incluídos nas chamadas zonas cinzentas.

Não sei se esta explicação que proponho é mais clara e não sei se — como havia proposto — permite avançar na explicação do debate doutrinário sobre estas matérias existentes no sistema espanhol. Temo que, até certo ponto, possa ser vista como um aporte que vem a somar-se ao coro de vozes discordantes entre os debates acerca das relações entre responsabilidade contratual e responsabilidade extracontratual na Espanha. De toda forma, parece central salientar que, nesta matéria, o que está em jogo, é a prioridade do contrato. Confio que, ao menos esse ponto, tenha logrado explicar com clareza.

REFERÊNCIAS

ARANDA RODRÍGUEZ, Remedios. *Guía de Derecho Civil. Teoría y práctica. Derecho de obligaciones y responsabilidad civil*. 2. ed. Navarra, 2021.

ARCOS VIEIRA, María Luisa. “Sobre el carácter contractual o extracontractual de la responsabilidad civil por incumplimiento de obligaciones legales”. In: ATAZ, J.; COBACHO, J. A. *Cuestiones clásicas y actuales del Derecho de daños. Estudios en homenaje al profesor Dr. Roca Guillamón*. I. Navarra, 2021. pp. 371-439.

ASÚA GONZÁLEZ, Clara. *Manual de Derecho civil*, II. 3 ed. Barcelona, 2000.

ATIENZA NAVARRO, María Luisa. In: DE VERDA Y BEAMONTE, J. R. (coord.). *Derecho Civil, II (Obligaciones y contratos)*. 5. ed. Valencia, 2021.

BASOZABAL ARRÚE, Xabier. *Responsabilidad extracontractual objetiva. Parte general*. Madrid, 2015.

BLANCO GÓMEZ, Juan José. *La concurrencia de responsabilidad civil contractual y extracontractual en un mismo hecho dañoso*. Madrid, 1996.

BORGHETTI, Jean-Sébastien. “La responsabilité du fait des choses, un regime qui a fait son temps”. *Revue Trimestrielle de droit civil*, 2010-I, pp. 1-40.

BORRELL MACIÁ, Antonio. *Responsabilidades derivadas de culpa extracontractual civil*. Barcelona, 1942.

CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio. “Introducción al estudio de los deberes de protección en el derecho de obligaciones”. In: DE ÁNGEL YÁGÜEZ, R. et al. *Homenaje a Luis Rojo Ajuria*. Santander, 2003. pp. 175-186.

CARRASCO PERERA, Ángel. *Derecho de contratos*. 3º ed. Navarra, 2021.

CAVANILLAS MÚGICA, Santiago. “La concurrencia de responsabilidad contractual y extracontractual. Derecho sustantivo”. In: CAVANILLAS MÚGICA, S.; TAPIA HERNÁNDEZ, I. *La concurrencia de responsabilidad contractual y extracontractual. Tratamiento sustantivo y procesal*. Madrid, 1995.

CLEMENTE DE DIEGO, Felipe. *Curso elemental de Derecho civil español, común y foral*. Madrid, 1927.

DE ÁNGEL YÁGÜEZ, Ricardo. *Tratado de responsabilidad civil*. 3. ed. Madrid, 1993.

DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis. *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, V. Madrid, 2011.

DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés. "El ejercicio ante los tribunales de las acciones de responsabilidad civil contractual y extracontractual". In: APDC. *Cuestiones actuales en materia de responsabilidad civil*. Murcia, 2011. pp. 113-312.

FLEMMING, John. "Remoteness and Duty: The Control Devices in Liability for Negligence". *The Canadian Bar Review*, 1953-5. pp. 471-502.

GARCÍA RUBIO, María Paz. *La responsabilidad precontractual en el Derecho español*. Madrid, 1991.

GARCÍA VALDECASAS, Guillermo. "El problema de la acumulación de la responsabilidad contractual y delictual en Derecho español". *Revista de Derecho Privado*, 1962-II, pp. 831-849.

GOBLE, Dale F. "All Along the Watch Tower: Economic Loss in Tort. The Idaho Case Law". *Idaho Law Review*, v. 24, 1997, pp. 226-281.

GÓMEZ POMAR, Fernando; RUIZ GARCÍA, José Antonio. "La noción de daño puramente económico: Una visión crítica desde el análisis económico del derecho". *Indret*, octubre 2002.

GRANDMOULIN, Jean. *De l'unité de la responsabilité ou nature délictuelle de la responsabilité pour violation des obligations contractuelles*. Rennes, 1892.

