



UNIVERSIDADE ESTADUAL DO NORTE DO PARANÁ
CAMPUS JACAREZINHO
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIA JURÍDICA
MESTRADO E DOUTORADO

VITOR OTTOBONI PAVAN

RESPONSABILIDADE CIVIL CONTEMPORÂNEA E TUTELA DA PESSOA
FRENTE AOS GANHOS ILÍCITOS

JACAREZINHO – PR
2020

VITOR OTTOBONI PAVAN

**RESPONSABILIDADE CIVIL CONTEMPORÂNEA E TUTELA DA PESSOA
FRENTE AOS GANHOS ILÍCITOS**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica (Área de Concentração: Teorias da Justiça – Justiça e Exclusão; Linha de Pesquisa: Função Política do Direito) da Universidade Estadual do Norte do Paraná, para qualificação como requisito parcial para obtenção do título de mestre em Ciência Jurídica.

Orientador: Prof. Dr. Maurício Gonçalves Saliba

Coorientador: Prof. Dr. Marcos Jorge Catalan

Autorizo a reprodução e divulgação total ou parcial deste trabalho, por qualquer meio convencional ou eletrônico, para fins de estudo e pesquisa, desde que citada a fonte.

PAVAN, Vitor Ottoboni.

Responsabilidade civil contemporânea e tutela da pessoa frente aos ganhos ilícitos. / Vitor Ottoboni Pavan. Jacarezinho (PR): UENP/Campus Jacarezinho, 2020. 309 f.

Orientador: Prof. Dr. Maurício Gonçalves Saliba
Coorientador: Prof. Dr. Marcos Jorge Catalan

Dissertação (Mestrado) — UENP/Campus Jacarezinho/Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica - Mestrado e Doutorado, 2020.

Referências bibliográficas: f. 281.

1. Construção e ressignificação da responsabilidade civil no contexto contemporâneo.
2. A multifuncionalidade da responsabilidade civil a partir do Direito Civil Constitucional.
3. Restituição pela via da responsabilidade civil no Direito Civil-Constitucional: os remédios restitutórios e seus fundamentos.
4. Prospectos da responsabilidade civil frente ao lucro ilícito no Direito Civil constitucional: fundamentos dos remédios restitutórios I. Pavan, Vitor. II. Saliba, Maurício; Catalan, Marcos Jorge. III. Universidade Estadual do Norte do Paraná. IV. Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica. V. Responsabilidade civil contemporânea e tutela da pessoa frente aos ganhos ilícitos.

VITOR OTTOBONI PAVAN

**RESPONSABILIDADE CIVIL CONTEMPORÂNEA E TUTELA DA PESSOA
FRENTE AOS GANHOS ILÍCITOS**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica (Área de Concentração: Teorias da Justiça – Justiça e Exclusão; Linha de Pesquisa: Função Política do Direito) da Universidade Estadual do Norte do Paraná, para qualificação como requisito parcial para obtenção do título de mestre em Ciência Jurídica.

Orientador: Prof. Dr. Maurício Gonçalves Saliba
Coorientador: Prof. Dr. Marcos Jorge Catalan

Orientador: Prof. Dr. Maurício Gonçalves Saliba

Prof. Dr. Miguel Kfoury Neto

Prof.^a Dr.^a Alessandra Cristina Furlan

Jacarezinho/PR, 16 de abril de 2020.

Prof. Dr. Fernando de Brito Alves
Coordenador do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da
UENP

DEDICATÓRIA

Que ironia
Onde fui te encontrar, sozinho
Entrei menino, juntos, cresci
Saí homem.
Que alegria,
Onde fui te buscar, despretensioso
Encontrei da vida o sentido
Amoroso
Te dedico, não este ou outro ato
Mas da minha vida
Os dias todos

Com amor imensurável
para Amanda.

AGRADECIMENTOS

Assim como o individualismo moderno foi superado pela solidariedade social na contemporaneidade do Direito Civil, se este trabalho houvesse se pautado no individual e não na solidariedade, jamais teria deixado a mente e ocupado o papel.

Ah, quão grato sou!

As angústias da incerteza e da insegurança de um jovem que deseja, de alguma forma, contribuir para uma sociedade mais justa só foram suportadas em razão da solidariedade encontrada no longo e árduo caminho.

Perdoem-me os lapsos, mas fica desde já registrado o sentimento de gratidão a todos que, de alguma forma, compartilharam o fardo, e a delícia, que é a construção de um trabalho acadêmico.

Aos meus familiares, em especial aos meus pais, Nivaldo e Renata, minha irmã, Raquel, e a todos os demais que compõem, comigo, uma grande rede de afeto e respeito onde somos incentivados a desenvolver nossa melhor versão. Obrigado pela compreensão de minhas ausências, pelo apoio incondicional e, em especial, por acreditar sempre que há uma melhor versão de mim quando eu mesmo me recuso a enxergar isso.

Ao professor, mentor e amigo Alaércio Cardoso, inspiração acadêmica, intelectual, profissional e humana, por me apresentar o Direito Civil e me orientar diariamente durante tantos anos de minha vida, minha profunda admiração e agradecimento. Ao professor Wanderlei de Paula Barreto, pelas portas abertas na academia, pela confiança depositada e pela atenção sempre calorosamente despendida, minha sincera gratidão.

Ainda, aos professores Maurício Saliba e Marcos Jorge Catalan, pelas valiosas contribuições e em especial pelos diálogos que levaram a ricas reflexões em questões espinhosas tratadas nesta pesquisa. Sinceramente espero ter correspondido à confiança em mim depositada. Minha admiração e gratidão são eternas.

Agradeço ainda à Professora Alessandra Cristina Furlan e ao Professor Miguel Kfourri Neto pelos valiosos apontamentos e questionamentos que muito contribuíram para a construção final do trabalho.

Aos amigos do programa de Mestrado em Direito da Universidade Estadual do Norte Paraná, por fazerem tão leve e prazeroso o trabalho intelectual extenuante.

Aos servidores da Universidade Estadual do Norte do Paraná, a gratidão pela acolhida e pela solicitude sempre. Em especial, a gratidão a todos os professores que passaram por nossas vidas nestes dois anos. Deles, levarei lições que jamais serão perdidas e que ultrapassam o conhecimento: a visão crítica e social do Direito e a dedicação incondicional ao magistério.

Aos professores do curso de Direito da Universidade Estadual de Maringá, em especial, Rosilene Terezinha de Paiva, Ana Cláudia Pirajá Bandeira e Kellen Silva Moreira Fernandes, que transmitiram, a mim, a paixão pelo Direito Civil.

Aos colegas professores do curso de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Maringá, pelo incentivo na formação acadêmica e na carreira do magistério.

Agradeço, principalmente, a Amanda. Amanda foi meu apoio incondicional durante a caminhada. Do meu lado, não arredou. Quando mais precisei, ali estava. Sem você, já lhe disse, nada disso teria acontecido. A linguagem humana não tem palavra ou expressão capazes de refletir minha gratidão, admiração e devoção. Obrigado, sempre, obrigado!

*What would you think if I sang out of tune?
Would you stand up and walk out on me?
Lend me your ears and I'll sing you a song
And I'll try not to sing out of key
Oh, I get by with a little help from my friends
Mm, I get high with a little help from my friends
Mm, gonna try with a little help from my friends [...]*
The Beatles

*O que digo a vocês é sobretudo isso:
ao lado de ser um mecanismo de solução de conflitos individuais,
o Direito Civil tem que ser um instrumento de transformação social*

Ricardo Lira

PAVAN, Vitor Ottoboni. **Responsabilidade civil contemporâneo e tutela da pessoa frente aos ganhos ilícitos**. 2020. Dissertação de Mestrado — Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica — Universidade Estadual do Norte do Paraná.

RESUMO

A sociedade contemporânea é marcada pelo risco eminente, decorrente dos avanços tecnológicos, da crescente interação social e do próprio aumento do potencial lesivo da sociedade. A responsabilidade civil acompanhou as transformações sociais e já não representa o mesmo instituto jurídico que se consolidou nas codificações oitocentistas. A virada de paradigma do patrimônio à pessoa, do individualismo à solidariedade e do isolacionismo jurídico à interação sistemática levou a responsabilidade a se ressignificar, reconstruindo seus pressupostos. Sob a metodologia do Direito Civil constitucional, a responsabilidade passou a focar na vítima, maximizando sua reparação. Nota-se, contudo, que, ainda que se reconheçam os avanços na contenção de danos, de outro lado, a responsabilidade civil contemporânea ainda tem campo para avançar quanto à tutela da vítima, principalmente quanto ao aspecto de contenção de condutas, prevenção de danos e restituição de ganhos decorrentes dos ilícitos. A problemática, portanto, é: a restituição e remoção de ganhos ilícitos são viáveis por meio da responsabilidade civil em sua configuração contemporânea como forma de tutela da pessoa? A partir dessa pergunta, sob um viés crítico, busca-se analisar a responsabilidade civil contemporânea, a partir do Direito Civil constitucional, como instituto jurídico adequado para a restituição e remoção de ganhos ilícitos, isto é, ganhos decorrentes de um ato ilícito. O primeiro capítulo analisa as transformações do Direito Civil e da responsabilidade civil em um contexto histórico e social a fim de definir qual o estado da arte do instituto. No segundo capítulo, são investigados as funções da responsabilidade civil e seu caráter multifuncional. No terceiro capítulo, analisam-se a taxonomia birkiniana das fontes obrigacionais e remédios. Após, responsabilidade civil e enriquecimento sem causa são contrapostos, considerando serem as duas propostas teóricas de maior relevo na atualidade para lidar com a problemática dos ganhos ilícitos. Por fim, no quarto capítulo, uma visão prospectiva busca conceder aplicabilidade da proposta de tutela da pessoa por meio da restituição e remoção de ganhos ilícitos na responsabilidade civil. Em conclusão, compreende-se que a responsabilidade civil contemporânea é apta a promover a tutela da pessoa por meio da remoção e restituição de ganhos ilícitos. A pesquisa adotou a linha metodológica crítico-metodológica, em sua vertente jurídico-dogmática, provocando embates dialéticos durante o transcorrer da investigação. Aplicada à ciência jurídica, a investigação assumiu o tipo jurídico-interpretativa. A metodologia de procedimento adotada foi o levantamento bibliográfico-doutrinário.

Palavras-chave: Direito Civil Constitucional. Funções da Responsabilidade Civil. Remédios Restitutórios. Direito Restitutivo.

PAVAN, Vitor Ottoboni. **Tort law and person's legal protection against ill-gotten gains**. 2020. Master thesis — *Stricto Sensu* Graduate Program in Legal Science— University of Northern Paraná.

ABSTRACT

Contemporary society is marked by eminent risk, resulting from technological advances, the growing social interaction and the increase in society's own harmful potential. Tort law has followed social transformations and no longer represents the same legal institute that was consolidated in the eighteenth century codifications. The paradigm shift from property to the person, from individualism to solidarity and legal isolationism to systematic interaction, led responsibility to reframe, reconstructing their basis. Under the methodology of constitutional *Civil Law*, tort law turned its focus on the victim, maximizing his reparation. Although progress in damage containment is recognized, it is noted however on the other hand, contemporary tort law still has a path to run into victim's protection, especially regarding the aspect of wrongdoing containment, damage prevention and restitution of ill-gotten gains. The problem, therefore, is: is the restitution and disgorgement of ill-gotten gains feasible through tort law in its contemporary configuration as a form of legal protection of the person? From this question, under a critical bias, we seek to analyze contemporary tort law, based on constitutional *Civil Law*, as an appropriate legal institute for the restitution and disgorgement of ill-gotten gains, that is, gains arising from a wrong compared to the institute of unconcerned enrichment. The first chapter analyzes the transformations of *Civil Law* and tort law into a historical and social context in order to define the state of the art of the institute. In the second chapter, the functions of tort law and its multifunctional character are investigated. In the third chapter, birkinian event-based taxonomy and its respective remedies are analyzed. After that, tort law and unjust enrichment are counterposed considering they are, nowadays, the most important theoretical proposals to deal with ill-gotten gains issue. Finally, in the fourth chapter a prospective view seeks to grant applicability to the proposal of legal protection of the person through restitution and disgorgement of ill-gotten gains in tort law. In conclusion, it is understood that contemporary tort law can promote the protection of the person through the disgorgement and restitution of ill-gotten gains. The research adopted the critical-methodological methodological line, in its juridical-dogmatic aspect, through dialectic clashes during the research. Applied to legal science, the investigation took over the juridical-interpretive type. The methodology of procedure adopted was the bibliographic-doctrinal research.

Keywords: Constitutional Private Law. Tort law functions. Restitutory remedies. Law of Restitution.

SUMÁRIO

	INTRODUÇÃO	12
1	CONSTRUÇÃO E RESSIGNIFICAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL NO CONTEXTO CONTEMPORÂNEO	18
1.1	A teoria clássica e a construção de uma responsabilidade civil patrimonialista no Brasil	19
1.2	A constitucionalização do Direito Civil e a resignificação de seus institutos	31
1.3	A teoria da responsabilidade civil contemporânea	46
2	A MULTIFUNCIONALIDADE DA RESPONSABILIDADE CIVIL CONTEMPORÂNEA	84
2.1	A função reparatória	94
2.2	A função punitiva	105
2.3	A função preventiva, precaucional e o dever geral de prevenção	123
2.4	Função restitutória	129
3	RESTITUIÇÃO PELA VIA DA RESPONSABILIDADE CIVIL NO DIREITO CIVIL-CONSTITUCIONAL: OS REMÉDIOS RESTITUTÓRIOS E SEUS FUNDAMENTOS	143
3.1	A realização da responsabilidade civil em sua multifuncionalidade: os remédios a serviço da responsabilidade civil	144
3.2	A taxonomia birikiana e as diversas fontes obrigacionais de enriquecimento injustificado: a cada patologia, o seu justo remédio	159
3.3	Entre enriquecimento sem causa e responsabilidade civil	169
3.3.1	<i>A composição interna do enriquecimento sem causa</i>	178
3.3.2	<i>O polienriquecimento</i>	184
3.3.3	<i>A teoria do lucro da intervenção</i>	192
3.3.4	<i>A subsidiariedade de ação do enriquecimento sem causa</i>	203
4	PROSPECTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL FRENTE AO LUCRO ILÍCITO NO DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL: FUNDAMENTOS DOS REMÉDIOS RESTITUTÓRIOS	214
4.1	Revisitando o princípio da reparação integral	217
4.2	No horizonte: os remédios restitutórios: definindo fronteiras entre restituição e remoção de ganhos ilícitos	237

4.3	Parâmetros de operabilidade dos remédios restitutórios: culpa (?), nexo e quantificação	259
	CONCLUSÃO	277
	REFERÊNCIAS	281

INTRODUÇÃO

Diz-se que o rio no qual alguém se banha hoje não será o mesmo rio no qual esta mesma pessoa se banhará amanhã. Assim como as águas deste rio, a sociedade na qual o Direito se desenvolveu ontem já não é a sociedade na qual ele tem que ser aplicado hoje e não será amanhã a mesma sociedade para a qual é necessário pensá-lo.

O contexto contemporâneo é totalmente divergente daquele em que as bases do Direito Civil brasileiro foram solidificadas. Pensar, contudo, que tais bases são imutáveis e que tentativas de propor novos sustentáculos e, por consequência, novas soluções coloca em risco a instituição como um todo é um equívoco.

O Direito Civil deve ser mais que um direito das gentes, um direito das relações individuais, é necessário tomá-lo como verdadeiro instrumento de transformação social. Essa é sua vocação. É o ramo do Direito que é mais próximo das pessoas, que resolve diariamente os conflitos destas, que lhes fornece tutela na proteção de seus interesses pessoais e patrimoniais.

Durante muito tempo, o Direito Civil apresentou-se como uma ilha isolada dentro do oceano do Direito, que, tal qual a ilha Utopia, desejava alcançar a perfeição regulando com completude, segurança e estabilidade as relações privadas na sociedade. Entendia-se esse como o centro do ordenamento jurídico privado, um ordenamento ileso às influências de normas dele segregadas, às quais se conferiu a alcunha de públicas, que não deveriam influir na nobreza do tráfico jurídico dos particulares.

Esse Direito Civil idealizado no Estado Moderno Liberal é anacrônico, inadequado e insuficiente frente à complexidade que a sociedade contemporânea demanda. Uma sociedade denominada de risco, líquida ou pós-moderna, em que a velocidade das transformações tecnológicas e a amplitude e a complexidade das relações sociais desafiam a pretensão de autossuficiência dos institutos de Direito Civil.

Diante de tantas transformações o Direito Civil cede. Deixa abrir o céu que sobre ele mantinha-se nublado, de forma a permitir que sobre ele irradie suas normas e princípios o astro que agora ocupa o centro desse novo sistema: a Constituição.

Em um terreno fértil, construído filosoficamente pelo pós-positivismo – isto é, pela superação da dogmática da interpretação científica e não axiológica da lei, separada de elementos externos –, desenvolve-se a teoria neoconstitucional, pautada

no valor da pessoa humana e na eficácia imediata das normas constitucionais. A Constituição não é mais carta política ou programa normativo, é ela própria uma norma superior que condiciona a validade de todas as outras que integram o ordenamento uno e coeso conforme seus princípios, objetivos e fundamentos.

O Direito Civil é constitucionalizado, humanizado, repersonalizado, ressignificado e deixa de lado a pretensão de "Constituição Privada" em prol do papel de instrumento de garantia da pessoa em sua totalidade, para refundar-se como um Direito Civil de acessos – à riqueza, à saúde, à educação, à justiça, enfim, ao mais amplo arcabouço de direitos que garantam à pessoa uma vida digna.

Essas mudanças de paradigma afetam o interno desse ramo do Direito, e seus tradicionais institutos passam por uma ressignificação à luz dos princípios constitucionais. A responsabilidade civil igualmente se humaniza, deixa a roupagem moderno-liberal-individualista que estampava o patrimônio como sua principal preocupação para assumir uma nova aparência: humana, flexível e polifuncional, constituindo verdadeiro instrumento de efetivação da tutela da pessoa humana e de realização dos princípios constitucionais. É este o objetivo do primeiro capítulo: estabelecer o estado da arte da responsabilidade civil contemporânea (por danos) no Brasil e seus pressupostos conceituais por meio de uma abordagem histórico-jurídica e crítico-prospectiva.

O dogma da monofuncionalidade reparatória é quebrado pela sua insuficiência frente a um mercado cada vez mais complexo, voraz, diversificado e tecnológico, que rompe com as barreiras do imaginável, surpreendendo o juscivilista a cada novo lançamento que altera profundamente o modo como a pessoa se relaciona em sua intersubjetividade. A resposta reparatória é eficiente quando os danos da vítima são maiores que os benefícios do ofensor, contudo é ineficaz quando ou os ganhos superam os danos ou quando não há danos e apenas ganhos.

A responsabilidade deve focar-se, primariamente, na reparação da vítima, mas necessita, com igual importância, atuar de forma a evitar que novos danos venham a ocorrer, quebrando, assim, o ciclo vicioso de danos que a sociedade de risco tende a multiplicar diariamente. O agir desonesto de forma a violar os valores do ordenamento jurídico e os interesses dignos de tutela das pessoas não deve ser uma opção viável. A responsabilidade deve responder, oferecendo instrumentos aptos a conferir efetividade à tutela da pessoa, constitucionalmente promovida à vértice suprema do ordenamento. No segundo capítulo, assim, investigam-se as funções da

responsabilidade civil, abordando-se, comparativamente, os sistemas jurídicos da *Civil Law* e da *Common Law* a fim de se estabelecer as funções que a responsabilidade civil contemporânea exerce no ordenamento jurídico brasileiro contemporâneo e se há espaço para novas funcionalidades.

As consequências do lícito não podem ser iguais às do ilícito, e os benefícios obtidos com a conduta que se distancia dos princípios e regras do ordenamento jurídico devem ser restituídos a quem foi ofendido. A problemática, portanto, reside no fato de se são possíveis a restituição e remoção dos ganhos obtidos com o ilícito a partir da responsabilidade civil ressignificada pelo Direito Civil Constitucional.

Perquire-se se o *locus* dessa restituição deve ser a responsabilidade civil ressignificada, também denominada responsabilidade civil contemporânea, ou o enriquecimento sem causa, alternativa que recebe aderência de boa parte da doutrina.

Tomando-se por base as premissas de estrutura e função estabelecidas nos capítulos anteriores para a responsabilidade na contemporaneidade e para o enriquecimento sem causa, busca-se demonstrar, funcional e estruturalmente, nesta ordem, a viabilidade de aplicação dos remédios restitutórios a partir da responsabilidade civil contemporânea, tendo por fim último a tutela da pessoa.

Para tanto, em um primeiro momento, apresenta-se o conceito de tutela por meio de remédios, isto é, instrumentos que conferem efetividade a direitos. Aponta-se que os remédios podem ser aplicados a diferentes direitos conforme sua fonte obrigacional em uma classificação baseada em eventos causais, como proposto por Peter Birks.

A partir da diferenciação entre fontes obrigacionais, direitos decorrentes dessas fontes e remédios, colocam-se em conflito o enriquecimento sem causa em sua visão contemporânea e a proposta de responsabilidade civil contemporânea aqui adotada. Tal etapa busca, em um embate dialético, contrapor as principais soluções apontadas para os denominados ganhos ilícitos, isto é, benefícios obtidos pelo ofensor a partir da prática de um ato ilícito, dotado de antijuridicidade.

Em especial, é analisada a teoria do lucro da intervenção, que decorre do Direito alemão e que recebeu importantes aportes doutrinários na última década em território brasileiro.

Por fim, no último capítulo, algumas questões importantes para se analisar a aplicabilidade da hipótese proposta são trabalhadas. Inicialmente, revisita-se o princípio da reparação integral, tendo-se em vista que este princípio e sua relação

com a função reparatória foram os motivos preponderantes identificados pelos doutrinadores que rejeitam a possibilidade de aplicação de remédios restitutórios na responsabilidade civil. A análise toma uma vertente jusfilosófica ao trabalhar com o conceito de justiça aristotélica em sua bilateralidade, criticando a posição tomista pautada no dogma reparatório. Ainda, estabelece as bases constitucionais pelas quais se orienta a resignificação do princípio – e não da regra positivada – de forma que sua conformação, segundo o Direito Civil-Constitucional, é de tutela integral da pessoa, sendo a reparação integral subprincípio aplicável na função reparatória da responsabilidade civil.

Enfim, seguindo a diretriz de operabilidade do Direito Civil, busca-se estabelecer os parâmetros de aplicabilidade dos remédios restitutórios.

A pesquisa se apoia, quanto à análise da aplicação de remédios restitutórios na responsabilidade civil, principalmente nos trabalhos de Peter Birks (2005), Nelson Rosenvald (2019b) e no conceito de justiça aristotélica.

Não há que se descuidar de que o trabalho se orienta pela metodologia do Direito Civil-Constitucional, isto é, aquela que busca, nas normas e princípios constitucionais, o necessário filtro de resignificação dos institutos de direito privado para conformá-los à ordem constitucional vigente, segundo os trabalhos desenvolvidos por Pietro Perlingieri, Gustavo Tepedino, Paulo Luiz Netto Lobo, Maria Celina Bodin de Moraes, Luiz Edson Fachin e outros. Dessa forma, a proposta busca responder aos princípios constitucionais de solidariedade, dignidade da pessoa humana e de busca pela justiça social.

Não se descuida, contudo, de buscar a literatura consagrada sobre o tema, bebendo na fonte de Aguiar Dias, Orlando Gomes, Clóvis Beviláqua, Caio Mário da Silva Pereira, Emilio Betti, Carlos Alberto da Mota Pinto, Rui Stoco, Francisco Amaral, Sérgio Cavalieri Filho, Álvaro Villaça de Azevedo, Alvino Lima, Antonio Junqueira de Azevedo e Wilson Melo da Silva.

A pesquisa inclui extensa bibliografia estrangeira. Há de se alertar, contudo, que não se trata de uma pesquisa fundada no método comparatista propriamente dito. Tal pretensão não foi a buscada, e o cumprimento hipotético desse mister demandaria uma análise profunda dos sistemas da *Common Law* e da *Civil Law*. Ainda que se tenha tentado realizar uma incursão profunda nos institutos analisados e nas diferenças sistemáticas, um trabalho fundado em direito comparado demandaria ainda mais profundidade, o que não caberia dentro dos objetivos propostos.

Por fim, a visão do instituto jurídico da responsabilidade civil contemporânea foi formada a partir de vasta pesquisa bibliográfica em autores contemporâneos, cuja extensa lista consta das referências bibliográficas.

A pesquisa jurídica ora apresentada buscou atender às necessidades de uma visão crítica e prospectiva, sem a pretensão de assentar conceitos seguros e estáveis, mas de apreciar criticamente os conceitos da responsabilidade civil e a problematização de seus pressupostos.

O Direito se apresenta como um sistema de justiça que serve, primordialmente, à tutela integral das pessoas e, subsidiariamente, aos outros fatos jurídicos que estão, todos, condicionados a servir à pessoa, e não o contrário. É um fenômeno jurídico historicamente realizado, um fenômeno que se positiva no espaço e no tempo e que se realiza como experiência efetiva (DIAS; GUSTIN, 2002, p. 33).

Há ainda de se ressaltar que, sob a ótica de uma teoria crítica do Direito Civil, a pesquisa jurídica é sempre pautada em escolhas. Pretender uma isenção completa é ignorar que o Direito é uma ciência com comprometimento axiológico (FACHIN, 2012, p. 253). Esta pesquisa está comprometida, assim, com os princípios constitucionais já mencionados.

Quanto aos aspectos metodológicos propriamente ditos, a pesquisa orientou-se quanto à grande vertente teórico-metodológica da pesquisa social aplicada e jurídica pela linha denominada crítico-metodológica, isto é, uma teoria crítica da realidade voltada a repensar a Ciência do Direito, seus fundamentos e objeto. Especificamente aplicada à Ciência Jurídica, revela-se esta linha metodológica como jurídico-dogmática, a partir de uma análise crítica dos elementos internos ao ordenamento jurídico. Tal análise interna não descuida, entretanto, da necessária transdisciplinaridade que as ciências sociais demandam, principalmente no que tange às abordagens sociológicas e filosóficas inseridas no contexto da pesquisa.

O trabalho propõe constantemente o embate dialético entre as posições de destaque da doutrina, as interpretações jurisprudenciais e as visões dos sistemas jurídicos abordados – *Common Law* e *Civil Law*.

A investigação no campo do Direito se orientou pelo tipo jurídico-interpretativa, ou seja, pela decomposição de um problema jurídico em seus diversos aspectos, relações e níveis (DIAS; GUSTIN, 2002, p. 49). A possibilidade de aplicação de remédios restitutórios foi abordada nos aspectos estrutural, funcional, de teoria geral e de operabilidade.

Enfim, a metodologia de procedimento foi a pesquisa de bibliografia na forma de livros e artigos, sem descuidar do levantamento de importantes decisões judiciais – *leading cases* – relacionadas ao assunto.

Sem a pretensão de esgotar o debate de um tema tão complexo, mas somente buscando trabalhar uma visão alternativa – e minoritária – quanto às soluções para os ganhos ilícitos, a pesquisa teve como objetivo principal, propiciar instrumentos de transformação social e tutela integral da pessoa.

1 CONSTRUÇÃO E RESSIGNIFICAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL NO CONTEXTO CONTEMPORÂNEO

Não se pode tratar de doenças inovadoras com remédios tradicionais. O remédio tradicional pode até assumir um novo fim terapêutico, diferente daquele para o qual inicialmente foi pensado, contudo, em uma nova metodologia de aplicação, com novas dosagens e formas de administração, enfim, os detalhes e etapas do tratamento que tradicionalmente se realizavam necessitam ser repensados frente às patologias que desafiam a ciência contemporânea.

No Direito não é diferente. A tradição jurídica criou remédios para fazer frente às moléstias sociais, baseada em metodologias, fundamentos filosóficos e experiências vividas em contextos diferentes daquele no qual se está inserido. Na sociedade atual os riscos são exponenciados e controlar apenas os efeitos de sua concretização no cotidiano pode levar ao descontrole quanto aos riscos criados.

Segundo Beck (2011, p. 36), há na sociedade contemporânea "uma superprodução de riscos, que em parte se relativizam, em parte se complementam, em parte invadem o terreno uns dos outros". Isto é, se com a sociedade industrial o risco começa a ganhar relevo no contexto moderno, na contemporaneidade este se concretiza como um fator social que merece atenção redobrada.

O remédio jurídico pensado para fazer frente às moléstias do tecido social cuja cura incumbe à responsabilidade necessita ser repensado. Demanda-se, portanto, que os remédios já conhecidos sejam adaptados para fazer frente aos novos desafios na sociedade contemporânea.

Não se trata de um abandono das tradições jurídicas civilísticas, de forma alguma, trata-se, em verdade, de se repensar os institutos sob a régua das necessidades do hoje e do porvir. Luiz Edson Fachin (2015, p. 1), reconhecendo os limites do Direito Civil, apresenta-o como conceito

tanto no sentido de captar a tradição que o conhecimento jurídico projeta na dinâmica dos dias correntes em termos de dogmática jurídica, quanto na direção de haurir as inovações próprias de um sistema *open norm*.

E, tomando esta lição como norte para o desenvolver deste trabalho, é que se tratará o Direito Civil, isto é, considerando-se sua faceta histórica, contudo sem se prender ao passado, mas em uma análise crítica, frente ao presente, e propositiva quanto ao futuro. Sem se descuidar de sua construção histórico-social,

mas analisando-a criticamente para captá-la, buscar-se-á propor a resignificação desse remédio jurídico frente aos desafios desta sociedade contemporânea do risco latente, em especial frente à utilização do dano – e do risco – como opções de mercado em busca da lucratividade.

Pensa-se, assim, em uma responsabilidade civil resignificada, em que, ao lado da reparação integral, aparecem os princípios jurídicos da precaução e da prevenção. Em que o fundamento do individualismo dará lugar à solidariedade (LOPEZ, 2013, p. 5).

A responsabilidade civil se transforma, como se transformou a sociedade, e o pensar de outrora já não atende aos reclamos da modernidade.

1.1 A teoria clássica e a construção de uma responsabilidade civil patrimonialista no Brasil

Não se objetiva, aqui, a demonstração de uma transformação histórica da responsabilidade civil sem qualquer rigor metodológico. A construção dos primeiros tópicos do trabalho tem por objetivo desconstruir a construção da responsabilidade civil na cultura jurídica brasileira desde a primeira codificação genuinamente nossa. A partir dessa desconstrução, trabalhar-se-ão os pressupostos desvelados a fim de uma atuação prospectiva (FACHIN, 2015, p. 9) no intuito de se verificar a viabilidade da hipótese de uma função restitutória da responsabilidade no Direito Civil contemporâneo e sua configuração no Direito brasileiro.

Para a construção de um pensamento jurídico acerca da responsabilidade civil, é imprescindível que, na análise do Direito sob um viés histórico, se considerem as peculiaridades sociais e políticas de cada momento no espaço-tempo, para não se proceder a uma análise estéril do instituto jurídico estudado, desvinculado do contexto sociopolítico em que deve se inserir -"A referência histórica é imprescindível, pois a cultura sedimentada no passado vem introjetada no contexto do presente" (FACHIN, 2015, p. 17).

A análise da responsabilidade civil em um contexto histórico no Direito brasileiro tem como missão "problematizar o pressuposto implícito e acrítico das disciplinas dogmáticas, ou seja, o de que o direito dos nossos dias é o racional, o necessário, o definitivo" (HESPANHA, 2012, p. 21). Parte-se da construção de uma cultura jurídica própria do ordenamento jurídico analisado, no caso, o

brasileiro, para que sejam demonstradas as aludidas transformações na teoria da responsabilidade civil.

Nesse aspecto, analisar o Direito Privado no Brasil demanda uma compreensão macro da construção de uma cultura jurídica marcada por conciliações entre correntes ideológicas nem sempre convergentes, em especial de um liberalismo seletivo e de um conservadorismo burocrático que permearam a história jurídica brasileira.

Na construção da cultura jurídica brasileira, o Direito tanto flertou com as influências do Direito ocidental moderno e liberal quanto serviu ao conservadorismo burocrático inserido pela metrópole portuguesa. Analisando essa dualidade, Wolkmer identifica que

No percurso de um longo processo de colonização portuguesa consolidou-se a singularidade de uma cultura jurídica que reproduziu historicamente as condições contraditórias da retórica formalista liberal e do conservadorismo de práticas burocrático-patrimonialistas. A dinâmica dessa junção resultou nos horizontes ideológicos de uma tradição legal - quer em suas ideias, quer em suas práticas normativas e em suas instituições - marcada por um perfil liberal-conservador (2008, p. 121).

A cultura jurídica brasileira caminhou e foi se construindo marcada por esse dualismo conciliador e, em especial, por um domínio de uma elite produzida para a dominação social, e não só pelos colonizadores, mas, após isso, pelos próprios brasileiros. Segundo Reinério Antonio Lérias (2008, p. 194), "A realidade sócio-econômico-cultural colonial foi produto tanto das elites da metrópole, como daquelas aqui geradas", o que se verifica pela parca e letárgica adaptação do Direito Privado à realidade social mesmo após a independência.

A cultura jurídica que ali se construía influenciou o Direito Privado, que permaneceu, durante o império pós-independência e no período anterior à Constituição Federal de 1988, marcado pela "retórica liberal-individualista e com o formalismo discriminador das preceituações normativas que imperam sobre uma sociedade odiosamente estratificada e profundamente desigual" (WOLKMER, 2015, p. 140). Diferente de outros países da América Latina, o Brasil não promoveu, de imediato, um rompimento com a tradição colonizadora, inexistindo um movimento codificador bem-sucedido durante todo o século XIX (FONSECA, 2016, p. 62).

Enquanto isso, no ocidente europeu, a ascensão burguesa reclamava um remédio jurídico que a pudesse proteger contra as espoliações patrimoniais às quais estava habituada em razão do exercício do poder monárquico no Estado Absolutista que a antecederia:

É preciso lembrar que a monarquia tinha sido abolida, a nobreza tinha perdido os seus direitos, os bens nacionais tinham sido alienados pelo Estado a uma nova classe de proprietários e a propriedade tinha passado a ser exclusiva, deixando de existir o chamado anfiteatro enfiteutico, que identificava o poder político e os direitos sobre os bens. Era um mundo novo que se criava 'baseado nos direitos de liberdade, de propriedade e de contratar'. (WALD, 2006, p. 83)

O individualismo jurídico era o cerne da codificação privada oitocentista capitaneada pela codificação francesa (STOCO, 2005, p. 12) e a propriedade privada, o Direito fundamental por excelência, o fiel que divide os pratos na balança entre Direito Público e Direito Privado (FACHIN, 2015, p. 14). O Direito Civil francês, elaborado para a burguesia, sustentava-se no tripé contrato¹, propriedade² e responsabilidade civil e tinha na legalidade estrita seu pano de fundo na interpretação normativa. Esse paradigma da lei adequava-se de forma justa ao individualismo ocidental (AZEVEDO, 2009, p. 9). O código de espírito eminentemente conservador era visto com os olhos do positivismo, nele não se encontrava introdução teórica ou uma exposição de princípios ou motivos que guiassem a um eixo de conteúdos e definições jurídicas, na verdade, a edição de comentários era restrita ao texto da lei, sendo vedada a teorização acerca de seu conteúdo (CAENEGEM, 2000, p. 10-13).

No Brasil, a sociedade à época era também formada por uma burguesia, dividida, entretanto, entre uma burguesia mercantil, que habitava os litorais, e uma burguesia agrária, que povoava o interior, sendo que ambas tinham por interesse

¹ Sobre o contrato no período moderno, Orlando Gomes (1999, p. 6) aduz: "O liberalismo econômico, a idéia basilar de que todos são iguais perante a lei e devem ser igualmente tratados, e a concepção de que o mercado de capitais e o mercado de trabalho devem funcionar livremente em condições, todavia, que favorecem a dominação de uma classe sobre a economia considerada em seu conjunto permitiram fazer-se do contrato o instrumento jurídico por excelência da vida econômica".

² Nesse sentido, Schreiber (2013, p. 246) aponta: "Na concepção individualista do direito de propriedade, definido como o direito de usar e dispor das coisas 'de la manière plus absolute', parece evidente que a função do domínio correspondia unicamente à proteção dos interesses do proprietário. O titular do direito de propriedade era dotado de um direito quase absoluto, cuja amplitude esbarrava apenas em limitações de caráter negativo, obrigações de não fazer que lhe eram impostas pelo Poder Público. E mesmo essas obrigações negativas eram consideradas excepcionais e estranhas ao instituto da propriedade".

a manutenção do subdesenvolvimento do país como forma de salvaguardar seus privilégios econômicos e a ascensão política de que gozavam ao final do império. Havia, entretanto, uma contradição de interesses entre essas classes burguesas. A burguesia mercantil absorvia o espírito liberal, já a burguesia agrária temia a ampla liberdade, principalmente a abolição da escravatura (AZEVEDO, 2009, p. 591), e prezava ainda pelo conservadorismo. Por fim, o incremento das exportações agrícolas fez nascer uma "classe média", em regra, filhos da burguesia agrária que haviam migrado à cidade para o estudo nas recém-criadas universidades. Essa nova classe média passava a ocupar os cargos burocráticos e políticos na máquina estatal e acolheu a posição conservadora em prol do crescimento industrial exponencial (GOMES, 2006, p. 26).

Os códigos oitocentistas, "perfeitas projeções do racionalismo" (CATALAN, 2013, p. 19), foram meticulosamente organizados para proteger o patrimônio e propiciar o bom desenvolvimento dos negócios da classe dominante. No caso do Brasil, o Código de 1916 não escapou das garras da burguesia agrária, oligárquica e patriarcal que estudava os filhos nas Faculdades de Direito de São Paulo e do Recife.

Após frustradas tentativas de codificação civil, no início da República Velha, Clóvis Beviláqua apresentou seu projeto de Código Civil. Fundado estruturalmente no *Bürgerliches Gesetzbuch (BGB)*, o Código Civil brasileiro internalizou muito do conteúdo do *Code Civil* francês de 1804³. Não que Beviláqua ignorasse os anseios sociais que já saltavam aos olhos no começo do século XX no Brasil⁴, mas a força de um congresso "liberal-conservador" acabou por tolhê-lo da possibilidade de engendrar alguns avanços já necessários para a sociedade brasileira à época de publicação da lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916.

³ O Direito europeu como um todo recebeu uma herança comum que, segundo Caenegem (2000, p. 2-3), carrega elementos do "direito romano antigo e medieval e o direito canônico, o antigo direito germânico, o direito feudal, o direito municipal medieval e o direito natural dos tempos modernos. Todos esses elementos exerceram, em diversos graus, sua influência em todos os países da Europa".

⁴ Segundo Otávio Luiz Rodrigues Júnior (2017, p. 37), "seu amor aos animais e aos livros, sua defesa da dignidade feminina e da igualdade de gêneros ajudaram a compor um quadro facilmente admirável pelos contemporâneos de Clóvis Beviláqua", isto é, o autor do Código Civil de 1916 não necessariamente seguia o perfil do congresso, contudo foi justamente esse congresso que em muito alterou tentativas de Beviláqua de dar passos à frente naquela codificação.

Instrumento de relevante influência na codificação brasileira, o *BGB* era marcado por intensa valorização da propriedade privada como direito absoluto e da denominada "família tradicional". A contextualização histórica realizada por Otávio Luiz Rodrigues Júnior (2013a, p. 83-84) apresenta um cenário político na Alemanha que não se distancia muito de relevantes aspectos sociopolíticos que se observavam no Brasil à época da elaboração de nosso primeiro Código Civil⁵.

Havia, na Alemanha, assim como no Brasil, uma necessidade de conciliação entre forças antagônicas, destacando-se como diferença um radicalismo no liberalismo alemão que não era visto no liberalismo brasileiro. Erigem como valores fundamentais da lei civil alemã a propriedade e a estrutura familiar tradicional, institutos caros a uma sociedade estratificada e patriarcal como a sociedade brasileira do início do século XX (MARQUES, 1997, p. 17).

E tal qual o BGB fora criticado na Alemanha por ser pouco democrático e pouco social (RODRIGUES JÚNIOR, 2013a, p. 79), da mesma forma o Código Civil de 1916 também se aproximava mais de um perfil conservador de proteção das elites do que de uma agenda de inovações sociais relevantes:

O Código Civil, como se sabe, quando entrou em vigor, em 1917, refletia o pensamento dominante das elites europeias do século XIX, consubstanciado no individualismo e no liberalismo jurídicos. O indivíduo, considerado sujeito de direito por sua capacidade de ser titular de relações patrimoniais, deveria ter plena liberdade para a apropriação, de tal sorte que o Direito Civil se estruturava a partir de dois grandes alicerces, o contrato e a propriedade, instrumentos que asseguravam o tráfego jurídico com vistas à aquisição e à manutenção do patrimônio. (TEPEDINO, 2003, p. 115-116).

O Direito Privado brasileiro, assim, pouco se preocupou com as relevantes e radicais transformações sociais que se operavam no início do século XX, com o fim do escravismo, o início do desenvolvimento de uma indústria manufatureira

⁵ A Alemanha vivia a disputa de grupos políticos alemães, os nacional-liberais (e os liberal-radicalistas); os defensores da aristocracia e o fortíssimo Partido do Centro (*Deutsche Zentrumspartei*, que durou até 1933), representante dos interesses políticos dos católicos nos territórios unificados. O *Zentrum* foi o grande opositor da nova codificação, com receio da política bismarckiana, conhecida pela expressão *Kulturkampf* (Luta pela cultura), que pretendia subtrair o novo *Reich* alemão à influência da Igreja Católica. Uma legislação nacional sobre Direito de Família que não respeitasse as particularidades dos reinos católicos (Baviera, especialmente) integrantes do *Reich* era considerada perigosa pelos partidários do *Zentrum*. Além disso, os Estados do Sul da Alemanha e a Saxônia temiam que o Código representasse um avanço da Prússia sobre suas competências legislativas. A vitória da dupla von Miquel e Lasker resultou de uma "fugaz combinação" de circunstâncias de difícil repetição, pois uniu forças absolutamente díspares como os conservadores e os liberal-radicalistas (RODRIGUES JÚNIOR, 2013a, p. 86-88).

nacional e a transferência do centro de poder do país, de forma que os juristas pátrios "não levaram em conta as necessidades reais e nem sempre conseguiram visualizar corretamente a diversidade e a particularidade das condições brasileiras" (WOLKMER, 2008, p. 144).

Assim, o Direito Privado brasileiro, tal qual sua cultura jurídica de modo geral, construiu-se sobre bases de uma sociedade estratificada, oligárquica, fundada na relevância do patrimônio (propriedade privada) e de uma família igualmente estratificada centrada na figura do patriarca. No transcorrer do século XX, juntamente da letargia legislativa que se verificou no Direito Civil, essa característica levou a um direito inoperante, inócuo, que não se prestava a atender satisfatoriamente às novas demandas sociais.

Na opinião de Cláudia Lima Marques (1997, p. 18), o Código Civil de 1916, elaborado por Beviláqua, foi gravado "pelo individualismo, com idéias liberais e religioso-morais que o caracterizariam como texto pouco político, a contribuir para o continuísmo da organização social e para aumentar os conflitos sociais", em clara absorção dos valores que formaram o caldo de cultura da revolução burguesa na Europa e que informaram a construção de boa parte do Direito Civil oitocentista de tradição romano-germânica.

A construção da cultura jurídica brasileira, portanto, foi influenciada em regra por três ordenamentos jurídicos: o português, o alemão e o francês, isso sem se descuidar das peculiaridades próprias das características já citadas da sociedade brasileira que pregava a manutenção de um conservadorismo ao mesmo tempo em que era influenciada pelo liberalismo e individualismo. O Direito Privado contemporâneo guarda os caracteres do individualismo burguês importado da cultura europeia ocidental moderna de matriz romano-germânica e do conservadorismo burocrático-patrimonialista transposto da época colonial.

São, assim, quatro as principais fontes do Direito Civil brasileiro. A primeira a se destacar é a legislação civil portuguesa, forçosamente incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro, e que tinha, à época das ordenações, forte influência do direito romano; a segunda fonte é o Direito comparado em geral, cujo início se dá com a Lei da Boa Razão, de 1769, e insere no Brasil a ideia de interpretação e de integração do Direito, que passam a serem aplicadas a partir do "*usus modernus pandectarum*", surgindo, portanto, uma tradição comparatista; a terceira fonte relaciona-se à própria tradição de buscar nos próprios usos e

costumes e nas decisões judiciais fontes do Direito; a quarta e última fonte é o *Code Civil* francês de 1804 que influenciou a edição de ao menos 172 normas do Código Civil de 1916. (MARQUES, 1997, p. 13-14). Esse, assim, é o contexto da construção do Direito Civil brasileiro.

O Direito continua afigurando-se mais como um instrumento de dominação para uma parca parcela do grande empresariado brasileiro, que se vale de uma predisposição de nosso pensamento jurídico à proteção absoluta do patrimônio para lesar direitos e manter sua posição dominante na sociedade.

Daí a relevância de se compreender a construção histórica, social e política de nosso Direito Privado, de forma a se analisar criticamente o *status quo* e propor soluções que efetivamente atendam à realidade de uma sociedade brasileira contemporânea massificada, plural e desigual. Não se cuida, aqui, de se desprezar o contexto histórico e social em que a responsabilidade civil clássica foi construída, mas de se demonstrar os anacronismos entre aquele modelo e a sociedade contemporânea. O Direito apresenta-se como uma ciência relativa e constitui gravíssimo erro "pensar que, para todas as épocas e para todos os tempos, haverá sempre os mesmos instrumentos jurídicos" (PERLINGIERI, 1998, p. 64).

A responsabilidade civil de outrora pode não ser um instrumento jurídico adequado ao tempo de hoje.

Como ressalta Silvio Neves Baptista (2003, p. 21), "de uma forma ou de outra, dos tempos primitivos até hoje, o homem sempre procurou obter reparação pelo mal que outro lhe causara". A responsabilidade civil tem especial lugar na história do Direito. Primitivamente de caráter punitivo e coletivo, passou à fase da personalidade, sem abandonar o caráter de sanção, até que no Direito Romano veio a receber o caráter de compensação, com abandono da pena corporal em prol da indenização (ALMEIDA, 2007, p.58-60).