JOHNSON, Vincent R. "The Boundary-Line Function of the Economic Loss Rule". *Washington & Lee Law Review*, v. 66, 2009, pp. 547 e ss.

LETE DEL RÍO, Javier; LETE ACHIRICA, José Manuel. *Derecho de obligaciones*, I. Pamplona, 2005.

LIMPENS, Jean. "La théorie de la relativité aquilienne en droit comparé". In: *Mélanges offerts à René Savatier*. París, 1965. pp. 559 e ss.

LLAMAS POMBO, Eugenio. *Manual de Derecho civil, VII. Derecho de daños*. Madrid, 2021.

LUQUE JIMÉNEZ, María Carmen. *Responsabilidad contractual y extracontractual en los arrendamientos urbanos*. Valencia, 2008.

MAGNUS, Ulrich. "The Borderlines of Tort Law in Germany". In: MARTÍN-CASALS, M. (ed). *The Borderlines of Tort Law: Interactions with Contract Law*. Cambridge, 2019, pp. 171-211.

MANRESA Y NAVARRO, José María. *Comentario al Código Civil español*, XII. 2. ed. Madrid, 1907.

MARTÍN-CASALS, Miquel. "Comparative Report". In: MARTÍN-CASALS, M. (ed). *The Borderlines of Tort Law: Interactions with Contract Law*. Cambridge: Intersciencia, 2019, p. 752.

MARTÍN-CASALS, Miquel. "La modernización del derecho de la responsabilidad extracontractual".* In: *Cuestiones actuales en materia de responsabilidad civil*. Murcia, 2011. pp. 11-112.

MARTÍN-CASALS, Miquel; RIBOT IGUALADA, Jordi. "Pure Economic Loss. La indemnización de los daños patrimoniales puros". In: CÁMARA LAPUENTE, S. (coord.). *Derecho privado europeo*. Madrid, 2003. pp. 883-920.

MARTÍN-CASALS, Miquel; RUDA GONZÁLEZ, Albert. "The Borderlines of Tort Law in Spain". In: MARTÍN-CASALS, M. (ed.). *The Borderlines of Tort Law: Interactions with Contract Law*. Cambridge: 2019, pp. 507-567.

MIQUEL GONZÁLEZ DE AUDICANA, José María. “La responsabilidad contractual y extracontractual: distinción y consecuencias”. *Cuadernos de Derecho Judicial*, nº XIX, 1993.

MOLINER TAMBORERO, Gonzalo. “La responsabilidad civil derivada de accidente de trabajo”. In: MORENO MARTÍNEZ, J. A. (coord.). *Responsabilidad civil y su problemática actual*. Madrid, 2007, pp. 689-716.

DEL OLMO GARCÍA, Pedro. “¿Tres o cuatro requisitos de la responsabilidad extracontractual?”. *Almacén de Derecho*, 29 de abril 2024 (en línea). Disponible en: <https://almacenederecho.org/tres-o-cuatro-requisitos-de-la-responsabilidad-extracontractual>. Acceso em: 31 out. 2024.

DEL OLMO GARCÍA, Pedro. “Comentarios a los artículos 1902-1910”. In: AÑA CAÑIZARES LASO (dir.). *Comentario al Código Civil*. Valencia, 2023. pp. 8437-8523.

DEL OLMO GARCÍA, Pedro. “Concurrencia y yuxtaposición de responsabilidades: dos posiciones extremas”. *Almacén de Derecho*, 27 de mayo 2024 (en línea). Disponible en: <https://almacenederecho.org/concurrencia-y-yuxtaposicion-de-responsabilidades-dos-posiciones-extremas#comments>. Acceso em: 31 out. 2024.

DEL OLMO GARCÍA, Pedro. “Responsabilidad contractual y responsabilidad extracontractual: una propuesta teórica”. In: HERRADOR GUARDIA, M. *Derecho de daños*. Madrid, 2024. pp. 187-227.

DEL OLMO GARCÍA, Pedro. “Responsabilidad por daño puramente económico causado al usuario de informaciones falsas”. *Anuario de Derecho Civil*, 2001-I, pp. 257-368.

ORTÍ VALLEJO, Antonio. “La cuestión de la concurrencia de responsabilidad contractual y extracontractual en los daños por servicios”. In: ORTÍ VALLEJO, A.; GARCÍA GARNICA, M. C. (eds.). *La responsabilidad civil por daños causados por servicios defectuosos*. Navarra, 2006.

PANTALEÓN PRIETO, Fernando. “Comentario a la STS 10 de mayo de 1984”. *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, n. 5. 1984. pp. 1645 e ss.