O Direito romano ainda iniciou uma importante discussão no âmbito da responsabilidade, qual seja, a essencialidade da culpa para a responsabilização pessoal daquele que praticasse um ato ilícito, sendo daí que partiram os trabalhos de distinção entre modalidades e graus de culpa (VIEIRA, 2004, p. 11). A culpa, ou seja, a subjetivização da responsabilidade, é o grande marco do instituto na legislação aquiliana, contrariando o objetivismo e o punitivismo primitivo:

É incontestável, entretanto, que a evolução do instituto da responsabilidade extracontratual ou aquiliana se operou, no direito romano, no sentido de se introduzir o elemento culpa, contra o subjetivismo do direito primitivo, expurgando-se do direito a ideia de pena, para substituí-la pela de reparação do dano sofrido (LIMA, 1999, p. 26)

Do Direito romano⁶ ao Código Civil Francês, um grande caminho foi percorrido, mas a codificação napoleônica acabou justamente por consagrar, no Direito moderno, o elemento culpa como o cerne da responsabilidade civil nos códigos oitocentistas não só na França, mas em boa parte do Ocidente (PEREIRA, 2001, p. 6), bem como a evidente separação entre responsabilidades civil e penal (SANTOS, 2018, p. 96).

A culpa, no Direito francês (*faute*), apresentava-se com duas faces, uma objetiva e outra subjetiva. Objetivamente se tratava da violação de um dever preexistente, subjetivamente da imputabilidade do agente em razão de ter o agente violado este dever mesmo conhecendo o impedimento legal de fazê-lo – delito civil ou dolo contratual – este na violação do contrato – ou se deveria conhecer e evitar o comportamento, a existência de uma conduta simples, ou no âmbito extracontratual, de quase-delito (AGUIAR DIAS, 1994, v.1, p. 110).

Das influências citadas, parece inevitável que o Código Civil de 1916 não acabasse por adotar a teoria subjetiva, isto é, da culpa, na responsabilidade civil⁷. O Direito português tem sua formação muito relacionada ao Direito romano, assim como ocorre com o Direito germânico, escolas influenciadas pela Pandectística alemã (MARQUES, 1997, p. 19).

Não bastante, a inclinação da sociedade brasileira frente a uma ideologia liberal-burguesa favoreceu a absorção da cultura jurídica europeia e influenciou diretamente na construção do Código Civil de 1916, principalmente, de um lado, com a adoção da sistemática do *BGB* e das lições pandectistas quanto à parte

⁶ Importante asseverar que, como bem adverte Caio Mário da Silva Pereira (2001, p. 1), o Direito Romano não construiu uma teoria da responsabilidade civil, esta se desenvolveu por meio das decisões dos juízes e pretores, das consultas aos juriconsultos, constituições imperiais e demais legislações. "Nem por isto, todavia, é de se desprezar a evolução histórica da responsabilidade civil no direito romano. Em verdade, muito do que o direito moderno apresenta vai-se enraizar na elaboração romana. Até mesmo ao evidenciar os contratos, as tonets prestam não descipienda contribuição" (PEREIRA, 2001, p. 1).

⁷ Tal percepção de aproximação do Direito Civil brasileiro às escolas de influência romana e, naquela época, francesa era compartilhada pelo próprio autor da legislação civil "Em seu Comentário apresenta Beviláqua a doutrina civilista atual com forte aproximação à doutrina pandectística, aliada a uma grande influência da visão positivista de Auguste Comte" (MARQUES, 1997, p. 15).

geral e, de outro, de boa parte do regramento do *Code Civil*, em especial, a responsabilidade civil (AZEVEDO, 2009, p. 593).

Era com base nesses pilares que se construía o sistema de responsabilidade civil na República Velha. O Código de 1916 era baseado em um sistema subjetivo de responsabilidade civil baseado na culpa, o mesmo adotado pelo *Code Civil* de 1804:

A teoria da responsabilidade civil no Código Civil brasileiro é totalmente derivada do Código de Napoleão, cujo art. 1.382 determina: *'Todo fato causado pelo homem, que causa prejuízo a outrem, obriga aquele por cuja culpa este aconteceu, a reparar o dano'*. E o art. 1.383 estabelece: *'Todo homem é responsável pelo prejuízo que causou, não somente por seu fato mas também por sua negligência e imprudência.'* [...] A teoria brasileira da responsabilidade parte daí e seu desenvolvimento sobre a responsabilidade por fato de terceiro ou por fato das coisas acompanha direito francês. (AZEVEDO, 2009, p. 594).

Não é de se surpreender que o Código Civil francês, "elaborado sob a inspiração do Estado Liberal burguês, do século XIX" (FIUZA, 2003, p. 30), adotasse uma teoria da responsabilidade subjetiva. A eleição dessa regra de responsabilidade coaduna sistematicamente e em fundamento com o Direito Civil moderno-liberal:

Fala-se em um modelo liberal, porque a teoria da responsabilidade civil subjetiva ou baseada na culpa foi consagrada nos códigos civis da modernidade (aqueles do século XIX), ápice da ideologia "individualista", que se espalhou por diversos ramos do conhecimento humano: liberalismo político, liberalismo econômico, liberalismo jurídico. Em realidade, a modernidade quebrou um paradigma antigo de uma sociedade hierarquizada, "holista" e em que os vínculos sociais se estabeleciam por laços de parentesco, posição social, etc. A sociedade moderna é a sociedade composta de indivíduos livres, diferentes entre si, cujos vínculos são estabelecidos com base no consenso (contrato social, contratos privados) e na responsabilidade pelos atos individuais. A sociedade moderna é ainda aquela em as relações de troca são entabuladas em um espaço público impessoal denominado de mercado. E com base nessa ideologia é que foram concebidos e, posteriormente, interpretados os Códigos Civis da época. No modelo liberal de responsabilidade civil, o espírito da lei é que o indivíduo seja responsável pelos seus atos (ou seja, aqueles que voluntariamente elegeu; daí uma ligação com a teoria contratual voluntarista do modelo liberal). A lei funciona como a regra do jogo do sistema capitalista, oferecendo segurança e confiança aos agentes econômicos (os contornos dentro dos quais pode haver um embate de interesses em prol do desenvolvimento das riquezas e da sociedade). Por isso, o Código Civil liberal é construído sobre três pilares: a) liberdade contratual e de testar;

b) propriedade absoluta; c) responsabilidade civil subjetiva (TIMM, 2005, p. 150).

A responsabilidade civil subjetiva está fundada, essencialmente, na verificação da culpa. O elemento culpa expõe uma carga moral que se construiu durante a Idade Média por influência do cristianismo e do conceito de pecado, a responsabilidade estava ligada àquilo que a pessoa viria a sofrer no além-vida pelos atos que cometera em sua passagem terrena (HIRONAKA, 2005a, p. 203-216). Na modernidade, contudo, a culpa atende aos pressupostos do positivismo científico que influenciou a França dos séculos XVIII e XIX que demandava a existência de um cenário objetivamente aferível para que se pudesse verificar a veracidade de postulados e constrói conceitos que podem ser testados a partir da conduta do agente em si, e não do sentimento que a provoca (SANTOS, 2018, p. 138).

A centralidade desse Direito Civil liberal-burguês era ocupada pelo patrimônio. A culpa constituía o necessário filtro a justificar que o direito sagrado da burguesia liberal fosse alcançado pelo Estado no exercício do poder jurisdicional. Há de se considerar, ainda, que o Direito Civil de matiz liberalista teria como primado a proteção do ter e não do ser. A culpa como critério de imputação para a reparação de danos atendia ao desejo dessa classe dominante. Segundo Catalan (2013, p. 26), "[...] percebe-se que a inspiração individualista - ao legitimar a alocação da culpa como figura central no universo do dever de reparar - atende aos anseios da classe econômica detentora do poder".

Sendo o *Code Civil* uma produção decorrente de uma revolução burguesa, a proteção patrimonial, conseqüentemente, ocupava as preocupações da sociedade mercantil que buscava um ambiente favorável para o seu desenvolvimento. A adoção de uma teoria fundada na culpa permitiu que o destinatário da proteção pudesse antever os reflexos da atividade econômica que se pretendia exercer na responsabilidade civil, construindo todo um sistema de proteção do patrimônio do comerciante e/ou do industrial frente às ameaças da responsabilidade pelos danos causados:

Nada melhor, para o sucesso de seus negócios, que um ambiente seguro e de simples compreensão para que a economia pudesse se desenvolver. Vivia-se o império da liberdade e da razão. Os códigos da modernidade garantiram – e garantiram, de fato – o êxito da atividade econômica ao permitirem a identificação antecipada das conseqüências ligadas aos riscos da atividade.

Tais códigos não só almejaram, como foram capazes de promover a proteção do patrimônio (CATALAN, 2013, p. 18).

E o papel do Direito Civil francês naquele momento não era o de democratizar o acesso ao patrimônio, ao contrário, era o de proteger o patrimônio contra as investidas do Estado, de forma a curar a burguesia recém-ascendida ao poder dos traumas causados pela espoliação das monarquias absolutistas.

A eleição do elemento subjetivo culpa como critério de imputação criou para a vítima o ônus⁸ de ter de demonstrar a existência de uma conduta do lesador que estivesse intencionalmente direcionada ao dano ou que houve, ao menos, uma ligação entre o dano e a conduta do agente restando esta qualificada pelo elemento culpa em sentido amplo – negligência, imprudência e imperícia (VIEIRA, 2004, p. 13). Ou seja, não bastava ter sofrido uma violação em seus direitos, a vítima ainda era obrigada a percorrer um quase invencível calvário processual para que pudesse obter uma reparação pelos prejuízos apurados, até então estritamente patrimoniais.

Comparando o sistema brasileiro de responsabilidade civil presente no Código Civil de 1916 com o Direito francês, conclui Cavalieri Filho (2003, p. 69) que, "Então, o Código de 1916 era subjetivista, porque todo o sistema de responsabilidade civil nele previsto estava amarrado à cláusula geral do art. 159". O art. 159, por sua vez, tinha a seguinte redação: "Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano"; nessa primeira parte, fica claro que o sistema geral é subjetivo, pois fundado na culpa tal qual sua aceção clássica⁹. Na parte final, disciplinava o modo de verificação da culpa e a culpa presumida: "A verificação da culpa e a avaliação da responsabilidade regulam-se pelo disposto neste Código, arts. 1.521 a 1.532 e 1.542 a 1.553".

⁸ Segundo Caio Mário da Silva Pereira (2001, p. 76), "na responsabilidade civil subjetiva a vítima tem que demonstrar a existência dos elementos fundamentais de sua pretensão".

⁹ Para Cavalieri Filho (2007, p. 34-35), "pode-se conceituar culpa como conduta voluntária contrária ao dever de cuidado imposto pelo Direito, com a produção de um evento danoso involuntário, porém previsto ou previsível". A previsibilidade, continua o renomado jurista, "não é a previsibilidade genérica, abstrata, sobre aquilo que pode um dia acontecer; mas sim a previsibilidade específica, presente, atual, relativa às circunstâncias do momento da realização da conduta."; Também trabalhando com o conceito clássico derivado do Direito Romano e consagrado no moderno Direito Francês, para Venosa (2010, p. 21), "a culpa, sob os princípios consagrados da negligência, imprudência e imperícia, contém uma conduta voluntária, mas com resultado involuntário, a previsão ou a previsibilidade e a falta de cuidado devido, cautela ou atenção".

Afora a culpa, a visão moderna da responsabilidade civil que permeou o Código Civil brasileiro de 1916 entendia como indispensável a existência de um dano para que viesse a ser aplicada a regra de responsabilidade:

O dano é, sem dúvida, o grande vilão da responsabilidade civil. Não haveria que se falar em indenização, nem em ressarcimento, se não houvesse o dano. Pode haver responsabilidade sem culpa, mas não pode haver responsabilidade sem dano. (...) Tanto é assim que, sem dano, não haverá o que reparar, ainda que a conduta tenha sido culposa ou até dolosa. (CAVALIERI FILHO, 2007, p. 70).

O dano compreendido na teoria moderna está relacionado à diminuição patrimonial – ressalta-se, mais uma vez, que o patrimônio ocupava a centralidade do sistema jurídico-civil naquela época. Dizia-se que, em regra, "Ocorrida a atividade ilícita e havendo diminuição do bem jurídico da vítima, haverá um dano" (SAAD, 1994, p. 28), de forma que, do ato ilícito, necessariamente haveria de existir um prejuízo com reflexos patrimoniais. A noção de dano esteve sempre intrinsecamente ligada ao patrimônio material, e a necessidade de aferição em dinheiro do prejuízo era *conditio sine qua non* para a reparação por meio da responsabilidade civil:

[..] dano em sentido amplo, vem a ser lesão de qualquer bem jurídico, e aí, se inclui o dano moral, mas em sentido estrito, dano é, para nós, a lesão do patrimônio; e patrimônio nada mais é do que o conjunto das relações jurídicas de uma pessoa, apreciáveis em dinheiro. Aprecia-se o dano tendo em vista a diminuição sofrida no patrimônio. Logo, a matéria do dano prende-se à da indenização, de modo que só interessa o estudo do dano indenizável. (ALVIM, 1965, p. 171)

O patrimonialismo exercia, mais uma vez, seus reflexos na teoria da responsabilidade civil. A aferição do dano só era possível a partir da diminuição patrimonial. A noção de prejuízo estava ligada ao fato de que, após o ato violador de uma obrigação preexistente, a vítima encontrava-se em uma posição pior do que aquela em que estava antes, de forma que, na concepção de José de Aguiar Dias (1986, p. 5), "não se cogita da responsabilidade jurídica enquanto não há prejuízo". E o referido prejuízo só seria admissível, quando verificada repercussão patrimonial.

O Código Civil de 1916 refletia, portanto, os ideais individualistas que formaram a cultura jurídica brasileira no século XIX. Era um regramento voltado para relações entre indivíduos, e não de massas, ou entre grandes empresas e a coletividade, ou entre seres não humanos e os seres humanos. Era reflexo do

individualismo para uma sociedade de indivíduos e não de coletivos. Estava a responsabilidade civil subjetiva do Código de 1916 fundada em pilares filosóficos individualistas e no liberalismo-burguês que sustenta o patrimonialismo.

A responsabilidade civil brasileira clássica foi construída sobre pilares do Direito europeu, em especial da reinterpretação do Direito romano e do então novel Direito Civil francês. Era um sistema subjetivo fundado na culpa e em direção a um patrimonialismo que refletia a elite social e política da época e que atendia ao seu fim de proteção absoluta da propriedade e do *status quo* dessa classe dominante, de forma a atender aos objetivos da filosofia individualista e do liberalismo econômico que imperavam nas mentes intelectuais do período.

A sua ressignificação por meio do Direito Civil constitucional é medida indispensável à análise do instituto na sociedade contemporânea, a revisão de seus pressupostos e fundamentos permitirá a construção de soluções adequadas aos problemas que há muito assolam a sociedade e que se veem sem paliativo em razão da resistência de boa parte da doutrina em visitar e revisar conceitos e princípios de Direito Civil que foram consagrados no ambiente do Estado Moderno Liberal.

1.2 Constitucionalização do Direito Civil e a ressignificação de seus institutos

A sociedade que promoveu a revolução burguesa no Estado Moderno começa a se transformar no final do século XIX e início do século XX a partir do desenvolvimento tecnológico que permite a criação de indústrias.

A concentração do capital e a urbanização acabam resultando na massificação dos contratos, do consumo e na racionalização de recursos pelas indústrias a fim de sobreviver à concorrência daqueles tempos.

As formas tradicionais do trânsito econômico-jurídico estavam se transformando de forma rápida e radical. O contrato tradicional, livre e individual, então ganhava o caráter massificado, de adesão e demandava regulamentação:

No segundo e terceiro quartéis do presente século, com o movimento de socialização da economia e o contínuo fortalecimento dos princípios da justiça social, o regime dos contratos sofreu uma progressiva e notória transformação. Acentuou-se cada vez mais, a partir da legislação vincuística do arrendamento e do aperfeiçoamento da legislação laboral, a intervenção do Estado na própria área dos contratos, anteriormente considerados como o feudo da livre iniciativa dos particulares. Com o ideal da justiça social multiplicou-se o número

das normas imperativas destinadas, por um lado, a proteger, em diversos contratos típicos, a situação da parte considerada social ou economicamente mais débil e, por outro, a tutelar certos valores que no domínio dos negócios jurídicos ascenderam à zona dos interesses de ordem pública" (VARELA, 2000, p. 228-229).

Todo o ambiente social que existia no surgimento dos Códigos oitocentistas estava em efervescente mutação (FIUZA, 2003, p. 26).

O Estado Social que sobreveio ao Estado Moderno Liberal tinha características diferentes de seu antecessor. No Estado Social são incorporadas a ordem econômica e a ordem social, que não estavam presentes no modelo liberal. O Estado Liberal, que sucedia o Estado Absoluto, teve por principal preocupação a separação entre público e privado, a dicotomia que permitia ao titular proteger-se contra as investidas do Estado, em especial quanto a seu patrimônio (DEL NERO, 1997, p. 57-59).

O Estado Social soerguia-se em um contexto legislativo que pouco atendia às novas relações sociais. A própria teoria do Direito Civil, como a teoria dos contratos, mostrava-se insuficiente frente às rápidas e radicais transformações que a sociedade impunha ao Direito. Em escritos que analisavam essa modificação de paradigma – principalmente com base na doutrina francesa – Clóvis Beviláqua¹⁰ reconhecia a transformação social e a demanda por um novo pensamento jurídico acerca dos contratos, já abandonando em partes a ideia de total separação entre individual e público que advinha do individualismo e do liberalismo que tinham a autonomia de vontade como valor máximo em matéria contratual.

A nova sociedade formada por proletários e detentores do capital demandava "reconhecimento da desigualdade econômica tornando irrisória a liberdade contractual, e da necessidade da intervenção dos Poderes Públicos, a fim de restabelecer o equilíbrio das partes contractantes" (BEVILÁQUA, 2016, p. 328).

Havia, portanto, um claro descompasso entre as legislações oitocentistas e o novo ambiente social, não só quanto ao Direito Civil, mas as próprias

¹⁰ O artigo foi originalmente publicado em 1938 na Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, v. 34, n.1, p.57-66. Em que pese o texto utilizado nesta pesquisa ter sido publicado em 2016, a ortografia foi mantida como no original, razão pela qual está inadequada à reforma ortográfica e às leis da língua portuguesa vigentes.

Constituições liberais eram assíncronas em relação às demandas sociais decorrentes da industrialização.

Do ponto de vista material, as Constituições não divergiam da codificação civil no que diz respeito à finalidade de suas normas. Se os Códigos Civis eram instrumentos de proteção patrimonial, em especial da classe burguesa dominante, "No direito público, as Constituições ajudaram a estabelecer e garantir a nível político o domínio e o interesse geral da classe dominante" (MARTIN, 1997, p. 175)¹¹. As Constituições liberais eram verdadeiras cartas políticas, caracterizadas pelo seu caráter eminentemente formal, e tais cartas marcavam a nítida separação entre público e privado.

O *locus* de realização normativa era o Direito Privado, era ali que as normas regulamentavam condutas, e neste espaço a normativa constitucional não encontrava entrada, visto que a intervenção do Estado na esfera privada era contrária à própria percepção do homem moderno. Pode-se dizer que a "Constituição das relações privadas" (TEPEDINO, 2003, p. 117) eram os Códigos Civis.

As constituições enquanto formais representavam apenas um programa político, instável e mutável conforme o detentor do poder político (FACHIN, 2015, p.14-15), o que, inclusive, foi ressaltado por Miguel Reale (2003, p. 17) nos comentários preliminares à publicação do Código Civil, cujo projeto de elaboração por ele foi coordenado, ao destacar o fato de que, enquanto esteve vigente o Código Civil que acabara revogado, diversas constituições vigoraram no Brasil. Essa própria instabilidade constitucional justifica, de certa forma, a resistência das codificações às seguidas transformações constitucionais, como também ocorreu na Alemanha, por exemplo, onde o BGB passou incólume por três Constituições totalmente diferentes entre si (SCHREIBER, 2013, p. 8).

As primeiras constituições não regulavam relações privadas, eram representações da conquista da liberdade de o indivíduo construir suas próprias escolhas, por sua conta e risco. Esse ambiente propiciou a consolidação de um "darwinismo jurídico, com a hegemonia dos economicamente mais fortes, sem qualquer espaço para a justiça social" (LÔBO, 2003, p. 202). O espírito da sociedade nessa época convergia todo para o indivíduo em seu individualismo:

¹¹ Tradução nossa. No original "*En el derecho público las Constituciones contribuirán a fijar y garantizar a nivel político el dominio e interés general de la clase dominante*".

Na época da codificação, o valor originário e fundamental era constituído pelo indivíduo, por sua capacidade individual, por sua liberdade de escolher suas próprias metas, seus objetivos, assumindo sozinho o risco do sucesso e do fracasso (MORAES, 2000, p. 50).

Na sociedade marcada pela exploração da liberdade, em especial em detrimento dos mais fracos e resultando no crescimento exponencial da desigualdade, o liberalismo mostrou-se insuficiente para resolver esse novo quadro social com o surgimento de uma vasta classe proletária na ordem econômica frente à qual "a liberdade política como liberdade restrita era inoperante" (BONAVIDES, 2007, p. 188).

Frente a esse cenário, o social passava a tomar parte do Direito. As Constituições passaram a tratar da ordem econômica e social, positivando direitos que se projetavam de forma coletiva a fim de garantir a limitação do poder econômico (LÔBO, 2003, p. 202).

As relações jurídico-privadas ganharam espaço constitucional na Constituição Alemã de 1919 (FACHIN, 2015, p. 17) e aí se plantou a semente daquilo que só seria colhido no pós-guerra com a redemocratização dos países europeus assolados pelos regimes autoritários, inclusive a própria Alemanha, que viveu o mais horrendo destes regimes.

Se o contexto social-político das revoluções burguesas foi o caldo de cultura das codificações oitocentistas, a história viria a influenciar, novamente, "na conformação e na estrutura do direito privado como um todo, e do Direito Civil, em especial" (HIRONAKA, 2003, p. 95). A transformação constitucional após a Segunda Guerra¹² colocou um marco na necessidade de releitura do Direito frente às transformações sociais que vinham ocorrendo desde o fim do século XIX. O próprio lugar da Constituição e sua função no ordenamento jurídico vieram a ser transformados:

A reconstitucionalização da Europa, imediatamente após a 2a. Grande Guerra e ao longo da segunda metade do século XX,

¹² Sobre as Constituições na redemocratização da Europa, "A principal referência no desenvolvimento do novo direito constitucional é a Lei Fundamental de Bonn (Constituição alemã), de 1949, e, especialmente, a criação do Tribunal Constitucional Federal, instalado em 1951. A partir daí teve início uma fecunda produção teórica e jurisprudencial, responsável pela ascensão científica do direito constitucional no âmbito dos países de tradição romano-germânica. A segunda referência de destaque é a da Constituição da Itália, de 1947, e a subsequente instalação da Corte Constitucional, em 1956. Ao longo da década de 70, a redemocratização e a reconstitucionalização de Portugal e da Espanha agregaram valor e volume ao debate sobre o novo direito constitucional" (BARROSO, 2007, p. 131).

redefiniu o lugar da Constituição e a influência do direito constitucional sobre as instituições contemporâneas. A aproximação das idéias de constitucionalismo e de democracia produziu uma nova forma de organização política, que atende por nomes diversos: Estado democrático de direito, Estado constitucional de direito, Estado constitucional democrático. Seria mau investimento de tempo e energia especular sobre sutilezas semânticas na matéria (BARROSO, 2007, p. 131)

Algumas características próprias do Direito positivo que sustentava as codificações oitocentistas passaram a perder sentido. O código foi pensado para funcionar como uma unidade orgânica e autossuficiente (FERRAZ JÚNIOR, 2011, p. 237), a estabilidade e a imutabilidade seriam ainda outras características marcantes que decorreriam do primado da segurança jurídica que as codificações buscavam (LORENZETTI, 1998, p. 42). Verifica-se, contudo, que "a velocidade dos ocorridos durante o século XX gerou a superação do mundo aparentemente estável e controlável que existiu principalmente na segunda metade do século XIX" (MORATO, 2003, p. 108) e a estabilidade e imutabilidade dos códigos foram contestadas pelo processo de descodificação (IRTI, 1999, p. 77-90). A pretensão de completude começou a se fragmentar com o surgimento de inúmeras outras leis especiais, criando um sistema composto pelo Código Civil e outros "microssistemas jurídicos" (LORENZETTI, 2003, p. 221) que gravitavam em torno do Código Civil o qual "mantinha a fisionomia de ordenador único das relações privadas" (TEPEDINO, 2006, p. 39).

As Constituições da segunda metade do século XX tinham traços de um solidarismo que não coadunava com o individualismo arraigado nos Códigos oitocentistas. Frutos de tempos de individualismo e liberdade, as codificações passaram a perder o lugar de centralidade do sistema jurídico privado:

Por toda a Europa continental, os institutos de Direito Civil carregam o prestígio de sua longa tradição histórica, sendo vistos como verdadeiras 'instituições', cuja estabilidade era atribuída ao gênio dos juristas romanos, ora a um suposto aperfeiçoamento técnico derivado de uma lenta depuração de seu conteúdo ideológico. O próprio processo de codificação e o exacerbado positivismo jurídico haviam contribuído para essa aparência de neutralidade e abstração, difundindo a crença de que a dogmática civilista poderia sobreviver intacta às revoluções políticas e às diferentes ideologias. Assim, no confronto entre os novos valores constitucionais e as regras milenares do Direito Civil, a imensa maioria dos juristas preferia ater-se a estas últimas. (SCHREIBER, 2013, p. 8)

Especialmente na Itália (PERLINGIERI, 2008) um movimento em que se buscou "interpretar o Código Civil segundo a Constituição e não a Constituição segundo o Código Civil" (LÔBO, 1999, p. 100) passou a tentar solucionar o descompasso que existia entre os códigos individualistas, voluntaristas e patrimonialistas com Constituições dotadas de normas eivadas de um solidarismo que marcava o Estado Social (SCHREIBER, 2013, p. 7)

A Constituição passou a representar um filtro pelo qual as normas de Direito Privado, fossem elas anteriores ou não à promulgação do texto constitucional, passarão. O que antes era intangível, isolado e relegado a um mundo próprio então interagiu com o todo do ordenamento, devendo apresentar coesão não só sistemático-formal, mas sistemático-material com as normas constitucionais que iluminavam todas as demais.

O Código Civil perdeu definitivamente seu lugar como constituição privada¹³, e a unidade sistemática do ordenamento passou a ser garantida pela Constituição, houve um giro de lugar ocupado entre Constituição e Código, o que veio a ser denominado mais tarde como "virada de Copérnico" (FACHIN, 2015, p. 57) em referência às mudanças entre a teoria geocêntrica e a heliocêntrica provocadas pelos estudos de Nicolau Copérnico. Nesse sentido, defende Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho (2017, p. 18):

Com efeito, perdeu o Código Civil de 1916, a partir do advento da Constituição de 1988, o *status* de 'constituição do direito privado', ou de 'centro do sistema do direito privado', como sucessivamente fora denominado, passando a ter função meramente residual dentro do ordenamento jurídico pátrio. Frise-se que o advento do segundo Código Civil da história do Brasil, em 2002, nada modifica tal ordem de considerações.

¹³ Essa posição não é pacífica. Miguel Reale (2003, p. 17), comentando o processo de construção do Código Civil de 2002 e apontando a abertura "democrática" que sua construção teve – em um período de regime autoritário militar –, ressaltou a importância daquele texto e a segurança que as codificações civis apresentaram no passar da história: "A Comissão teve o prazer e a honra de receber projetos parciais e sugestões de toda natureza, de diversas instituições jurídicas e empresárias do Brasil, de grandes juristas e de advogados militantes. Nem faltaram sugestões do homem comum, apresentando à Comissão os seus problemas e as suas apreensões. Tais sugestões mereceram tanta atenção quanto as endereçadas por juristas eméritos, *porque nós estávamos, e estamos, cuidando daquilo que costumamos denominar a Constituição do homem comum, que é mais importante que a outra como o demonstra, aliás, a mobilidade dos estatutos políticos e a relativa estabilidade da ordenação civil, em todas as culturas jurídicas do mundo.* Como se vê, toda a sociedade civil foi ouvida". De outro lado, a opinião dos doutrinadores contemporâneos é, em sua maioria, a de que, com o movimento neoconstitucionalista e as constituições do pós-guerra, os Códigos Civis perderam seu caráter de constituição privada, alterando o sistema gravitacional no ordenamento jurídico.

Se, antes, a Constituição relacionava-se com o Código Civil apenas para conferir-lhe validade formal, na aplicação positivista da teoria de validade das normas kelseniana¹⁴, após a virada, "a constituição do Direito Civil, por conseguinte, não se dá apenas formalmente na Constituição" (FACHIN, 2015, p. 57), mas na materialidade constitucional, em busca de cumprir com seus princípios e objetivos.

O texto constitucional, cuja força normativa era reconhecida (BARROSO, 2007, p. 133)¹⁵, então influenciava, direta e materialmente, a interpretação e aplicação do Direito Civil. A teoria do positivismo que pregava a estrita separação entre Constituição e codificações no âmbito material restou superada pelo pós-positivismo¹⁶ "(a) como modo de estudo do fenômeno jurídico (positivismo metodológico e conceitual); (b) como teoria do Direito (positivismo teórico); (c) como ideologia da justiça (positivismo ideológico)" (SIQUEIRA JÚNIOR, 2011, p. 243).

¹⁴ Em sua obra prima, Kelsen (1976, p. 27) explica o processo formal que atesta a validade das normas no regresso até a norma fundamental que justifica todo o sistema; a Constituição aqui tinha papel meramente formal, ela conferia segurança jurídica na introdução das normas no ordenamento jurídico: "Se o acto legislativo, que subjectivamente tem o sentido de dever-ser, tem também objectivamente este sentido, quer dizer, tem o sentido de uma norma válida, é porque a Constituição empresta ao acto legislativo este sentido objectivo. O acto criador da Constituição, por seu turno, tem sentido normativo, não só subjectiva como objectivamente, desde que se pressuponha que nos devemos conduzir como o autor da Constituição preceitua. [...] Um tal pressuposto, fundante da validade objectiva, será designado aqui por norma fundamental (Grundnorm)".

¹⁵ "Atualmente, passou a ser premissa do estudo da Constituição o reconhecimento de sua força normativa, do carácter vinculativo e obrigatório de suas disposições. Vale dizer: "as normas constitucionais são dotadas de imperatividade, que é atributo de todas as normas jurídicas, e sua inobservância há de deflagrar os mecanismos próprios de coação, de cumprimento forçado" (BARROSO, 2007, p. 133).

¹⁶ Para Barroso (2007, p. 134), o processo de constitucionalização encontra guarida filosófica no pós-positivismo. Denominado pós-positivismo ou neopositivismo, este "é uma das consequências filosóficas do neoconstitucionalismo. Trata-se de um novo modelo, na medida em que marca a superação dos modelos jusnaturalistas e positivistas" (CAMBI, 2016, p. 100). Analisando os motivos que levaram o pós-positivismo a suceder o positivismo, Walber Agra (2008, p. 434) aduz que "O neoconstitucionalismo é propulsionado pelos seguintes aspectos: a) falência do padrão normativo que fora desenvolvido no século XVIII, baseado na supremacia do parlamento; b) influência da globalização; c) pós-modernidade; d) superação do positivismo clássico; e) centralidade dos direitos fundamentais; f) diferenciação qualitativa entre princípios e regras; g) revalorização do Direito". Ainda, segundo Blancafort (1998, p. 209), denominam-se pós-positivistas "las teorías contemporáneas que ponen el acento en los problemas de la indeterminación del derecho y las relaciones entre el derecho, la moral y la política", ou seja, para o autor espanhol o pós positivismo não seria uma negação completa do positivismo, mas um "desplazamiento de la agenda de problemas que interesan y, en algunos casos, a un cierto distanciamiento de algunas de las tesis que eran sostenidas de forma mayoritaria por las teorías positivistas".

E, assim, o Direito Civil necessitava se livrar das amarras ideológicas modernas que fundamentaram a sua codificação no século XIX.

A constitucionalização do Direito como um todo foi um processo necessário para adequar o Direito posto, codificado, ao neoconstitucionalismo do século XX¹⁷, e inevitavelmente atingiu também o Direito Civil.

O efeito expansivo das normas constitucionais fez com que seu conteúdo material e axiológico, dotado de força normativa, passasse a irradiar para todo o sistema (BARROSO, 2007, p. 138).

E não há de se confundir a constitucionalização com publicização. O receio de que o Direito Público viesse a contaminar o Direito Privado, fundado na rígida dicotomia que surgiu na era das codificações e que não se justifica na teoria geral do Direito contemporâneo (GIORGIANNI, 1998, p. 37), levou a que muitos acusassem o Direito Público de contaminar o Direito Privado naquilo que se denominou publicização.

Certamente não se trata de o direito constitucional usurpar a função das normas de direito privado, mas de uma leitura conjunta dos ramos do Direito, entendendo ambos como normas de conduta cuja aplicação sistemática e conjunta é necessária à realização do programa constitucional próprio do Estado Constitucional Democrático de Direito. Diz Paulo Lôbo (2003, p. 199) que, "Se se entende como publicização a submissão dessas matérias [de Direito Privado] ao âmbito do direito público, então é incorreto tal enquadramento".

A publicização, na verdade, decorreu da característica intervencionista do Estado Social que se instaurou a partir do início do século XIX. Nesse sentido, Michele Giorgianni (1998, p. 44) constatou que

O uso dos termos 'publicização' ou 'socialização' deriva, portanto, não já de uma concepção especulativa - como a submissão de todo ato de autonomia privada à 'norma' - mas, sim, da constatação do fenômeno 'intervencionista' do Estado na economia. [...] Em outros termos, com a fórmula da 'publicização' e da 'socialização' se quer indicar que o domínio da vontade do

¹⁷ Sobre o neoconstitucionalismo, identifica Barroso (2007, p. 137): "o neoconstitucionalismo ou novo direito constitucional, na acepção aqui desenvolvida, identifica um conjunto amplo de transformações ocorridas no Estado e no direito constitucional, em meio às quais podem ser assinalados, (i) como marco histórico, a formação do Estado constitucional de direito, cuja consolidação se deu ao longo das décadas finais do século XX; (ii) como marco filosófico, o pós-positivismo, com a centralidade dos direitos fundamentais e a reaproximação entre Direito e ética; e (iii) como marco teórico, o conjunto de mudanças que incluem a força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional".

particular no terreno da economia, como era consagrado pelos códigos oitocentistas, é cada vez mais insidiado pelos poderes públicos. O Direito Privado 'publicizado' ou 'socializado' está, portanto, para o Direito Privado sem adjetivos, como a atual concepção da economia - dirigida, ou seja, keynesiana, ou seja do 'bem-estar', para utilizar fórmulas correntes - está para a concepção liberal.

O fenômeno intervencionista reduziu a relevância da autonomia privada em âmbitos antes sagrados aos civilistas como o contrato, em que a teoria do dirigismo contratual veio socorrer uma sociedade em que a certeza que justificava o conceito moderno de contrato estava substituída pela incerteza de tempos permeados por radicais e constantes transformações (MORAES, 2000, p. 53).

A constitucionalização "tem por fito submeter o direito positivo aos fundamentos de validade constitucionalmente estabelecidos" (LÔBO, 2003, p. 200) e não pretende a substituição dos institutos, conceitos, princípios e regras do Direito Privado por seus correspondentes no Direito Público, mas condicioná-los ao olhar constitucional, para que a assincronia entre Constituição e Direito Civil seja, se não eliminada, ao menos atenuada.

É de se compreender que as Constituições, então carregadas de normas de alto conteúdo axiológico, mostrassem-se em descompasso com os códigos oitocentistas, frutos da ideologia liberal e do positivismo, e a correção passou pelo desenvolvimento não apenas de uma teoria do Direito Civil constitucional, mas de sua compreensão como metodologia de estudo¹⁸.

A metodologia estava direcionada à ressignificação dos institutos tradicionais do Direito Civil frente à nova realidade constitucional (LÔBO, 2014, p. 20) pela submissão do Direito Civil ao controle constitucional de validade, de forma a garantir a unidade do ordenamento e o desenvolvimento de uma teoria da interpretação coerente com os postulados metodológicos civil-constitucionais.

Segundo Pietro Perlingieri (2007b, p. 75-86), a metodologia do Direito Civil constitucional implica a compreensão da natureza normativa da Constituição, da

¹⁸ Relevantes se fazem aqui as palavras de Paulo Lôbo (2014, p. 20): "O Direito Civil Constitucional é uma metodologia de estudo, de pesquisa e de aplicação do Direito Civil. Não há, portanto, que se falar em competição, a partir de uma visão distorcida, que contestadores apressados fazem do Direito Civil Constitucional. Segundo eles, o Direito Civil Constitucional teria deixado para trás toda a evolução do Direito Civil, bem como as categorias históricas e fundamentais que o singularizam. Na verdade, o Direito Civil Constitucional representa a ressignificação dessas categorias, desses conceitos fundamentais, criados ao longo dos milênios, para atender a uma sociedade em mudanças e fazer com que o Direito Civil encontre sua vocação histórica, que é de ser um direito de todo o povo, e não apenas de um segmento do povo".

complexidade e unidade do ordenamento jurídico, do pluralismo de fontes do direito e da necessidade de se desenvolver uma teoria da interpretação renovada direcionada à aplicação.

Quanto à força normativa da constituição, "As constituições contemporâneas, além das normas organizativas do Estado, trazem em seu bojo preceitos com vocação de regular a vida social e estatal" (SIQUEIRA JÚNIOR, 2011, p. 254), esses preceitos constituem um sistema material de valores que penetram diretamente nas relações privadas.

Nesse sentido, "o reconhecimento da possibilidade de os direitos fundamentais operarem sua eficácia nas relações entre particulares é o ponto nodal da já consolidada Constitucionalização do Direito Civil" (PIMENTEL, 2018, p. 25). Canaris, inclusive, entende intelectualmente impossível conceber que, no controle de conformidade de uma norma de direito privado em relação aos direitos fundamentais, seja necessário recorrer a outra norma de Direito Privado e não diretamente à Constituição (CANARIS, 2003, p. 30-32). A Constituição, portanto, não demanda mais "uma lei ordinária, como degrau necessário para descer ao mundo dos fatos" (SCHREIBER, 2013, p. 12), ela própria condiciona as relações privadas. E assim é fato que tanto o Direito Civil quanto as Constituições passaram por mutações decorrentes das condições sociais e históricas em que estiveram inseridos, de forma que

A aceitação dessa conexão: (a) ajuda a afastar as discussões que negam a possibilidade de incidência direta e imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas; (b) facilita a aceitação da normatividade contida nas regras e princípios constitucionais; e (c) estimula o recurso aos valores constitucionalmente consagrados, diante da necessidade constante de promoção da justiça social. (CATALAN, 2013, p. 41)

Identifica-se que o reconhecimento de que os princípios – sejam estes explícitos ou implícitos (ROTHENBURG, 2003, p. 54-57) – e as regras contidas na Constituição produzem efeitos nas relações privadas leva à conclusão de que não há posição sustentável em sentido contrário que seja coerente com a ordem constitucional vigente no Brasil (SARMENTO, 2004, p. 225).

Ainda que se tente argumentar em prol da já superada dicotomia entre público e privado e de uma separação ontológica entre Constituição e esfera privada, a doutrina contemporânea, em sua grande parte, entende que o Direito

Civil não está alocado em um mundo à parte e deve, igualmente, ser inserido na complexidade do ordenamento jurídico, constitucionalmente guiado:

é indispensável para compreender que o Direito Civil não representa um mundo à parte, um campo jurídico guiado por valores próprios e autônomos, mas se insere no ordenamento jurídico, que é uno e gravita todo em torno do projeto constitucional (SCHREIBER, 2013, p. 13).

Que a transformação social acabou por trazer novos aspectos a serem regulados pelo Direito é um fato. A justificativa, contudo, de que essa complexidade de fato justifica a fragmentação do Direito Civil em microssistemas, formando um polissistema (IRTI, 1999, p. 77) no qual os microssistemas gravitam de forma independente entre si, é perigosa e necessita ser evitada. Segundo a melhor doutrina, conceber a teoria dos microssistemas pode levar o sistema como um todo a um colapso, de forma que cada fato social será regulado por um microssistema isolado com princípios e regras próprios que nem sempre serão coincidentes com o de outro microssistema, logo, faltaria, hermeneuticamente, um elemento congregador, isto é, poder-se-ia sacrificar a unidade do ordenamento (TEPEDINO, 2006, p. 45-46).

A pretensão de que o civilista tornar-se-ia em um técnico de competências circunscritas e limitadas (IRTI, 1999, p. 127) e não mais um conhecedor enciclopédico ameaça a própria função crítica e transformadora do jurista frente à sociedade, mas um "acrítico, insensível em relação ao projeto abrangente da sociedade mesmo quando esse, traduzido na máxima lei do Estado [...], encontra-se claramente em contradição com grupos de poder ou de pressão" (PERLINGIERI, 2007a, p. 76).

Conforme alerta Celso Lafer no prefácio à edição em português da Teoria do Ordenamento Jurídico na obra de Bobbio, "a 'juridicidade não é uma propriedade das normas na sua singularidade, mas, sim, do ordenamento como um conjunto estruturado de normas" (BOBBIO, 2011, p. 12). Diz Norberto Bobbio (2011, p. 79) que "entendemos por 'sistema' uma totalidade ordenada, isto é, um conjunto de entes dentre os quais existe uma certa ordem". A unidade, portanto, pressupõe uma coerência entre as normas que estão inseridas no ordenamento jurídico com relação a algum paradigma valorativo.

A unidade é garantida não só pelo reconhecimento da Constituição como vértice valorativo do ordenamento, mas da "primazia substancial na interpretação

e aplicação das leis especiais, que não devem ser tomadas como sistemas autônomos" (SCHREIBER, 2013, p. 14). O Direito como sistema é compreendido como ordem axiológica ou teleológica de princípios gerais de Direito (CANARIS, 1989, p. 66-102). Verifica-se o eixo de unidade do sistema ao se deslocar "para a tábua axiológica da Constituição da República o ponto de referência antes localizado no Código Civil" (TEPEDINO, 2006, p. 46), em homenagem ao caráter democrático de construção da ordem constitucional estabelecida:

Nos Estados democráticos, é na esfera política que são reconhecidos os valores comuns e estabelecidos os princípios fundamentais. O direito constitucional representa o conjunto de valores sobre os quais se constrói, na atualidade, o pacto da convivência coletiva, função que, como se viu, já foi exercida pelos códigos civis. A diferença, porém, da codificação, redigida pelos juristas à luz dos valores de uma classe dirigente, os textos constitucionais, ao menos tendencialmente, são elaborados por um legislador democrático. De modo que ignorar os princípios constitucionais, ou interpretá-los à luz do Código Civil (LGL\2002\400), como ainda hoje, sob considerações variadas, alguns têm feito, significa desconsiderar o princípio da democracia e tentar substituí-lo pelo da "razão lógica", o do cientificismo ou permanecer subordinado à força da tradição. (MORAES, 2000, p. 53)

O reconhecimento da complexidade do ordenamento não afasta a sua necessária unidade - "o ordenamento, por mais que se diversifiquem suas fontes, por mais que se multipliquem suas normas, por mais que se especializem seus setores, permanece único, unitário, centrado sobre os valores constitucionais" (SCHREIBER, 2013, p. 13). Isso permite que o Direito seja interpretado em sua unidade como um ordenamento composto por normas que se relacionam de forma sistemática.¹⁹

¹⁹ Bobbio aponta três significados historicamente ligados à palavra "sistema". O primeiro, vinculado ao ordenamento de direito natural, liga-se à ideia de sistema dedutivo de que "um dado ordenamento é um sistema desde que todas as normas jurídicas daquele ordenamento sejam derivadas de alguns princípios gerais (ditos de outra forma, 'princípios gerais do direito'), considerados do mesmo modo que os postulados de um sistema científico" (2011, p. 84); o segundo, assentado no ideal de classificação, remonta à ideia de que, "para indicar um ordenamento da matéria, realizado com o procedimento indutivo, isto é, partindo do conteúdo das normas singulares com o objetivo de construir conceitos sempre mais gerais, e classificações e divisões da inteira matéria: a consequência dessas operações será o ordenamento do material jurídico. [...]" (2011, p. 85); o terceiro assenta-se na máxima de que "um ordenamento constitui um sistema porque nele não podem coexistir normas incompatíveis.", o Direito não tolera antinomias (2011, p. 86). Para Bobbio, é este terceiro significado o mais relevante. Entendendo Bobbio que em um ordenamento jurídico não há antinomias reais, mas apenas antinomias aparentes, já que não podem coexistir duas normas em conflito, incompatíveis, o autor aduz que o sistema jurídico é o conjunto de normas jurídicas inseridas em um ordenamento jurídico não conflitantes entre si, quando da existência de um conflito, o sistema exclui a norma derrotada do ordenamento jurídico, e esta perde sua validade.

A interpretação ganha relevo especial no Direito Civil Constitucional, e a metodologia de aplicação do Direito Civil constitucional demanda a superação de preconceitos que permeiam a hermenêutica civilista.

Em primeiro lugar, deve-se entender que o destinatário da norma constitucional não é o legislador ordinário, mas o próprio cidadão inserido na sociedade, em respeito à efetividade das normas constitucionais.

Também os princípios constitucionais não devem ser utilizados somente em sua função integrativa, quando evidentes lacunas no ordenamento, mas como filtros de adaptabilidade das normas de Direito Civil ao contexto constitucional vigente, de forma que a civilística estéril passe por um tratamento axiológico a fim de que o produto interpretativo seja aplicável em consonância com o critério de valoração constitucional²⁰. Está aí o sentido axiológico da constitucionalização do Direito Civil:

É preciso avaliar sistematicamente a mudança, ressaltando que se a normativa constitucional se encontra no ápice do ordenamento jurídico, os princípios nela presentes se tornaram, em consequência, as normas-diretivas, ou normas-princípio, para a reconstrução do sistema de direito privado. Nada serve, pois, continuar repisando, indefinidamente, que os conceitos jurídicos fundamentais de direito privado são aqueles contidos na sistemática codicística, quais sejam, a autonomia privada e seus desdobramentos, a propriedade e o contrato. É preciso, ao contrário, buscar perceber e valorar o significado profundo, marcadamente axiológico, da "constitucionalização" do Direito Civil. (MORAES, 2000, p. 53)

A constitucionalização do Direito Civil se caracteriza, ainda, pela adoção das cláusulas gerais como técnica legislativa²¹, isso porque "o sistema jurídico, seja codificado ou não, não deve ser visto como algo exaustivo, nem deve ter a pretensão de sê-lo" (FIUZA, 2003, p. 34). As cláusulas gerais permitem a abertura e mobilidade do sistema (CANARIS, 1989, p. 103), e, a partir delas, é possível

No Direito Civil Constitucional os valores constitucionais são o fiel da balança que determina se a norma integrante do Direito Civil está ou não de acordo com o sistema. Em estando em desacordo, é excluída ou moldada para que passe a estar conforme os ditames constitucionais.