PANTALEÓN PRIETO, Fernando. “Comentario a la STS 26 de enero de 1984”. *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, n. 4, 1984. pp. 1257 e ss.

PANTALEÓN PRIETO, Fernando. ‘Comentario del artículo 1902’. In: PAZ-ARES, C. et. al. *Comentario del Código Civil*, II. Madrid: Civitas, 1991.

PANTALEÓN PRIETO; DEL OLMO GARCÍA. In: BUSSANI, M.; PALMER, V. V. (eds). *Pure Economic Loss in Europe*. Cambridge, 2003.

PARRA LUCÁN. “La responsabilidad civil extracontractual”. In: MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C. *Curso de Derecho civil, 2, Derecho de obligaciones*, Vol. 2, 2016 (Contratos y responsabilidad civil). Madrid, 2020, pp. 401-407.

PEÑA LÓPEZ, Fernando. “Comentario al artículo 1902”. In: BERCOVITZ, R. (dir.). *Comentarios al Código Civil*, IX. Valencia, 2013. p. 12964.

PUIG BRUTAU, José. *Fundamentos de Derecho civil*, II-2. Barcelona: Bosch, 1983.

REGLERO CAMPOS, Fernando. “Conceptos generales y elementos de delimitación”. In: REGLERO CAMPOS, F. (coord.). *Tratado de responsabilidad civil*, I. 4ª ed. Navarra, 2008. pp. 136-222.

REMY, Philippe. ‘La responsabilité contractuelle: histoire d’un faux concept’. *Revue Trimestrielle de droit civil*, 1997-II, pp. 323 e ss.

ROBLES LATORRE, Pedro. “Projets de réforme sur la responsabilité: une opportunité vers l’unification des reponsabilités”. In: CABRILLAC, R. *La réforme du droit de la responsabilité civile extracontractuelle, Journées binationales de l’Association Henri Capitant*. Montpellier, 2022.

ROCA TRIAS, Encarnación. “La responsabilidad extracontractual”. In: VALPUESTA, M. R. *Derecho de obligaciones y contratos*. 2 ed. Valencia, 1995.

SÁNCHEZ VÁZQUEZ, Juan. “La denominada acumulación de responsabilidades contractual y aquiliana”. *Revista de Derecho Privado*, 1972. pp. 965-986.

SANTOS BRIZ, Jaime. *La responsabilidad civil. Temas actuales*. Madrid, 2001.

SCHWARTZ, Gary. “The Economic Loss Doctrine in American Tort Law”. In: BANAKAS, E. (ed.), *Civil Liability for Pure Economic Loss*. The Hague/London/Boston, 1996, pp. 103-130.

SERRA RODRÍGUEZ, Adela. “La responsabilidad civil contractual y la responsabilidad civil extracontractual”. In: CLEMENTE MEORO, M.; COBAS COBIELLA, M. E. (dir.). *Derecho de daños*, I. Valencia, 2021.

WAGNER, Gerhard. “Grundstrukturen”. In: ZIMMERMANN, R. (Hrsg.). *Grundstrukturen des Europäischen Deliktsrechts*. Baden-Baden, 2003. pp. 233 e ss.

YZQUIERDO TOLSADA, Mariano. “La zona fronteriza entre la responsabilidad contractual y la aquiliana. Razones para una moderada unificación”. *Revista Crítica Derecho Inmobiliario*, 1991. p. 443-490.

YZQUIERDO TOLSADA, Mariano. “Responsabilidad civil contractual y responsabilidad civil extracontractual en el sistema español”. In: PIROZZI, R.; YZQUIERDO TOLSADA, M. *Los problemas de delimitación entre responsabilidad civil contractual y responsabilidad civil extracontractual en los sistemas español e italiano*. Madrid, 2016.

ZIMMERMANN, Reinhard. *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civil Tradition*. Boston, 1992.



Este artigo está licenciado sob a licença *Creative Commons* Atribuição-Não Comercial 4.0 Internacional (CC BY-NC 4.0). Para mais informações sobre os termos desta licença, consulte: <https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/deed.pt>

Recebido em:
23/04/2025.

Aprovado em:
20/03/2026.

Como citar segundo a NBR 6023/ABNT:

DEL OLMO GARCÍA, Pedro. Responsabilidade contratual e extracontratual: o debate doutrinário na Espanha. Tradução de Gabriel Schulman. **Revista IBERC**, Belo Horizonte, v. 9, n. 1, p. 195-235, jan./abr. 2026.