²⁰ Nesse sentido, "Dado o caráter normativo dos princípios constitucionais, princípios que contêm os valores ético-jurídicos fornecidos pela democracia, isto vem a significar a completa transformação (rectius, transmutação) do direito civil, de um direito que deixou de encontrar nos valores individualistas codificados o seu fundamento axiológico." (MORAES, 2000, p. 56)

²¹ Para Tepedino (2006, p. 51), as cláusulas gerais representam a constatação pelo legislador de sua própria insuficiência, isto é, de sua incapacidade de regular com totalidade os fatos sociais que, na sociedade contemporânea, estão em constante e exponencial metamorfose, apresentando de forma multifacetada as situações jurídicas nas quais o sujeito se insere, conclui dizendo que as cláusulas gerais "equivalem a normas jurídicas aplicáveis direta e indiretamente nos casos concretos, não sendo apenas cláusulas de intenção".

existir uma dialética entre norma, fato e valor, permitindo que o Direito seja compreendido como linguagem, sendo esta a dos destinatários da norma (FARIAS; ROSENVALD; 2015, p. 27).

Supera-se a teoria de que o processo de interpretação e aplicação do Direito constitui um procedimento meramente dedutivo para assumir a sua intrínseca dialeticidade, tendo-se em vista que "a interpretação jurídica não é, a rigor, operação estritamente jurídica e sim fenômeno cultural" (FACHIN, 2015, p. 117). Assim, não basta a conferência formal da norma em seu aspecto de conformação no ordenamento, mas é necessário que a norma seja coerente também com elementos advindos da sociedade pois, quando é aplicada, há interação entre os elementos normativos e os elementos socioculturais na construção do direito.

No Direito Civil, "A mudança é de monta: da prevalência da estrutura dos institutos jurídicos à primazia de sua função" (MORAES, 2013, p. 18), deixa-se de se preocupar tanto com a dissecação dos institutos jurídicos para se atentar à sua aplicabilidade prática frente aos problemas da sociedade contemporânea.

Assumindo que "[o] direito não é uma simples ideia, é uma força viva" (IHERING, 2000, p. 27), a interpretação do Direito Civil assume caráter criativo, aberta às transformações sociais^{22:23}, contudo não livre, visto que encontra a necessária "adequação valorativa dos conceitos jurídicos pelos princípios do sistema" (FACHIN, 2015, p. 117) de forma que as regras são submetidas, de forma perene, ao crivo de validade dos preceitos constitucionais, em especial, o princípio da pessoa humana (MORAES, 2000, p. 57).

A interpretação do Direito deve ser direcionada à sua aplicação, de forma "que se mostre comprometida com a aplicação de todo o ordenamento jurídico a

²² Na construção de uma proposta interpretativa para o princípio da boa-fé objetiva que fosse coerente com a metodologia civil constitucional, Teresa Negreiros (1998, p. 162-163) enunciou que, "Com efeito, sustentar a abertura do sistema jurídico significa admitir mudanças que venham de fora para dentro, ou, em termos técnicos, que provenham de fontes não imediatamente legislativas; significa, por outras palavras, admitir que o Direito, como dado cultural, não se traduz num sistema de 'autorreferência absoluta'".

²³ Nesse sentido, relevante o pensamento de Perlingieri (2008, p. 239-240), segundo quem, "[...] a vagueza da referência contida na cláusula é superada com o reenvio não à consciência ou à valoração social, mas ao complexo de princípios que fundam o ordenamento jurídico, única garantia de pluralismo e de democracia. As cláusulas gerais, portanto, são uma técnica legislativa que consente a concretização e especificação de múltiplas possibilidades de atuação de um princípio, agindo contemporaneamente como critério de controle da compatibilidade entre princípios e regras".

cada caso concreto, em uma busca permanente pela máxima realização dos seus valores fundamentais" (SCHREIBER, 2013, p. 15), na realização de uma função promocional do Direito Civil.

Enquanto a interpretação do Direito na teoria do Direito Positivista tem como ponto fulcral a mera análise estrutural das normas, de forma que o intérprete está limitado à sua análise formalista totalmente neutra e compromissada com o *status quo*, no pós-positivismo, e no Direito Civil constitucional, não só pode como é necessário ao intérprete

[...] aderir deliberadamente a uma concepção social e politicamente comprometida do Direito (e do Estado) o qual, afastando-se da ideia de mero instrumento conservador do *status quo* e perpetuador de certas relações de poder, passa a ser considerado uma força capaz de conformar e transformar a realidade (MAGALHÃES; MORAES, 2016, p. 143).

A interpretação não pode se descuidar, na determinação da função do instituto, dos aspectos promocionais que este realiza, seja em relação à pessoa individualmente considerada ou com relação a toda a sociedade.

É imperioso não negligenciar, entretanto, o fato de que a discricionariedade do intérprete merece limitação.

A validade da argumentação é garantida a partir da análise de sua coerência "com o sistema de normas e princípios fundados em valores culturais e sociais" (KONDER, 2017, p. 45), e nota-se que Carlos Nelson Konder não remete a validade da argumentação diretamente aos valores culturais e sociais, mas aos princípios que têm nestes valores seu sustentáculo, dessa forma, a valoração da norma reside no princípio – que é eivado de valor – e não no valor em si. A influência de elementos externos à norma existe, contudo, é internalizada pelo sistema interpretativo para compreensão da norma, não para substituí-la.

A interpretação no Direito Civil constitucional, portanto, é exercida em obediência à unidade do ordenamento, sendo que a pedra angular que garante a referida sistematicidade é a Constituição por meio de seus princípios fundados em valores sociais e culturais.

Com base nas premissas até aqui construídas, pode-se compreender que o Direito Civil Constitucional está inserido em um contexto histórico-social muito distante daquele que fundamentou as codificações oitocentistas que exerceram pesada influência na construção legislativa e doutrinária dos institutos da civilística. Entendendo que não se pode criticar a construção do Direito Civil

moderno – e da responsabilidade civil moderna – sem se compreender a complexidade do contexto no qual este esteve inserido, o Direito Civil constitucional propõe a ressignificação do Direito Civil, a funcionalização de seus institutos e a virada de seu paradigma de centralidade do ter para o ser.

1.3 Teoria da responsabilidade civil contemporânea

O Direito Civil é o direito das gentes, visto que regula a vida da pessoa em suas relações cotidianas, acompanhando-a desde a sua concepção até o fim da vida e para além do término da existência terrena do ser humano (HIRONAKA, 2003, p. 94).

O Direito Civil dito contemporâneo, constitucionalizado, é "forjado na legalidade constitucional, com o propósito de se moldar a cada tempo e lugar, na busca da garantia da dignidade do homem – por quem e para quem foi criado" (FARIAS; ROSENVALD, 2015, p. 30). A constitucionalização do Direito Civil importa na ressignificação dos institutos tradicionais de forma que seja feita uma releitura destes sob a ótica contemporânea.

O Direito Civil moderno construído com base no ter volta-se à figura do ser. Com a socialização da sociedade a partir da Revolução Industrial, a proteção da pessoa, aos poucos, sucede à proteção patrimonial como o centro da dogmática civil.

A constitucionalização do Direito Civil é muito mais sentida em outras áreas, como no Direito de Família e nos Direitos reais, do que na responsabilidade civil²⁴; isso não significa, contudo, que a responsabilidade esteja isenta da necessária ressignificação a partir do Direito Civil Constitucional.

As codificações modernas tinham uma razão de ser pela qual o patrimônio ocupava o centro de confluência das normas do Direito Civil. O sistema foi pensado e construído para proteger o patrimônio, inclusive acima da pessoa. A pessoa servia ao patrimônio, e não o contrário. A aspiração era pelo "aniquilamento dos privilégios feudais, defendendo os valores preconizados pela

²⁴ Segundo Maria Celina Bodin de Moraes (2009, p. 21), essa percepção pode decorrer do "caráter moralizador que a responsabilidade civil sempre apresentou e na arraigada noção de culpa que diretamente se associa, na civilização ocidental, de origem judaico-cristã, à religião e ao pecado".

Revolução Francesa (liberdade, igualdade e fraternidade)" (FARIAS; ROSENVALD, 2015, p. 33).

Dessa forma, a responsabilidade civil foi construída como "um instituto de garantia da preservação da propriedade e não um instituto de garantia do fortalecimento da cidadania" (HIRONAKA, 2005b, p. 95).

A responsabilidade civil moderna estava fundada no liberalismo, no individualismo, no patrimonialismo e no voluntarismo, eram esses os quatro pilares que sustentavam o modelo de responsabilidade construído na modernidade, fundado na culpa, na demonstração, pela vítima, da existência de uma conduta direcionada ao dano, fosse ela dolosa ou culposa²⁵. Esse sistema da responsabilidade moderna

mostrou-se adequado às sociedades agrárias e ao *homo aeconomicus*, do final do século XIX, mas se tornou insuficiente para as sociedades complexas, industrializadas e pós-agrárias, pois o ônus atribuído à vítima de comprovar a culpa do causador do dano muitas vezes tornava a reparação inviável (SANTOS, 2018, p. 100).

A culpa carregava, ainda, um elemento moralístico, decorrente da influência judaica cristã. O pecado era ligado diretamente à noção de culpa construída na baixa Idade Média e que influenciou os sistemas de responsabilidade modernos. O livre-arbítrio idealizado na época foi o terreno fértil para que a *responsabilitas* daquele que cometeu um ato fosse definida pela culpa. Havia um forte elemento subjetivo, moral e de consciência (HIRONAKA, 2005b, p. 30-38).

O elemento subjetivo se acresceu à responsabilidade na era cristã e não no Direito Romano antigo, pelo menos afirmar certamente que o elemento culpa estava presente na responsabilidade romana é arriscado, como atesta Marcos Catalan:

Independentemente de a *Lex Aquilia* versar ou não acerca do elemento subjetivo em questão, fato é que os argumentos apontados, no mínimo, revelam a impossibilidade de afirmar-se, com razoável grau de convicção, se a culpa informou mesmo (ou não) as primeiras fases do direito romano no deslinde de problemas na seara do dever de reparar. (2013, p. 173)

²⁵ Nas lições de Washington de Barros Monteiro (1998, p. 396), "a base sobre a qual se repousa a teoria clássica e tradicional da chamada teoria da responsabilidade subjetiva pressupõe sempre a existência de culpa lato sensu, abrangendo o dolo (pleno conhecimento do mal e direta intenção de o praticar) e a culpa stricto sensu, violação de um dever que o agente podia conhecer e acatar [...]".

A culpa cristã foi internalizada pelo sistema de responsabilidade civil existente no *Code*, com a diferença de que sua apuração não mais remetia totalmente a um estado de espírito, mas se caracterizava pela concretização de um modo de agir determinado.

Como já ressaltado, o Código Civil brasileiro de 1916 adotou o sistema subjetivista, fundado na culpa, a qual somente era relativizada em algumas presunções expressamente previstas em seu corpo normativo²⁶.

A necessidade da sociedade que emergia no século XX, contudo, fez ser necessária a criação de outros mecanismos de tutela que atendessem aos novos conflitos decorrentes daquela recém-nascida sociedade industrial.

Teve papel importante nesse cenário o acidente de trabalho, com todas as peculiaridades que a relação de trabalho à época detinha²⁷.

A dificuldade de reparação encontrada pelos trabalhadores destinados à dura tarefa de provar a culpa de seu empregador para pleitear uma indenização no Direito comum fez com que nascesse, na França, um movimento pela mitigação da culpa e adoção de um sistema de responsabilidade civil em que era considerada presumida de forma *juris et de jure*, aproximando-se da responsabilidade objetiva, fundado em outro critério de imputação, o risco. (WALD, 2006, p. 85-86). Esse desenvolvimento, contudo, não se deu sem críticas de autores tradicionalistas, como, por exemplo, de Ripert (2002, p. 11):

²⁶ "O Código de 1916 apenas admitia, na parte especial, no seu art. 1.521, responsabilidade com culpa presumida – do patrão em relação ao empregado, dos pais em relação aos filhos, do tutor em relação ao pupilo, do curador em relação ao curatelado – e topicamente responsabilidade objetiva em alguns casos, como: nos arts. 1.528 (dano causado pela ruína de prédio), 1.529 (dano causado por coisa caída de prédio), 1.527 (dano causado por animal), e 1.208 (o locatário respondia pelos danos causados ao imóvel decorrentes de incêndio). Então, o Código de 1916 era subjetivista, porque todo o sistema de responsabilidade civil nele previsto estava amarrado à cláusula geral do art. 159. Por isso, à medida que aquele sistema começou a vazar água, revelou-se insuficiente, em razão do progresso tecnológico, do desenvolvimento científico, da explosão demográfica, foi necessário admitir outras hipóteses de responsabilidade civil não fundada na culpa, e isto foi acontecendo, repito, fora do Código Civil, por meio de leis especiais" (CAVALIERI FILHO, 2003, p. 69-70).

²⁷ No relato de R. C. van Caenegem (2000, p. 13), após falar das desigualdades que não foram abolidas pelo *Code Civil* de 1804, como, em seu mais forte exemplo, no que tange à discriminação contra as mulheres, em especial as casadas, o autor traz uma contextualização do cenário em que se dava a relação contratual de trabalho. Esta tinha sua regulamentação no próprio *Code* na forma de um contrato civil, e as suas regras de interpretação refletiam o privilégio do capital, conferindo, na dúvida, a solução "*in dubio pro dominus*": "Havia também a discriminação contra o direito dos trabalhadores, como mostra, por exemplo, o sistema de registro dos operários (*livrets d'ouvriers*). A norma do art. 1.781 do *Code* era particularmente desfavorável: no caso de disputa entre empregador e empregado a propósito de uma questão de pagamento ou de obrigação recíproca, prevalecia a palavra do empregador".

Os juristas escrevem: devemos abandonar a idéia da culpa; é uma idéia antiga; o progresso a substituiu pela idéia do risco. Ousariam eles escrever: devemos esquecer que o homem deve proceder bem; devemos dizer-lhe: conduze-te como quiseres, por tua conta e risco, desde que pagues pelo dano causado.

Percebe-se a preocupação moral do elemento subjetivo na responsabilidade civil. Do trecho citado, é possível captar o olhar desconfiado do autor francês frente à desvinculação da responsabilidade do elemento subjetivo, isto é, moral. Segundo Ripert (2002), tal abandono do elemento subjetivo tornaria as condutas precificáveis, dessa forma, quem pudesse pagar pela conduta antijurídica estaria livre para lesar, desde que arcasse com as consequências do prejuízo que causou. Isso porque, sem o caráter moral imbuído na responsabilidade, não haveria conflito interno que afastaria a possibilidade de racionalmente se cogitar da lesão desde que houvesse recursos disponíveis para se arcar com a futura indenização.

Por óbvio que não é o juízo de reprovabilidade individual que levará à dissuasão do comportamento do agente, visto que a noção de pecado decorrente da cultura judaico-cristã e que fundou a culpa no medievo já não é suficiente a controlar a sociedade laica e complexa contemporânea. A advertência de que a culpa fundada em preceitos moralistas não encontra lugar na contemporaneidade é um dos pilares da construção da responsabilidade civil objetiva:

A reparação dos danos não deve ser condicionada ao teste de uma reprovação de consciência, de uma falha ou uma falha no ofensor. Se assim for, estaria encharcada de um moralismo excessivo e infundado impossível de suportar. E responsabilidade não é um conceito moral, mas legal. Sua base é justiça e não pecado. (MADERO, 2002, p. 11)²⁸

Além do que, independente de crença, não deve o Direito se socorrer a noções metafísicas como a existência de um castigo divino ou da esperança de culpa moral se não desejar o regresso ao período da pré-racionalidade.

A culpa representava, na verdade, na maioria das vezes, um obstáculo à indenização, transferindo ao lesado o encargo de provar o agir ilícito do lesante, de forma que a reparação do dano era colocada em segundo plano em prol de um sistema protetivo do patrimônio e não da pessoa.

²⁸ Tradução nossa. No original: “*La reparación de los daños no debe ser condicionada a la prueba de un reproche de conciencia, de una falta o achaque en el dañador. Se así fuera, estaría empapada de un moralismo excesivo e infundado imposible de sobrellevar. Y la responsabilidad no es un concepto moral sino jurídico. Su base es la justicia y no el pecado*”.

A culpa nunca foi totalmente abandonada, está presente até hoje no ordenamento – como no regime de responsabilidade civil dos profissionais liberais –, mas a importância de seu papel como fator de imputabilidade foi reduzida.

A massificação das relações, o incremento no tráfico jurídico e o aumento de situações com potencial lesivo²⁹ demandaram uma mudança no modo de se ver a responsabilidade civil no Brasil, principalmente quanto ao declínio do individualismo como filosofia fundante das relações sociais:

A decadência incontestável do individualismo jurídico compromete o prestígio desse expediente. [*da culpa*]
Já não há interesse em conservar um processo de ajustamento a diretrizes filosóficas que estão sendo desprezadas por não mais corresponderem ao espírito da época. Os quadros sociais alargaram-se e o comércio jurídico deixou de constituir-se exclusivamente de relações de indivíduo a indivíduo.
Assim, a sociedade não mais pode ser concebida atomisticamente. O individualismo declina. (GOMES, 2017, p. 349-350).

A objetivização da responsabilidade civil teve início como uma resposta do Direito à dificuldade de reparação das vítimas de acidentes de trabalho nos primeiros anos da Revolução Industrial. O critério subjetivo de imputação, isto é, a culpa, não era suficiente a possibilitar a devida tutela da pessoa frente aos novos caracteres sociais da relação de trabalho. A prova da existência de negligência, imprudência ou imperícia do empregador colocava obstáculos quase intransponíveis à reparação de danos.

Há em razão da Revolução Industrial um triplo fenômeno que acarreta a expansão e transformação da responsabilidade civil. O primeiro é o crescimento das espécies de danos suscetíveis de reparação, principalmente em razão de novas lesões decorrentes do avanço tecnológico – como danos morais, existencial, estéticos, entre outros; o segundo é a objetivização da responsabilidade civil, com a substituição da culpa como elemento de imputação pelo risco; e, por fim, a coletivização da responsabilidade civil fecha o tripé, a partir

²⁹ Segundo Schreiber (2011, p. 719), a evolução tecnológica causa o aumento do potencial lesivo da sociedade e, conseqüentemente, a expansão da responsabilidade civil: "A primeira causa da expansão da responsabilidade civil é aquela que diz respeito ao aumento do potencial lesivo da sociedade. A continuada evolução tecnológica produz, como contrapartida, o inevitável aumento da capacidade que uma sociedade possui de causar danos". É claro e inequívoco que a passagem da sociedade agrária anterior às revoluções burguesas para a sociedade industrial, a concentração de pessoas nos centros urbanos e a diversificação nas relações sociais fizeram com que a interação social igualmente crescesse, propiciando o crescimento de situações lesivas.

da identificação de danos causados a interesses difusos e coletivos (NORONHA, 1999, p. 35-37).

Tal processo decorre mesmo de uma transformação da sociedade como um todo. Se, antes, a sociedade focava-se na busca pela segurança, garantia e certeza da ordem, a modernidade tardia – período final da modernidade que sucede a modernidade liberal – caracteriza-se pela incerteza e pelos riscos³⁰, os quais raramente não estão presentes nas escolhas dos cidadãos:

Se a *Freiheit* [liberdade] foi tornada vulnerável pela busca moderna inicial de segurança, garantia e certeza da ordem, a *Sicherheit* é a vítima fundamental do curso tomado pela liberdade individual no estágio final da modernidade. E uma vez que dificilmente seríamos capazes de distinguir os três tipos de mal-estar não fosse pelas três palavras que sugerem três objetos semânticos, não admira que a escassez de opções livres de riscos, isto é, *seguras*, e a crescente falta de clareza das regras do jogo que torna *incerta* a maioria dos movimentos e ainda mais as conseqüências dos movimentos sejam sentidas como ameaças à segurança — primeiro ao corpo e depois à propriedade, extensão espacial do corpo (BAUMAN, 1999, p. 108).

Com o crescimento dos riscos, a responsabilidade civil também necessitava ser repensada para responder a esse novo quadro social. Não só social, pois o trecho do texto de Bauman desvela uma própria mudança psicológica, isto é, a sociedade que antes acreditava na segurança e estabilidade agora era descrente quanto a estas. Antes a crença do inevitável, agora a busca por meios de tutela daquilo que não se repara como na época daquela crença (WALD, 2006, p. 85).

Josserand (1941, p. 58) entende que é necessária uma verdadeira revolução na teoria da responsabilidade, visto que "o século do automóvel, do avião, da mecanização universal não pode, logicamente, ser uma era de segurança material".

A objetivização da responsabilidade apresenta-se como uma reação da vítima de um acidente, ou de um dano qualquer, que queria tirar de suas costas o

³⁰ Diz Hofmeister (2002, p. 39-41) que "A fronteira entre os tempos modernos e o passado demarcou-se a partir do domínio do risco, isto é, da noção de que o futuro é mais que um capricho dos deuses, e homens e mulheres não são seres meramente passivos ante a natureza. [...] Não obstante, a perspectiva do risco constitui uma referência fundamental na descrição da sociedade moderna. A nossa sociedade é uma sociedade de risco, em razão da velocidade de desenvolvimento tecnológico em esferas que são cientificamente de competência da física, da química e da biologia".

pesado fardo de ter que, já sofredora das consequências do ilícito, provar que o agente havia cometido um delito (PEREIRA, 2001, p. 18). Nos dizeres de Aguiar Dias (1994, t. I, p. 70), "a fórmula viver perigosamente, replicamos com esta outra, que é a sua sanção: responder pelos nossos atos".

A teoria do risco começa a se impor em França no final do século XIX como reação às demandas oriundas do processo de industrialização e da reinterpretação do conceito de *faute* (culpabilidade³¹) que embasava a cláusula geral de responsabilidade do *Code*:

Originariamente, em França não se conheciam casos de responsabilidade objetiva. Só em 1870, com o desenvolvimento da sociedade industrial, surge a ideia de risco, que não se adaptava ao fundamento individualista e espiritualista que estava na base do *Code Civil*. Os Tribunais começariam, aí, a desvirtuar o sentido da *faute*, confundindo-a com o erro, pelo que aquela perderia em parte a sua função de combate a comportamentos antissociais. (BARBOSA, 2017, p.124).

Os primeiros trabalhos que abriram a discussão da doutrina do risco na responsabilidade civil, relata Díez-Picazo (1999, p. 108), foram de Josserand e Saleilles, que embasaram posteriormente os desenvolvimentos da teoria por parte de Lalou, o que é confirmado nos escritos de Caio Mário da Silva Pereira (2001, p. 16).

A doutrina inspirou críticas, inclusive de que, abandonando o elemento moral, subjetivo, a responsabilidade civil estaria se equiparando ao direito penal quando condenava um inocente (PLANIOL, 1905, p. 179 *apud* DÍEZ-PICAZO, 1999, p. 109). Afirma Catalan (2013, p. 221) que, entre outros motivos, as críticas ao abandono da culpa residiam, principalmente, no abandono ao elemento moral. E o sistema subjetivo baseia-se no exercício ilegítimo da liberdade individual, com forte conotação moral (LUTZKY, 2014, p.139). Isto é, a noção de homem moralmente responsável dentro de um Estado Liberal que se valia deste conceito como meio de "absorção e diluição dos danos na sociedade, no mais das vezes, composta por seres humanos – sem vez e sem voz – que são tratados como vítimas do progresso" (CATALAN, 2013, p. 221-222).

³¹ Hironaka (2007, p. 44) ressalta que a culpabilidade é definida como a culpa em sentido amplo, isto é, como um agir dotado de antijuridicidade: "A culpabilidade, também denominada culpa em sentido amplo, poder-se-ia definir como uma conduta do agente desaprovada pela lei, ou seja, uma conduta caracterizada pela reprovabilidade ou censurabilidade legal".

A culpabilidade significaria, nesta reconstrução, quanto à responsabilidade civil extracontratual, o comportamento antissocial, ou seja, uma atitude ilegal do agente causador do dano face ao brocardo geral do *neminem laedere*, denotando-se, dessa forma, um critério objetivo quanto à culpa.

A tendência, contudo, era do desaparecimento da culpa como elemento de imputação, o que, para todos os efeitos, já havia ocorrido na legislação aplicável aos acidentes de trabalho (SILVA, 1974, p. 25).

O desenvolvimento aí iniciado iria findar na conceituação de imputação de responsabilidade em razão do risco e não da culpa. O elemento subjetivo acaba sucedido, em sua grande parte, pelo objetivo, sem que isso signifique total desaparecimento da culpa (MADERO, 2002, 443).

Tão logo o Brasil ganhava seu primeiro Código Civil aqui nato, as codificações que influenciaram sua elaboração já se mostravam em descompasso com as mudanças tecnológicas, e mesmo filosóficas, aferíveis no início do século XX na Europa. É o relato de Otávio Luiz Rodrigues Jr. (2013, p. 92) sobre os movimentos de autores pertencentes à corrente do socialismo jurídico europeu:

É correto afirmar que autores como Menger, Gierke e, na Itália, Enrico Cimbali, deram ênfase à necessidade de uma transformação social nos Estados europeus, que o crepúsculo do século XIX começava a deixar entrever e cujo efeito se revelaria de maneira trágica nas décadas iniciais do século XX, com a Revolução Russa e a Primeira Guerra Mundial.

O Direito Civil, por diversas razões, foi o epicentro da crítica desses autores, que clamavam por uma ampla transformação de seus institutos.

O movimento imigratório e o início da industrialização promovida principalmente em São Paulo, o surgimento do automóvel, a abertura das linhas férreas, em suma, as transformações sociais e de tecnologia do início do século demonstraram o caráter obsoleto do sistema de responsabilidade civil clássico.

A culpa quanto ao aspecto reparatório da responsabilidade civil representava um obstáculo à indenização, transferindo ao lesado o encargo de provar o agir ilícito do lesante, de forma que a reparação do dano era colocada em segundo plano em prol de um sistema protetivo do patrimônio e não da pessoa.

No Brasil, ganha destaque a legislação sobre responsabilidade por danos causados em estradas de ferro, qual seja, o decreto n. 2.681/1912, que trouxe a

hipótese de culpa presumida, assemelhando-se ao sistema de acidentes de trabalho francês, visto que a lei taxativamente elencava certos fatos que ilidiam a culpa. Foi em 1934, com o decreto n. 24.642, que versava sobre acidentes de trabalho, que a responsabilidade objetiva fundada no risco acabou por ser positivada, segundo a redação do art. 2º do referido decreto. A objetivização da responsabilidade civil procedeu de forma fragmentária, em legislações especiais que tratavam de *fattispecies* novas, tal como na navegação aérea, anos mais tarde, que recebeu especial tratamento no Código Aeronáutico – lei nº 7.565, de 19 de dezembro de 1986 – quanto à adoção de uma regra de responsabilidade objetiva, elidida apenas por excludentes previamente estabelecidas³², como explorado por Paulo Henrique de Souza Freitas (2003, *passim*).

O Brasil se mostrava um país em ascensão industrial, com o crescimento das concentrações populacionais em grandes centros como São Paulo e Rio de Janeiro, contudo o Código Civil de 1916 permanecia intacto, e assim o foi até 2002, o que, segundo Wolkmer (2008, p. 121), "manteve inalterados os privilégios jurídicos da burguesia agrária, não se adentrando na regulamentação de avanços no âmbito principalmente de direitos de natureza política e social". Não é de se espantar, visto que as elites que dominaram o país até muito recentemente tinham os mesmos caracteres daquela elite formadora do Direito Civil brasileiro e da própria República.

Houve, a partir desse momento, uma mudança de paradigma na responsabilidade civil por parte da doutrina e da jurisprudência, que passaram a construir teses capazes de ilidir a regra geral do art. 159 do Código Civil de 1916 e garantir a reparação do dano à vítima. Ocorre aí uma verdadeira mudança de direção na responsabilidade civil. Se antes a teoria da culpa era centrada na prova da culpa do lesante, impondo obstáculos ao perdimento patrimonial, a partir do final da República Velha e início da Era Vargas um movimento doutrinário passou

³² Art. 256. O transportador responde pelo dano decorrente: I - de morte ou lesão de passageiro, causada por acidente ocorrido durante a execução do contrato de transporte aéreo, a bordo de aeronave ou no curso das operações de embarque e desembarque; II - de atraso do transporte aéreo contratado. § 1º O transportador não será responsável: a) no caso do item I, se a morte ou lesão resultar, exclusivamente, do estado de saúde do passageiro, ou se o acidente decorrer de sua culpa exclusiva; b) no caso do item II, se ocorrer motivo de força maior ou comprovada determinação da autoridade aeronáutica, que será responsabilizada. § 2º A responsabilidade do transportador estende-se: a) a seus tripulantes, diretores e empregados que viajarem na aeronave acidentada, sem prejuízo de eventual indenização por acidente de trabalho; b) aos passageiros gratuitos, que viajarem por cortesia.

a privilegiar a segurança da vítima em determinadas áreas da sociedade, como na relação de trabalho, isto é, visar à reparação do dano.

Em outras relações, como os acidentes de trabalho, de veículos ou os decorrentes da atividade empresarial, garantia-se a segurança da vítima com base nas teorias da responsabilidade objetiva, baseada no risco ou nas situações de profunda desigualdade existente entre quem causava o dano e a vítima da lesão. (WALD, 2006, p. 86).

Claramente há uma mudança não só dogmática, mas filosófica. Nota-se que, na responsabilidade clássica fundada na culpa, há, como revela a crítica de Ripert, um elemento moral de responsabilidade, orientado à identificação do agir culposos. O agir culposos revela o caráter de ser mau e, por ser mau, conseqüentemente, ser punido e corrigido. Verifica-se, assim, uma justiça de caráter corretivo na responsabilidade subjetiva clássica, a relação entre crime e castigo.

Já a responsabilidade pelo risco funda-se em outros pilares filosóficos. Do excerto extraído do trabalho de Wald é possível perceber que não há um juízo moral sobre o ofensor, não se verifica se este agiu de forma má ou boa, mas somente se a sua atividade levou a um dano e que, portanto, este deve ser reparado. É um juízo de utilidade, um conceito prático e não axiológico. Quando Wald se refere a "situações de profunda desigualdade existente entre quem causava o dano e a vítima da lesão", revela neste critério de imputação um caráter de justiça distributiva e não corretiva como na responsabilidade por culpa.

A mudança dos pilares filosóficos, acima exposta, revela que a responsabilidade sem culpa, naquele momento, representaria uma teoria mais voltada a um Estado Social e à distribuição dos riscos na sociedade. A esse respeito, disse Wilson Melo da Silva (1974, p. 41):

Em matéria de reparação de danos, a balança da justiça tem, invariavelmente, se inclinado francamente nestes tempos de socialização do direito, em prol da vítima.

O que se tem procurado com empenho, até onde o permita a equidade, em questões que envolvam reparações por prejuízos ou danos, é, tanto quanto possível e sempre que possível, a melhoria da situação da vítima.

Verifica-se, assim, ao menos em parte da doutrina e ao menos em algumas situações, relevante mudança de paradigma, da proteção do patrimônio do lesado à segurança da vítima.

Destaca-se, na época, o trabalho de Alvino Lima (1999, *passim*), no qual o autor propôs a construção de uma teoria da responsabilidade fundada no risco da atividade, independentemente da presença do elemento moral-subjetivo ou ainda de violação do dever geral. A responsabilidade decorrente do risco viria, após seu largo desenvolvimento, a encerrar-se no exercício de uma atividade danosa que fosse provocadora de um risco anormal, assim considerado em cotejo ao risco ordinário das demais atividades (ROSENVALD, 2019a, p. 186) – já que o risco é elemento constante da sociedade contemporânea, segundo Beck. A construção teórica de responsabilidade imputável em razão do risco da atividade acaba por influenciar diversos outros autores e torna-se marco teórico da responsabilidade objetiva no Brasil.

Nesse mesmo sentido, identifica Romualdo Baptista dos Santos (2018, p. 151) que, no modelo liberal de responsabilidade, o dever de reparar estava ligado à presença de dois fatores, quais sejam, a conduta culposa do agente e a existência de um dano injusto. Com o advento da teoria do risco, entretanto, altera-se a lógica, passando a ser necessário "apenas que o dano seja relacionado causalmente à atividade, sem perquirição sobre a licitude da conduta ou da atividade" (SANTOS, 2018, p. 151). A ilicitude passa da conduta ao dano, isto é, basta verificar-se um prejuízo que a vítima não está obrigada a suportar por lei ou convenção. Nesse sentido, Padilla (1997, p. 177-178) condiciona a violação de uma norma de conduta à produção de um resultado danoso, assim, a antijuricidade estaria presente quando um comportamento danoso é injusto, isto é, contrário ao ordenamento:

Preferimos usar o conceito relacional significativo de *transgressão danosa da Norma Jurídica*, ou, se preferir, da violação do interesse por ela tutelado e não como a mera "não conformidade" com o direito. [...] cumpre expressar a ideia informadora da antijuricidade aqui empregada é aquela que tem sido simbolizada desde os tempos antigos na expressão *iniuria*, danosamente contrária ao direito uma Norma Jurídica.³³

Assim, a culpa deixa de exercer o papel de elemento de imputabilidade. A antijuricidade do comportamento é analisada a partir da ótica do dano. Do

³³ Tradução nossa. No original: "Preferimos valernos del significativo concepto relacional de transgresión dañosa de la *Norma Jurídica*, o, si se prefiere, de la vulneración del interés por ella tutelado y no como la mera "disconformidad" con el derecho [...]. ... cumple expresar la idea informadora de la antijuricidad aquí empleada es la que se ha visto simbolizada desde antiguo en la expresión *iniuria*, dañosamente contrario al derecho contido en una Norma Jurídica"

ponto de vista prático, a responsabilidade desonera a vítima, tira de seus ombros o pesado fardo da prova da culpa e transfere ao proprietário, guardião, patrão, pai, professor a exigência de provar a existência de circunstâncias excludentes do nexo de causalidade (AGUIAR DIAS, 1994, t. I, p. 73)

A responsabilidade objetiva não compreende apenas uma responsabilidade sem culpa, mas uma responsabilidade que "independe da existência de um ilícito" (ROSENVALD, 2019a, p. 185), não sendo relevante a existência de um comportamento antijurídico, mas apenas se a consequência de um ato é danosa e se, com este ato, estabelece um liame de causalidade. Por exemplo, no caso de uma atividade mineradora provocar o rompimento de uma barragem de rejeitos e, em razão desse fato, dizimar a vida de centenas de pessoas e provocar danos quase irreversíveis a toda uma comunidade, é irrelevante se todas as cautelas foram tomadas, bastando que a atividade desenvolvida esteja factualmente vinculada ao dano produzido para que exista responsabilização.

A responsabilidade objetiva que se desenvolvia, desde o fim do século XIX, na França, acaba por também influenciar os sistemas jurídicos de outros países europeus. Na Itália, Trimarchi desenvolve a teoria sob a ótica da atividade da empresa e de uma função de prevenção da responsabilidade (DÍEZ-PICAZO, 1999, p. 112).

Mesmo no sistema de *Common Law*, também como reação ao processo de industrialização, verifica-se a inserção de um modelo objetivizado de responsabilidade, baseado no conceito de "responsabilidade estrita, isto é, responsabilidade sem levar em conta a culpa" (NAGAREDA, 2007, p. 5)³⁴.

Já na segunda metade do século XX, nos Estados Unidos da América, ganhou relevo o estudo de Jules Coleman (1992) acerca das relações entre os riscos e os danos a partir de uma crítica em face da teoria da análise econômica do direito, defendendo uma visão mais pautada em um conceito de justiça corretiva (BONNA, 2018, p. 99-102) Contemporâneo de Coleman, Guido Calabresi (1974) tornou-se expoente da análise econômica de danos, alterando o panorama da responsabilidade civil clássica da reparação de danos para a eficiência social, a fim de que, com a redução dos custos de transação, fosse

³⁴ Tradução nossa. No original ""*strict liability*—that is, *liability without regard to fault*".

possível se atuar preventivamente a fim de se evitar a ocorrência do dano (VENTURI, 2018, p. 79). O risco atuava sobre os diferentes sistemas jurídicos, analisado sob diversas teorias, mas com uma coincidência em específico, o reconhecimento da necessidade de se promover efetiva prevenção dos danos e não atuar somente *post facto*.

O conceito de risco foi formulado e reformulado, sendo que as duas principais correntes que marcaram o início do movimento foram a teoria do risco-proveito e a teoria do risco-criado. A primeira, derivada de Salleilles e Josserand, preconizava a relação entre risco e vantagem, isto é, se a minha atividade me permite auferir vantagem econômica, deverei ser responsável pelos riscos criados no processo que leva à vantagem, fundamentando-se no brocardo *ubi emolumentum, ibi onus* (PEREIRA, 2001, p. 281). A dificuldade ficou quanto à definição de proveito, se este envolveria qualquer tipo de ganho ou somente aqueles de caráter econômico, restando majoritário o entendimento de que o proveito deveria se revestir de caráter econômico (PEREIRA, 2001, p. 282).

Já a definição de risco-criado imputa a responsabilidade àquele que realiza atividade geradora de risco, independentemente da obtenção de auferir vantagem (BERGSTEIN; MARQUES, 2017, p. 256), e acabou por ser a corrente que recebeu o maior número de adeptos na doutrina brasileira durante o século XX (PEREIRA, 2001 p. 285).

Identifica-se, também, a teoria do risco profissional, na qual o dever de indenizar deriva da hipótese de que o fato danoso decorre da atividade ou profissão do lesado (CAVALIERI FILHO, 2007, p.143).

O risco passou a ocupar o lugar central dos escritos sobre a responsabilidade civil no século XX³⁵. A influência de uma justiça social que buscava a efetiva proteção da nova classe vulnerável levou à constatação, por Wilson Melo da Silva (1974, p. 41), de que a responsabilidade civil mudava seu paradigma, passando à vítima o seu olhar: "Em matéria de reparação de danos,

³⁵ A visão de que o risco poderia substituir a culpa como fator de imputação de responsabilidade não é pacífica. Nesse sentido, colhe-se a doutrina de Massimo Bianca (1997, p. 138): "es evidente que ninguna teoría está en condiciones de ofrecer un fundamento general idóneo para sustituir el principio de la culpa. El principio del riesgo, invocado a menudo, no es apto a sustituir el principio de la culpa, porque aquél no ofrece un criterio idóneo para identificar al sujeto sobre el cual debe recaer el riesgo". Em tradução livre: "é evidente que nenhuma teoria está em posição de fornecer uma base geral adequada para substituir o princípio da culpa. O princípio do risco, muitas vezes invocado, não se destina a substituir o princípio da culpa, pois não fornece um critério ideal para identificar o sujeito sobre o qual o risco deve cair".

a balança da justiça tem, invariavelmente, se inclinado francamente nestes tempos de socialização do direito, em prol da vítima".

Merece destaque a construção teórica de Giselda Hironaka (2005, b) com relação a uma noção de risco agravado. Teoriza, contudo, sem abandono total da ideia de culpa, entendendo que culpa e risco devem ocupar o lugar de fontes da responsabilidade civil, e que, hodiernamente, há de se pensar em uma nova matriz geral da responsabilidade:

É o tempo de iniciar um desvendar – quem sabe se o desiderato não é precoce ou frágil demais, ainda – de rumos novos, à busca de se tentar imaginar, para o sistema da responsabilização civil, neste momento atual, daquele padrão de fundamentação, ou daquela tábua de pressupostos, ou daquele denominador comum (aos quais já se referiu antes, na abertura deste estudo), mas que fossem capazes, enfim, de se expressarem como fonte ou matriz, como fundamento ou causa, do eterno dever de indenizar o dano que alguém venha de sofrer. (HIRONAKA, 2007, p. 51).

O modelo de responsabilidade proposto por Hironaka é por ela denominado de responsabilidade pressuposta, a qual se orienta pela doutrina da *misé en danger* desenvolvida por Genéviève Schamps³⁶, um jurista belga, que concatena uma série de condições derivadas de uma situação de risco agravado pelo exercício de uma atividade extremamente perigosa para delinear uma regra de responsabilidade derivada dos princípios constitucionais de solidariedade e sob a égide do “macroprincípio” da dignidade da pessoa humana. No texto, Hironaka sintetiza os postulados de sua tese que formam o critério-padrão de imputação da responsabilidade pressuposta, vista como uma regra de valor do ordenamento jurídico inspirada na *mise en danger*:

Segundo a nossa visão, e a partir da incansável reflexão acerca do assunto, até aqui, uma *mise en danger* otimizada tenderia a corresponder ao que chamamos de responsabilidade pressuposta e poderiam ser descritos assim os traços principais que ela

³⁶ Em trecho citado por Hironaka, a jurista Genéviève Schamps descreve a preocupação que buscou sanar com sua pesquisa: "Muitos mecanismos podem melhorar a indenização das vítimas de *mise en danger*, de uma certa intensidade, notadamente o seguro direto, a previdência social, ou a responsabilidade sem culpa. No entanto, não se tratava de focalizar as vantagens e inconvenientes de cada um, mas de determinar um conceito de *mise en danger* justificando uma responsabilidade civil, derogando o direito comum. Os dramas que se produziram a partir do fim do século passado até nossos dias, em razão das novas *misses en danger* ligadas ao progresso da ciência e da tecnologia, deram nascimento a movimentos tendentes à melhoria da proteção da vida humana, valor essencial prevalente sobre a liberdade individual. Esse cuidado se reflete igualmente na concepção atual da responsabilidade civil em que a ênfase está muito mais sobre o papel de prevenção e de compensação dos danos, mais que sobre aquele da sanção de um comportamento, em um contexto de generalização de seguro" (SCHAMPS, *passim apud* HIRONAKA, 2007, p. 52).

contém: 1) risco caracterizado (fator qualitativo): é a potencialidade, contida na atividade, de se realizar um dano de grave intensidade, potencialidade essa que não pode ser inteiramente eliminada, não obstante toda a diligência que tenha sido razoavelmente levada a cabo, nesse sentido; 2) atividade especificamente perigosa (fator quantitativo): subdivide-se em: a) probabilidade elevada: corresponde ao caráter inevitável do risco (não da ocorrência danosa em si, mas do risco da ocorrência). A impossibilidade de evitar a ocorrência nefasta acentua a periculosidade, fazendo-a superior a qualquer hipótese que pudesse ter sido evitada pela diligência razoável; b) intensidade elevada: corresponde ao elevado índice de ocorrências danosas advindas de uma certa atividade (as sub-espécies deste segundo elemento podem, ou não, aparecerem juntas; não obrigatoriamente) (HIRONAKA, 2007, p. 56).

O objetivo não é a eliminação de todos os riscos, mas a diminuição dos danos, cumprindo, além de uma função reparatória, um viés preventivo que deve permear toda a responsabilidade. Até porque em uma sociedade de risco é inviável a eliminação de todos os riscos, visto que faz parte da própria sociedade industrial, e atualmente da sociedade pós-industrial, ou pós-moderna, que "a produção social de riqueza é acompanhada sistematicamente pela produção social de riscos" (BECK, 2011, p. 23).

O mérito da tese é buscar um instrumento inovador frente aos reclamos do terceiro milênio, quando a manipulação de substâncias e o exercício de atividades perigosas demandam o repensar da responsabilidade e a construção de novos critérios-padrão de imputação.

Além disso, Hironaka (2007, p. 34) busca atender a dois aspectos que entende fundamentais, quais sejam, a reparação, cerne da responsabilidade civil, e as necessidades contemporâneas, um aspecto de prevenção, para atender ao direito de não ser vítima de danos, e que marca as preocupações e pesquisas sobre a responsabilidade civil na sociedade de risco, afastando a possibilidade de que esta seja vítima de uma ótica utilitarista que não pode prevalecer ante as opções principiológicas da Constituição Federal (LEME, 2013, p. 146)

A gradual transformação da responsabilidade em razão das transformações sociais ganha um novo capítulo. Com os ocorridos dos meados do século XX, a pessoa volta a ocupar o centro do Direito, não mais o legalismo ou o patrimônio, mas a pessoa dotada de dignidade. Como disse Judith Martins-Costa, seria a hora de reconstruir institutos e conceitos no Direito Privado.

Segundo Fachin (2012, p. 99), “É tempo, pois, de operar criticamente e “reinventar” o Direito Civil”.

A partir da constitucionalização do Direito Civil, a responsabilidade civil começou a ser repensada de forma a se adequar, metodológica e epistemologicamente, aos pressupostos que fundamentam o Direito Civil Constitucional.

Já depois de inaugurada a nova ordem Constitucional, o sistema de responsabilidade civil teve um primeiro momento de profunda alteração paradigmática com o advento do Código de Defesa do Consumidor – lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Ainda vigorava entre nós o liberal e individualista Código Civil de 1916, de inspiração francesa quanto ao sistema subjetivista de responsabilidade civil pautado na cláusula geral de imputação por meio da culpa.

Por sua vez, o CDC, inspirado por décadas de construção de uma teoria objetivista da responsabilidade no Brasil, atento aos novos riscos e à necessidade de se proteger um novo ator no jogo do mercado, o vulnerável consumidor, adotou regras de responsabilidade em que a culpa é indispensável, em que pese a necessidade de demonstrar a existência de um defeito ou vício³⁷.

Durante todo o século XX, a responsabilidade desenvolveu-se pautada no risco. O desenvolvimento do Estado Social deu azo também a visões socializadas do risco. A socialização dos riscos teve especial influência do nascimento da figura do consumidor. A sociedade de risco impõe a necessidade de se “repensar os parâmetros clássicos da responsabilidade civil assentes na relação entre lesante e lesado” (FREIRE, 2013, p. 378), e a nova realidade do mercado de consumo traz desafios que, na construção objetivista ao final do século XIX, eram ainda distantes.

Passa-se também à eliminação ou redução dos riscos que podem dar azo a um dano, uma obrigação que reflete, por outro lado, um verdadeiro direito do consumidor, concebido como “uma série de deveres conducentes à eliminação ou redução dos riscos de danos causados aos consumidores, em razão da realidade do mercado de consumo” (MIRAGEM, 2016, p. 225-226).

³⁷ Para Rosenvald (2019a, p. 185), a responsabilidade do fornecedor não é verdadeiramente objetiva, pois demanda a presença de um elemento além da conduta/atividade do agente e do dano, que é o defeito ou vício. Aduz que, ainda que o CDC tenha eliminado a discussão acerca da culpa do fornecedor, demanda a presença do elemento “defeito” ou constitui um fato antijurídico, sem o qual, não há responsabilidade, ainda que se evidencie o dano.

Vive-se em um tempo de sociedade de risco, de hiperconsumo, de forma que nunca a sociedade foi tão dinâmica, exigindo do direito "uma ressignificação, sob pena de direcionar o olhar para um sítio onde a sociedade não mais se encontra" (FACHIN, 2013, p. 381). A responsabilidade civil objetiva que informou a formação do sistema de responsabilidade consumerista no Brasil passaria por uma ressignificação por meio da solidariedade, da corresponsabilidade e do exercício da alteridade.

E o que Fachin (2013, p. 392) aduz serem as novas lentes pelas quais se deve olhar para conter os danos na sociedade do hiperconsumo coincide com boa parte dos valores que hoje são reconhecidos como formadores de uma responsabilidade civil conforme a legalidade constitucional ou, em última análise, no soerguimento de um verdadeiro direito de danos (ALSINA, 1997b, p.98).

A constitucionalização do Direito Civil pode ser vista como metodologia, isto é, como a forma de se analisar a ressignificação dos institutos de Direito Civil – ou Privado – frente à ordem constitucional democrática sustentada pela solidariedade, pela redução das desigualdades e pela dignidade da pessoa humana, inaugurada no Brasil em 1988 como fruto da redemocratização em um ambiente filosófico pós-positivista e fundada em uma teoria neoconstitucional de irradiação das normas e princípios constitucionais nas relações privadas.

Não é possível, hoje, tratar de um instituto de Direito Civil sem se preocupar com as influências constitucionais sobre o ramo estudado. Nesse sentido, alerta Catalan (2013, p. 40):

Aliás, um Direito Civil que não se permita conduzir pelos influxos constitucionais não é nem factível, nem juridicamente possível. Sem tais vínculos e interações o processo de realização do Direito não poderá chegar a um resultado legítimo.

Para Eroulths Cortiano Júnior (2016, p. 99-102), o Direito Civil passa por quatro fundações, sendo a última uma fundação que ainda está a caminhar, mas com uma direção bem definida, que é a superação do Direito Civil moderno (terceira fundação) por meio da construção de um Direito Civil existencialista, de acessos, em especial, um acesso a uma vida digna.

A responsabilidade civil necessita estar comprometida com esse Direito Civil de quarta geração, constitucionalizado, existencialista e voltado a proporcionar acesso aos cidadãos de carne, osso, cultura e história que formam a sociedade na qual ela se aplica.

A doutrina nacional, em sua maioria, acompanha esse movimento, buscando, na ressignificação dos postulados da responsabilidade civil, construir um direito de danos fundado na solidariedade social, na igualdade material e na dignidade da pessoa humana:

Na busca da delimitação deste modelo socialmente funcionalizado de direito privado, o ideário solidarista exige uma nova racionalidade jurídica, essencialmente material e focada na proteção da parte fraca de relações sociais cada vez mais complexas e especializadas. Se no modelo liberal se costumava individualizar o lucro e socializar o prejuízo, hoje o que se busca é a diminuição dos conflitos sociais através da distribuição dos riscos de atividades empresariais capitalistas e das vantagens econômicas por elas geradas. (EHRHARDT JÚNIOR, 2012, p. 44).

A ressignificação da responsabilidade civil levou parte da doutrina a identificar o nascimento de uma nova responsabilidade, fundada na proteção integral à pessoa, que recebe o nome de responsabilidade por danos ou Direito de Danos. O Direito de Danos altera o foco do olhar na relação da responsabilidade do ofensor para a vítima. Já não interessa, em regra, o estado anímico do agente, mas o estabelecimento de uma relação de responsabilidade que propicie justa reparação dos danos causados, assim “o Direito de Dano foca sua análise nonexo causal e não na licitude ou ilicitude da conduta que resulta no prejuízo” (MADERO, 2002, p. 177)³⁸.

Para a referida corrente doutrinária, o termo Direito de Danos não se trata de um mero capricho, mas de uma verdadeira transformação da responsabilidade civil a partir da repersonalização das relações civil verificada no ambiente civil-constitucional (GONDIM; REZENDE, 2014, p. 119).

A repersonalização "reencontra a trajetória da longa história de emancipação humana, no sentido de repor a pessoa humana como centro do Direito Civil, passando o patrimônio ao papel de coadjuvante, nem sempre necessário" (LÔBO, 2003, p. 206). O dogma liberal patrimonialista é substituído pela centralidade da pessoa humana e pela própria humanidade. A promoção da pessoa é o papel principal do Direito Civil.

³⁸ Tradução nossa. No original: “*el Derecho de Daños focaliza su análisis en la relación de causalidad y no en la licitud o ilicitud de la conducta generadora del perjuicio*”.

Reflexo da primazia da pessoa humana na responsabilidade civil foi a virada de olhar da responsabilidade do ofensor para a vítima, priorizando a reparação integral dos danos e a efetiva tutela da lesão:

Considerada a perspectiva contemporânea da responsabilidade civil, é necessário olhar antes para os danos e a necessidade de sua reparação e, em seguida, para o fato causador, pouco importando se se trata de conduta ou atividade lícita ou ilícita (SANTOS, 2018, p. 150).

A missão do Direito de Danos é, portanto, garantir que a vítima seja reparada. Sua construção teórica recebeu aportes relevantes das doutrinas argentina e uruguaia. A responsabilidade objetiva é o seu instrumento e o objetivo, a reparação dos danos:

O "Direito de Danos", essa é a orientação. Enaltecer a ideia de solidariedade – em sentido jurídico e social – na assunção dos danos. O privilégio legítimo e válido atribuído à prevenção de danos. A objetividade do dever de reparar e a busca por simplificação no acesso formal da vítima à justiça. A substituição da "sanção" por "reparação" como final de compensação pelo dano. Danos injustos à vítima como protagonista do sistema. Rotas alternativas de reparo. Todos eles são os sintomas desta mudança. (MADERO, 2002, p. 723)³⁹

Há, em boa parte da doutrina que defende o Direito de Danos na contemporaneidade, a ideia de que, ao se compreender que o Direito Civil está constitucionalizado e que houve a repersonalização das relações civis, de forma que o Direito Civil torna-se um direito de acessos (CORTIANO JÚNIOR, 2016, p. 101), desvinculando-se de qualquer papel punitivo (CATALAN, 2013, p 75):

O sentido das transformações - neste momento, a responsabilidade como "crédito" é mal compreendida pela ideia de "punição", resistindo à da reparação. O objetivo não é mais punir aqueles que causaram danos injustos, mas reparar aqueles que sofreram injustamente (SEGUÍ, 2004, p. 275).⁴⁰

³⁹ Tradução nossa. No original: *“El “Derecho de Daños, esa es la orientación. Enaltecer la idea de la solidaridad – en sentido jurídico y social – en la asunción de los daños. El legítimo y válido privilegio atribuido a la prevención del daño. La objetividad del deber de reparar y la búsqueda de la simplificación en el acceso formal de la víctima a la justicia. El reemplazo de la “sanción” por la “reparación” como finalidad del resarcimiento del perjuicio. El daño injusto a la víctima como protagonista del sistema. Las vías alternativas de reparación. Todos ellos son los síntomas de este cambio.”*

⁴⁰ Tradução nossa. No original *“El sentido de las transformaciones - En este tiempo, la responsabilidad como “crédito” se desentiende de la idea de “castigo” asíéndose a la de reparación. El objetivo no es más sancionar a quien ha causado injustamente un daño, sino reparar a quien injustamente lo sufrió”*.

Reconhece-se na responsabilidade a centralidade da vítima, que passa a ser titular de um crédito indenizatório que decorre não do agir moral e subjetivamente ilícito de outrem, mas da impossibilidade de suportar danos a que não deu causa:

O episódio apontado marca o início do "sistema de proteção" da vítima, que será considerada titular de um "crédito de compensação", nascido da "injustiça do dano"; que não é nada além da falta de justiça que o dano seja suportado por ele. (SEGUÍ, 2004, p. 274)⁴¹

A teoria da responsabilidade civil nos países de tradição romano-germânica passou a acentuar a função reparatória da responsabilidade civil, em uma sociedade marcada pela expansão dos danos, e o Direito agiu como um bombeiro tentando apagar cada foco de incêndio que se apresentava diuturnamente em razão da constante transformação social da contemporaneidade. As novas tipologias de dano mereciam atenção, não se podia, em uma teoria que privilegia a pessoa, deixar de repará-lo em razão de um pensamento de proteção patrimonial.

A preocupação, portanto, é pela busca por meios que evitem que a vítima venha a sofrer as consequências do dano (HINESTROSA, 2017, p. 20).

O que parece ser buscar, na verdade, não é apenas a reparação do dano, esgotando-se aí a responsabilidade, mas uma ampla e complexa tutela da vítima, de forma que esta não seja obrigada a suportar danos injustamente infligidos:

Se a promoção da pessoa humana é o norte, uma monofuncionalidade da responsabilidade parece ser o caminho errado. O ser humano é plural e igualmente plural deve ser a funcionalidade da responsabilidade civil.

Neste ponto, Catalan (2013, p. 105) aduz que são premissas que informam o direito de danos tanto "a que ressalta a função preventiva – premissa fundante desse campo do saber – e a necessidade de reparação dos danos injustos", isto é, ainda que se priorize a tutela da vítima, não há que se descuidar que a responsabilidade atue de forma a evitar a existência de danos. Como será discutido neste trabalho, a responsabilidade civil deve assumir caráter multi ou polifuncional direcionado à tutela da vítima.

⁴¹ Tradução nossa. No original "*El episodio señalado marca el comienzo del "sistema protectorio" de la víctima, quien se considerará titular de un "crédito de indemnización", que nace de la "injusticia del daño"; la que no es otra cosa que la falta de justicia de que el daño sea soportado por aquélla.*"

Ainda que o Direito de Danos reconheça a possibilidade de uma atuação preventiva da responsabilidade civil (GHERSI, 2004, p. 230), é fato que a presença de outras atuações da responsabilidade civil que não a reparatória é afastada pelos seguidores desta visão. O Direito de Danos tem foco exclusivo na vítima e, portanto, uma atuação voltada ao outro polo da relação jurídica obrigacional na responsabilidade civil seria contrária à própria construção dessa doutrina. Madero (2002, p. 43) afirma, inclusive, que sem dúvidas não há responsabilidade civil sem danos, portanto, qualquer forma de abordagem da responsabilidade sem que haja um corresponde dano é abstrata e fadada ao fracasso. No mesmo sentido é o entendimento de Zannoni (1982, p. 1): “O dano constitui, portanto, um dos pressupostos da obrigação de indenizar, ou, se preferir, responsabilidade jurídica. Não há responsabilidade jurídica se não houver danos”.

Ainda que se reconheça que o dano (enquanto prejuízo) é a consequência mais relevante de uma violação jurídica, isto é, de um ato ilícito, e que, portanto, a reparação domina o panorama da responsabilidade civil (ALSINA, 1997a, p. 16), a visão adotada neste trabalho difere de uma monofuncionalidade reparatória da responsabilidade civil.

Entende-se que o foco na vítima é o papel prioritário da responsabilidade civil e que a doutrina do Direito de Danos, ao realizar tal virada de paradigma, permitiu a expansão dos danos ressarcíveis e a maximização da tutela da pessoa conforme os princípios constitucionais que orientam o Direito Civil contemporâneo. Nota-se, contudo, que a responsabilidade civil monocular já não garante a mesma efetividade de tutela de antes, de forma que é necessário adotar uma noção binocular, foco na reparação da vítima, mas também na dissuasão de comportamentos. Reparar os danos e evitar novos danos, esse é o paradigma da contemporaneidade.

Ocorre que os postulados do Direito de Danos não permitem conhecer em seu interno, a priori, as tutelas restitutórias que serão aqui abordadas. A sua construção ética, contudo, pautada na solidariedade, na justiça social, no princípio ético da alteridade e na união dos conceitos de justiça corretiva e distributiva, coincide com os pressupostos valorativos aqui adotados. Como aduz Fachin (2012, p. 253), “cabe revelar o comprometimento axiológico da análise jurídica: não é possível uma *ciência* jurídica ‘pura’”. Ou seja, é fato que a pesquisa se orienta pela metodologia do Direito Civil constitucional e incorpora, em seu

desenvolvimento, os postulados axiológicos constitucionais, dessa forma, a visão de responsabilidade adotada, neste aspecto, não difere do Direito de Danos.

A diferença é quanto aos aspectos funcionais e estruturais, mas não axiológicos. Adota-se, assim, a noção de responsabilidade civil contemporânea, voltada não só a reparar o dano, mas a outras funções que têm, como princípio informador, a prevenção. Adotar como pronta e acabada a teoria da responsabilidade civil seria fugir à necessidade de uma análise crítica de sua estrutura e funções. Aplica-se à responsabilidade civil o mesmo raciocínio que se emprega à Teoria Geral do Direito Civil quando se trata de analisá-la sob o viés crítico que o tempo atual demanda:

Portanto, seja a teoria contemporânea denominada ou não Teoria 'Geral', o que destaca sua importância não é necessariamente o papel de assentar conceitos seguros e estáveis, mas, ao contrário, é o objetivo de ser a construção que aprecia criticamente os próprios conceitos, que problematiza os pressupostos, e que permite a construção de métodos e de fundamentação adequados à compreensão e ulterior normatização do fenômeno jurídico pertinente ao Direito Civil (RUZYK, 2011, p. 145)

Procede-se, assim, a uma análise crítica de alguns pressupostos desse instituto jurídico⁴² que é a responsabilidade civil.

Acresce-se ao nome do instituto a qualidade de contemporânea, por refletir os conceitos e categorias congruentes com o nosso tempo, sem se descuidar do caminhar clássico, mas sem que a visão de tais conceitos e categorias reste encastelada na ilusão de perpetuidade (FACHIN, 2012, p. 67).

Se a responsabilidade civil foi pautada, tradicionalmente, no ato ilícito, no nexó de causalidade, no dano e na culpa, tais elementos foram revistos no transcorrer de um século, e a responsabilidade se constrói de forma diferente atualmente. Vale-se, aqui, dos pressupostos identificados por Marcos Jorge Catalan em sua tese de doutoramento com as necessárias adaptações à uma

⁴² Quanto ao conceito de instituto jurídico, adota-se, aqui, a concepção oferecida por Fachin (2012, p. 52): "Instituto jurídico é continente normativo, relação é conteúdo regulamentado. Eis o comum da linguagem no verbo da venda, da sucessão, da representação e dos diversos institutos que espelham relações jurídicas. A definição se daria por normas legais e mediante disciplina normativa". No mesmo sentido Mota Pinto (1999, p. 168) aduz que "Por instituto jurídico entende-se o conjunto de normas legais que estabelecem a disciplina de uma série de relações jurídicas em sentido abstracto, ligadas por uma afinidade, normalmente a de estarem integradas no mesmo mecanismo jurídico ou ao serviço da mesma função".

visão geral da responsabilidade: (a) lesão a um interesse juridicamente protegido; (b) antijuridicidade; e (c) nexos de causalidade⁴³ (CATALAN, 2013, p.106-131).

É fato que a ilicitude, se tomada em sua acepção clássica, representava o comportamento dotado de culpa, de forma que a caracterização de uma conduta ilícita dependia da análise, pelo julgador, do estado anímico do ofensor. A culpa como elemento formador do ilícito já não é uma realidade, como já exaustivamente exposto, superado, portanto, esse aspecto. A ilicitude contemporânea, contudo, não tem como essencial em sua formação o elemento subjetivo (GHERSI, 1992, p. 173), tanto que, recorrentemente, os conceitos de antijuridicidade e ilicitude, em aspecto objetivo, são tratados como sinônimos (ALSINA, 1997b, p. 696).

Que a responsabilidade civil contemporânea se volta aos comportamentos antijurídicos – ou objetivamente ilícitos (SILVA, R. P., 2019b, p. 176) e não ilícitos (subjetivamente) é um fato. A diferença é que a ilicitude subjetiva carrega o estigma da culpa, ao passo que a antijuridicidade (ou ilicitude objetiva) significa aquilo que é contrário ao ordenamento, "há tempos, o ato ilícito deixou de ser elemento para configuração da responsabilidade civil" (SOUZA, 2018, p. 191). Não se trata, propriamente, de se alterar denominação. Compreende-se que a antijuridicidade fornece uma abertura semântica maior que o conceito clássico de ilicitude, mas o conceito não é um texto estigmatizado e congelado no tempo-espço e que foi concebido, tanto que o termo ilícito já assumiu diferentes concepções, de forma que o ilícito, aqui referido, não coincide com o ilícito do direito moderno. Essa textura da norma, a abertura semântica, é preenchida com fatores históricos e sociais que identificam a ilicitude:

O que é lícito e o que é ilícito civil estão no contexto histórico, inclusive porque, além do ponto de vista da natureza e da biologia, esta proibição não passa de um corte epistemológico derivado da cultura dominante (FACHIN, 2012, p. 71).

Contemporaneamente, contudo, tem sido recorrente a remissão à antijuridicidade ao invés de ilicitude. Também a antijuridicidade tem sua definição preenchida pelas perspectivas históricas e sociais, de forma que seu sentido é preenchido segundo uma noção de justiça em determinado tempo:

juridicidade ou antijuridicidade é um juízo de valor, que deve ser analisado não apenas à luz do embate entre conduta e o 'dever' imposto pelo sistema jurídico, mas também em consideração ao "valor cultural protegido", mesmo que não surja expressamente

⁴³ Cf. FROTA, 2013.

desse mesmo direito, de modo que a conduta adjetivada como em "situação de juridicidade" coincide com a ideia do "socialmente justo" para aquele lugar e para esse tempo. (GHERSI, 1992, p. 173)

A antijuridicidade é uma qualificadora. Segundo Marcos Catalan (2013, p. 115), "é fácil compreender como age a antijuridicidade, atribuindo à conduta o papel de fonte de injustiça do dano ao desvalorá-la, seu resultado ou, concomitantemente, ambos".

Identificado o dano, caberá aferir se o referido dano é justo e, portanto, não ressarcível, ou se é injusto, e, dessa maneira, passível de reparação. Dessa forma, para Tepedino (2019, p. 12), a antijuridicidade atua como "juízo de reprovação social à conduta deflagradora do dano, hábil a torná-lo injusto e, por essa razão, ressarcível".

A noção corresponde ao denominado giro conceitual do ato ilícito para o dano injusto (GOMES, 1980), a ilicitude não seria mais verificada a partir da conduta, mas do resultado. Com isso, o elemento central, fonte do dever de indenizar, é o dano, e não o ato ilícito. Isso, segundo Rodrigues (2018, p. 621), acarretou na "perda da importância da ilicitude na identificação do dano e da maior preocupação com a reparação da vítima ao invés de reprovação do ofensor", o referido giro conceitual teria atuado como instrumento que permitiu "o reconhecimento de outros interesses tuteláveis que não o ato ilícito" (RODRIGUES, 2018, p. 621). Para Gomes (1980, p. 295), o giro acarreta a substituição da "noção de ato ilícito pela de dano injusto, mais amplo e mais social".

Dessa forma, a responsabilidade confunde-se com a existência de um resultado danoso, cabendo ao juízo valorativo definir se esse dano é justo ou injusto. Caso não houvesse tal juízo de qualidade do dano, toda e qualquer repercussão econômica na esfera jurídica de uma pessoa, causada por um terceiro, seria considerada dano (DÍEZ-PICAZO, 1999, p. 294).

Pela qualificadora, assim, os danos que forem conforme o ordenamento jurídico não são passíveis de reparação, pois lícitos. É o caso, por exemplo, da situação em que um médico, com o bisturi, abre o abdômen do paciente. Há uma lesão à integridade física deste, direito da personalidade, mas que não é injusta, é lícita, e, portanto, não acarreta o dever de reparar.

A ilicitude não condiciona o dano, é o oposto. Não representa isso que a conduta em si deve ser ilícita para que o dano seja reparável. Há possibilidade de reparação de danos decorrentes de atos lícitos, de forma que a injustiça do dano está presente quando este “ainda que decorrente de conduta lícita, afetando aspecto fundamental da dignidade humana, não for razoável, ponderados os interesses contrapostos, que a vítima dele permaneça irressarcida” (MORAES, 2009, p. 179).

A qualificação de injustiça do dano decorrerá de sua qualificação como injusto em razão de lei, ou que contrarie de forma geral o ordenamento jurídico, caracterizando-se como intolerável (RODRIGUES, 2018, p. 621).

Ocorre que o dano não se confunde com o ilícito. O dano é, na verdade, um dos possíveis efeitos de um ato ilícito. Restringir a antijuridicidade à presença de um dano é limitar o alcance da responsabilidade civil, de forma que se deve compreender a diferença entre os referidos conceitos.

Rafael Peteffi da Silva (2019b, p. 177-180) classifica a antijuridicidade entre formal e material:

Relaciona-se a modalidade formal com o anseio de segurança jurídica, restringindo-se o ato antijurídico à infração de uma norma, um mandato ou uma proibição, expressamente contidos no ordenamento. A antijuridicidade material ou substancial, por outro lado, é observada na infração do ordenamento jurídico compreendido em sua totalidade, englobando os princípios jurídicos, normas consuetudinárias e, segundo alguns, normas de Direito Natural.

A classificação de Rafael Peteffi da Silva corresponde, no primeiro caso, ao que se convencionou denominar dano-evento, isto é, o que se caracteriza por ser a violação de um dever na ordem jurídica, e, no segundo caso, o dano-prejuízo, ou seja, a consequência danosa do primeiro (BONNA, 2017, p. 111). Sobre a classificação entre dano-evento e dano-prejuízo, aduz Mendonça (2012, p. 74):

A distinção entre o dano-evento e o dano-prejuízo (valendo-se aqui dos termos consagrados na doutrina brasileira) leva em consideração duas faces diversas do evento danoso como fenômeno jurídico. Trata-se, respectivamente, da lesão a algum bem ou interesse juridicamente protegido e da consequência dessa lesão à vítima. O acontecimento danoso é cindido em dois momentos diversos, embora na maioria das vezes concomitantes na prática: em um primeiro momento, o foco é voltado para a lesão a algum interesse juridicamente protegido pela ordem jurídica para que, em um segundo instante, sejam consideradas as

consequências geradas por tal lesão, estas sim objeto de reparação.

Segundo referido entendimento, a responsabilidade civil só se faria presente quando as duas faces do dano estivessem presentes. Ocorre que, como já aduzido, a antijuridicidade não é, em si, o dano, mas a sua qualificadora decorrente da contrariedade da conduta que o originou frente ao ordenamento. A antijuridicidade é o fato injustificável que tem consequências adversas.

O fato é que se considera que a consequência danosa é a mais frequente entre as possíveis consequências de um ato ilícito, mas não a única. Nesse aspecto, é a advertência de Pontes de Miranda (1970, p. 78, t. xxii):

Só se indeniza o dano que é consequência do fato ilícito, ou do ato-fato ilícito, ou do ato ilícito, absoluto ou relativo, de que se irradia o dever de indenizar. O nexa causal há de ser verificado entre o *fato* e o *dano*, e não sempre entre o devedor e o dano, porque o ato ilícito não é a única fonte dos deveres de indenizar.

Veja que Pontes de Miranda trata o dano como consequência do fato ilícito, ou ato-fato ilícito ou ato ilícito, de forma que há outras consequências possíveis que decorrem de ilícitos. O ilícito não é, assim, correspondente de dano, mas o substrato que dá origem àquele. Restringir que o ato antijurídico somente se caracteriza ao produzir uma consequência danosa é limitar a necessária abertura semântica que a contemporaneidade exige dos conceitos jurídicos, adotando, nesse aspecto, uma visão oitocentista:

a tradição casuística dos oitocentos, farta em tipos fechados, está dando lugar a modelos que veiculam uma ampla abertura semântica, possibilitando a incorporação de conteúdos supervenientes ao trabalho legislativo, frutos da atividade hermenêutica (NETTO, 2003, p. 30)

A necessidade de ampliar os horizontes reparatórios levou a doutrina a identificar dano injusto, ressarcível, com antijuridicidade, contudo, tal fato, em que pese ter suprido essa necessidade naquele determinado momento histórico, no presente, demanda reavaliação:

É necessária a superação de mais um dos diversos dogmas do direito privado: aquele que reduz o ato ilícito a mero fato gerador da responsabilidade civil, quando, em verdade, a obrigação de indenizar é somente uma das eventuais consequências de um ilícito civil. De saída, sobreleva evidenciar a existência de uma gama infinita de efeitos jurídicos potenciais decorrentes da ilicitude. Se o fato ilícito é um acontecimento contrário ao ordenamento jurídico, certamente o próprio sistema jurídico

poderá reconhecer diferentes consequências à prática desse comportamento desconforme. (ROSENVALD, 2019b, p. 318).

O dano ressarcível é apenas uma das possíveis consequências dos atos ilícitos, de forma que o juízo de antijuridicidade atua, não só frente ao dano, mas frente a outras consequências, como a realização de ganhos a partir do ato ilícito.

Não se pode confundir efeito com causa, tampouco espécie com gênero. Assim, ilícito não corresponde a dano ressarcível e antijuridicidade não equivale a dano injusto.

O ilícito encontra outros efeitos para além da indenização de danos. Em uma classificação funcional dos ilícitos, podem encontrar-se ilícitos indenizantes, ilícitos caducificantes, ilícitos autorizantes, ilícitos invalidantes e outros (NETTO, 2012, p. 381).

O ilícito caducificante, por exemplo, corresponde ao ilícito cujo efeito é de perda de um direito, perda esta imposta por uma norma sancionadora (NETTO, 2003, p. 101). O ilícito invalidante diz respeito à consequência de invalidade, isto é, nulidade ou anulabilidade (ROSENVALD, 2019b, p. 322). O ilícito autorizante é aquele pelo qual “em razão do ato ilícito o sistema autoriza que a parte prejudicada pratique determinado ato, geralmente em detrimento do ofensor” (NETTO, 2003, p. 101). Assim, o dano é um dos possíveis efeitos do ilícito e não um dos componentes necessários do conceito:

Defendemos que o dano não é um componente necessário do ilícito civil. O dano é um componente eventual. Existe em grande parte dos casos, sem que tenha que existir em todos. A estrutura conceitual do ilícito civil, no direito brasileiro, prescinde do dano, satisfazendo-se com a configuração da contrariedade ao direito, que é o juízo de valor negativo que o sistema jurídico faz relativamente à determinada ação ou omissão. (NETTO, 2003, p. 84)

Compreende-se, assim, em sintonia com Netto (2003, p. 85), que condicionar a existência de um ato antijurídico à presença de uma consequência danosa é encastelar o conceito, impedindo o preenchimento de seu conteúdo conforme as experiências históricas e sociais do tempo em que se encontra. A perspectiva de uma teoria crítica do Direito Civil impõe a concepção de Fachin (2012, p. 4) de que “É certo que o saber jurídico que se encastela em definições e abstrações pode ser impreciso e negligente com o seu tempo”. Conceitos não devem ser estáticos, mas dinâmicos, transformando-se para adaptarem-se ao seu tempo.

O ilícito pode ser, assim, definido como “uma reação juridicamente organizada, do sistema jurídico contra a conduta que viola seus valores, princípios e regras” (NETTO, 2003, p. 125).

Assim, ainda que o dano seja a consequência que é mais recorrente, não é a única consequência.

Compreende-se, dessa forma, que o pressuposto de ato antijurídico não corresponde a ato do qual deriva dano injusto, mas a ato que viola os valores, princípios e regras do ordenamento jurídico vigente sem uma justificativa razoável e que, por esse motivo, é considerado injusto. A antijuridicidade, assim, apresenta um duplo aspecto: o primeiro positivo, pautado na violação de um interesse juridicamente tutelado, e um negativo, decorrente da falta de justificação para o ato:

(i) observa-se o aspecto positivo com a violação de interesse juridicamente tutelado, representado por essa contrariedade do ordenamento jurídico como totalidade (*contra ius*); (ii) enquanto o aspecto negativo da antijuridicidade evidencia-se pela inexistência de justificação para o ato antijurídico violador de interesses juridicamente tutelado, centrando a análise na teoria das excludentes da antijuridicidade (*sine iure*). Não seria totalmente correto afirmar que a antijuridicidade ocorre pela soma das duas fases apresentadas, mas antes elas representam uma *síntese orgânica* da avaliação da existência da antijuridicidade (SILVA, R. P. 2018, p. 255).

Acresce, ainda, que a ilicitude sob o viés negativo impõe que as excludentes, quando presentes, a afastem: “A delimitação negativa da antijuridicidade se daria, portanto, pelas causas excludentes” (SILVA, R. P., 2018, p. 256), ou seja, quando a violação de um interesse juridicamente tutelado não pode ser justificado, há antijuridicidade e o ato qualifica-se como ilícito.

O sistema jurídico está em permanente construção, e a adoção de conceitos estáticos não é o objetivo do Direito, a colocação aqui de conceitos visa a demonstrar os pilares que sustentam a pesquisa. O Direito deve estar pronto a absorver os reclamos sociais e, a partir deles, se reconstruir. A limitação da antijuridicidade à produção de um dano limita o alcance da responsabilidade civil, o que não se justifica na contemporaneidade.

Daí que, talvez, há de se pensar o sistema jurídico como um sistema que se reconstrói cotidianamente, que não é pronto e acabado, que está à disposição dos indivíduos e da sociedade para nele se retratarem (FACHIN, 2012, p. 145)

A visão do ato ilícito em sua pluralidade de efeitos, portanto, é o conceito adotado, de forma que não existe relação necessária entre ilícitos civis e dever de indenizar (MIRANDA, 1970, t. ii, p. 33-34). Ganha relevo, nesse aspecto, a proposta de ilícito funcional, de Netto (2019, p. 150):

O ilícito funcional opera como uma cláusula geral da ilicitude – uma das mais ricas do Código Civil – destinada a manter o exercício do direito nos limites socialmente toleráveis. Tem aplicação ampla, em qualquer setor da experiência jurídica. Há, assim, no sistema do Direito Civil, uma espécie ilícita aberta que se manifesta no exercício dos direitos. O direito subjetivo, em nossos dias, é direito-função, isto é, não pode ser usado para desequilibrar (outras) situações jurídicas legitimamente construídas.

Por fim, vale ressaltar que o ato ilícito sob a lente do Direito Civil constitucional não tem a culpa como elemento necessário. Em uma completa e complexa análise do conceito de antijuridicidade e de seu papel como fundamento da responsabilidade civil, Rafael Peteffi da Silva (2019, p. 191) conclui que "a antijuridicidade possui um conceito operacional próprio, totalmente independente da ideia de culpa", isso porque

o juízo de antijuridicidade conecta-se com o desvalor que recai sobre o fato que está em contradição com o interesse preponderante declarado pela norma, afastando-se definitivamente de um juízo de culpabilidade (SILVA, R. P., 2019b, p. 183).

Dessa forma, a culpa pode estar presente como pressuposto da configuração da responsabilidade civil subjetiva, mas na visão objetiva não é um requisito necessário.

Assentado que o ilícito pode acarretar outras consequências que não um dano, falta a revisão do conceito contemporâneo de dano e sua necessidade frente à responsabilidade civil.

O dano em si, segundo a corrente majoritária, será a lesão a um interesse jurídico tutelado (MORAES, 2006a, p. 240), que não necessariamente corresponderá a um dano na acepção clássica (CATALAN, 2013, p. 109). Nesse sentido, consolidou-se o *Principles of European Tort Law* – "PETL" em seu art. 2:101: "O dano consiste numa lesão material ou imaterial a um interesse juridicamente protegido". Ainda que existam diferenças etimológicas quanto ao conceito de antijuridicidade frente à dificuldade de tradução exata do conceito entre os idiomas da União Europeia, a unificação da *tort law* no velho continente

fundou-se na coincidência de que os sistemas jurídicos fundavam-se no conceito de *wrongfulness*, delimitando a antijuridicidade nos contornos do campo de proteção de interesses juridicamente relevantes (SILVA, R. P., 2019b, p. 181). Os interesses jurídicos prestam a delimitar o campo de tutela do direito:

A ênfase ao se tratar dos “interesses juridicamente protegidos” foi exatamente para exprimir a ideia de antijuridicidade que permeia a noção central de Responsabilidade Civil nos ordenamentos europeus. Resta claro que, nesse texto, a noção de interesse protegido não se presta para demarcar os contornos dos prejuízos indenizáveis ou de seu remédio específico, mas para ‘delimitar o campo de proteção, com uma função próxima da ilicitude’. (SILVA, R. P., 2019a, p. 367).

Essa concepção harmoniza-se com a ideia de que o dano é a lesão a um interesse juridicamente tutelado, como aduz Moraes (2006a, p. 240):

O debate acerca da noção de dano ressarcível divide-se basicamente em duas correntes doutrinárias: de um lado, os que identificam o dano com a antijuridicidade, ou seja, com a violação culposa de um direito ou de uma norma; e, de outro, os defensores da chamada teoria do interesse, hoje majoritária, que o vinculam à lesão de um interesse (ou bem) juridicamente protegido.

Também se encontra a referida corrente no Direito argentino:

para tratar de Dano é mister detectar a lesão ou prejuízos a “interesses juridicamente protegidos ou tutelados”. E a proteção jurídica a esses interesses é oferecida pelo Direito, estabelecendo regras obrigatórias de conduta ou deveres jurídicos (positivos ou negativos) que são violados quando a Ação se posiciona contra a conduta ordenada. (PADILLA, 1997, p. 185)⁴⁴

A lesão de interesses juridicamente relevantes não é, contudo, somente um efeito de prejuízo economicamente aferível, logo, não produz, necessariamente, um dano-prejuízo. Pode haver lesão de interesse jurídico sem que exista dano propriamente dito. Nesses casos, a responsabilidade civil tutelar, assim, a lesão a um interesse juridicamente protegido decorrente de um ato dotado de antijuridicidade. É o caso, por exemplo, do Direito Ambiental, em que as lesões não correspondem, necessariamente, a um prejuízo:

A ampliação da noção de dano – compreendido, agora, como lesão a um interesse juridicamente protegido e, não mais, como a diminuição do patrimônio – permite tutelar o meio ambiente de forma mais adequada – em nível inibitório, e, se necessário,

⁴⁴ Tradução nossa. No original: “para hablar de Daño ha menester detectar la lesión o menoscabo a ‘intereses jurídicamente protegidos o tutelados’. Y la protección jurídica a esos intereses se dispensa por el Derecho estableciendo normas de conducta obligatorias o deberes jurídicos (positivos o negativos) que resultan violados cuando la Acción se yergue contra la conducta ordenada.”

sancionatório. Ampliação que permite, aliás, afirmar a possibilidade de tutela do dano ambiental futuro. (CATALAN, 2016, p. 201).

É, igualmente, o caso da responsabilidade decorrente de atos ilícitos que acarretem ganhos para o ofensor, sem que, necessariamente, exista correlação a um prejuízo.

Dano não é prejuízo, é, em sentido amplo, lesão a um interesse jurídico. Lesão é a interferência nesse interesse de forma ilegítima.

Necessário desvelar alguns conceitos, para iluminar o caminho.

Interesse juridicamente protegidos são os interesses que o ordenamento jurídico, por uma análise valorativa, compreende como dignos de tutela. Não é todo interesse que merece proteção, mas aqueles que formam a base de um direito reconhecido pelo Direito (ASCENÇÃO, 2010, p. 52-53; 88-89). O interesse jurídico, para Mota Pinto (1999, p. 170), reflete a face funcional do Direito Subjetivo, isto é, se identifica com o interesse visado por este.

Direito Subjetivo, por sua vez, é definido como o aspecto estrutural da relação jurídica que reflete um direito subjetivo, que se alia a um dever ou uma sujeição (PINTO, 1999, p. 168). O Direito Subjetivo tradicionalmente foi concebido como

o poder jurídico (reconhecido pela ordem jurídica a uma pessoa) de livremente exigir ou pretender de outrem um comportamento positivo (ação) ou negativo (omissão) ou de por um acto livre de vontade, só de per si ou integrado por um acto de uma autoridade pública, produzir determinados efeitos jurídicos que inevitavelmente se impõem a outra pessoa (contraparte ou adversário).

O Direito Subjetivo é, claramente, um reflexo do individualismo, posto que, em regra, concede ao seu titular o direito de agir conforme sua vontade e trata-se, na verdade, de uma espécie do gênero situação jurídica. O Direito Subjetivo que representa um poder da vontade decorre da doutrina de Ihering (PINTO, 1999, p. 171) e não coaduna com o perfil solidário e plural do Direito Civil contemporâneo. Direito Subjetivo, quando se utilizar deste termo durante a pesquisa, representa um interesse protegido (PERLINGIERI, 2007b, p. 120). O Direito reconhece o poder ao sujeito para realizar seu interesse, contudo, a realização desse interesse não se esgota em si mesmo, antes, todo direito correlaciona-se a um dever, este que carrega o caráter funcional do Direito - “isso incide de tal modo sobre o direito subjetivo que, em vez de resultar como expressão de um poder arbitrário, acaba

por funcionalizá-lo e por socializá-lo” (PERLINGIERI, 2007b, p. 121). Esse último conceito de Direito subjetivo, portanto, coaduna-se com a visão civil constitucional do Direito Civil.

Direito Subjetivo é, dessa forma, uma espécie de situação jurídica. Traz-se, assim, o conceito de situação jurídica. Situação jurídica é o efeito jurídico, isto é, o dever-ser, um conceito que permite avaliar um comportamento (PERLINGIERI, 2007b, p. 105). Há o conceito amplo de situação jurídica, isto é, uma concepção geral: “A situação jurídica engloba outros conceitos: direito subjetivo, o poder jurídico (potestà), o interesse legítimo, a obrigação, o ônus, etc.: trata-se sempre de situações jurídicas” (PERLINGIERI, 2007b, p. 105). Já no sentido estrito, as situações jurídicas atribuídas a um sujeito destinatário revelam-se subjetivas:

A eficácia de um fato com referência a um centro de interesses que encontra a sua imputação em um sujeito destinatário, traduz-se em situações subjetivas juridicamente relevantes. Tem-se de um lado a norma jurídica, no mais das vezes, a *fattispecie* abstrata; do outro, o fato controverso. Quando se verifica este último produz-se o efeito; o interesse previsto pela norma traduz-se no interesse (objetivo) do destinatário. (PERLINGIERI, 2007b, p. 105)

Toda situação jurídica subjetiva está fundada em um fato juridicamente relevante, isto é, que interessa ao Direito dentro do recorte epistemológico que alberga os fatos (voluntários ou naturais) de seu interesse⁴⁵. Em uma visão objetiva, é um interesse, o núcleo vital e característico da própria situação, e tal interesse pode ser patrimonial ou pessoal (existencial), sendo que pode um interesse, ao mesmo tempo, incorporar ambas as naturezas (PERLINGIERI, 2007b, p. 106).

Em um perfil dinâmico, a situação jurídica dá forma conceitual a comportamentos. Assim, o agir qualificado pelo direito é um exercício de um poder que o Direito confere a um sujeito. A atribuição desse poder, contudo, demanda que o interesse fundamente o exercício, isto é, o interesse é preexistente ao seu exercício, logicamente. (PERLINGIERI, 2007b, p. 106). Reconhecido o interesse

⁴⁵ “O Direito, nesse sentido, opera um corte epistemológico, ou seja, coopta fatos da realidade que lhe interessam; situação esta que acaba por excluir diversas outras nuances das relações, pois não as reconhece no seu corpo normativo e, quando o faz, força a definição das mesmas, enquadrando-as de acordo com os conceitos presentes no sistema normativo vigente” (FACHIN, 2012, p. 41)

e conferida ao seu titular a faculdade de exercer um poder, realizando a situação, o aspecto normativo da relação jurídica subjetiva ganha relevo:

Aspecto essencial das situações subjetivas é, enfim, aquele normativo ou regulamentar; é ele que atribui relevância jurídica à situação. A juridicidade traduz-se no poder de realizar ou exigir que outros realizem (ou que se abstenham de realizar) determinados atos e encontra confirmação em princípios e em normas jurídicas. Nesse aspecto, a situação constitui uma norma de conduta que pode significar a atribuição ao sujeito – no interesse próprio e/ou de terceiros, no interesse individual e/ou social – do poder às vezes de realizar, outras, de não realizar determinados atos ou atividades. (PERLINGIERI, 2007b, p. 107)

Completando-se a estrutura, deve-se dar importância à relação jurídica. A análise das situações jurídicas subjetivas deve se dar em um conceito relacional, isto é, não se limitar à análise pura e isolada de cada direito e obrigação, mas examinar as suas correlações (PERLINGIERI, 2007b, p. 113). A relação aqui está informada pelo princípio da solidariedade social e, portanto, não se encerra em atribuir direitos subjetivos aos indivíduos, mas da relação entre situações jurídicas subjetivas. Dessa forma, o objeto de regulação do ordenamento deixa de ser conjunto de normas para ser um sistema de relações (PERLINGIERI, 2007b, p. 113).

Feitas essas considerações, pode-se compreender que, ao se imputar à responsabilidade a função de reagir a lesões a interesses jurídicos protegidos, significa que ela atuará onde um comportamento antijurídico frustrar a um titular de uma situação jurídica subjetiva de exercê-la, causando, dessa forma, uma lesão ao interesse que é precedente ao exercício frustrado⁴⁶.

Da personalidade, por exemplo, decorrem interesses dignos de tutela. Havendo a lesão a estes interesses, a responsabilidade civil atuará de forma a conferir ao lesado os meios adequados de tutela para exercer o seu direito e proteger seus interesses.

Quando, por exemplo, um pequeno jornal divulga a foto de uma atriz renomada nua em sua capa, sem autorização, e tem o seu volume de vendas triplicado, a lesão aos interesses jurídicos da atriz dignos de tutela (privacidade, intimidade, imagem) fará com que não só exista um direito à indenização

⁴⁶ Segundo Fachin (2012, p. 53), “Situações jurídicas ou poderes-deveres são funções artificiais emergentes do exercício das *faculdades* que o Direito absorve (fruir, dispor, exigir) e absolve (responder pelos danos)”.

reparatória, mas também que o jornal abra mão dos lucros obtidos a partir da violação.

Dessa forma, a lesão ao interesse jurídico tutelado pode acarretar danos (à pessoa ou ao patrimônio) ou em outras consequências. A responsabilidade civil contemporânea é polifocal e não se restringe a apenas uma das hipóteses de ilícito classificado segundo seu efeito.

Diz-se que o giro conceitual da culpa ao dano injusto que permitiu abandonar a pergunta “a conduta do ofensor foi culposa?” para se perguntar “é justo que a vítima arque com o prejuízo que experimentou?” permitiu que a responsabilidade alcançasse também hipóteses de conduta lícita em que há danos (como responsabilidade pelo fato de terceiro (art. 932, do CC/02), trata-se de hipóteses de responsabilidade não por conduta, mas por mera posição jurídica (ANGELIN, 2012, p. 105-106).

A ótica acima é correta, contudo, focada no dano. Ao se tratar de ganhos injustos, a pergunta é: “é justo que o ofensor permaneça com os ganhos que realizou?”, não se trata de um juízo de reprovabilidade da conduta, é irrelevante o estado anímico do agente. A antijuridicidade deverá ser analisada no sentido relacional, isto é, no liame de interação entre a situação jurídica subjetiva do ofendido e a do ofensor. Quando a transferência de valor (valor enquanto reflexo de um interesse, não necessariamente pecuniário) ou a realização de ganhos em uma análise relacional demonstrarem que é injusto que o ofensor permaneça com o lucro que realizou, pois este se fundamentou na lesão de um interesse diametralmente oposto que integra a situação jurídica subjetiva do ofendido, então se determinará a remoção.

A base estrutural jurídica é a mesma, a finalidade perseguida é igualmente comum: a tutela da pessoa, o que se altera é a forma – instrumento – pelo qual essa tutela é realizada.

Como antes aventado, um dos possíveis efeitos do ilícito é o dano, assim, confundir ilícito com dano, e dano com responsabilidade civil, é ignorar a rica estrutura a partir da qual se desenvolve um amplo instrumental voltado à plena tutela da pessoa.

Enquanto instituto jurídico, a responsabilidade civil organiza hipóteses remediais que servirão a esse fim último.

Dessa forma, a responsabilidade civil contemporânea é tanto tutela contra danos (como defende a doutrina do Direito de Danos) como tutela contra ilícitos (função restitutória, função preventiva por meio da tutela inibitória e função punitiva – quando admitida).

Nesse sentido, Marinoni (2012, p. 2) demonstra que a tutela inibitória não demanda sequer a existência de probabilidade do dano, bastando a probabilidade do ilícito. Suponha-se que um funcionário de uma mineradora grave um dos diretores da empresa dizendo que compraria uma empresa de consultoria estrangeira para alterar conclusões de um laudo de integridade de uma barragem de resíduos. Para que a responsabilidade civil atue, é necessário realmente esperar o rompimento? Ou pode o funcionário (pelos meios processuais pertinentes), por meio da realização de uma função preventiva, *ex ante*, manejar tutela inibitória para remover o diretor de suas atribuições ou para que seja contratada auditoria independente para acompanhar o processo de elaboração do laudo. O funcionário é uma potencial vítima de um potencial dano acarretado por um potencial ilícito, e isso basta para que seja a situação levada ao conhecimento jurisdicional⁴⁷.

Assim, o ilícito praticado contra interesses jurídicos protegidos ativará a resposta, isto é, a responsabilidade civil, bem como a ativará a ameaça de ilícitos.

A tutela pode ser reparatória, como pode assumir outras roupagens, de acordo com o remédio aplicado.

A conduta antijurídica deverá estar ligada ao interesse jurídico tutelado por um liame de causalidade. Não se confunde o nexo de causalidade com culpa (GOMES, 2000, p. 279). O nexo de causalidade foi tradicionalmente compreendido como "uma relação de causa e efeito entre o ato (fato) e o dano" (GOMES, 2000, p. 273).

A relação de causalidade também passou por um processo de resignificação, de forma que se admitem, hodiernamente, processos de

⁴⁷ Diz Marinoni (2012, p. 2): "essa ação não requer nem mesmo a probabilidade do dano, contentando-se com a simples probabilidade de ilícito (ato contrário ao direito). Isso por uma razão simples: imaginar que a ação inibitória se destina a inibir o dano implica na suposição de que nada existe antes dele que possa ser qualificado de ilícito civil. Acontece que o dano é uma consequência eventual do ato contrário ao direito, os quais, assim, podem e devem ser destacados para que os direitos sejam mais adequadamente protegidos". Tal posição encontra fundamento constitucional no art. 5º, XXXV da CF/88: "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito".

flexibilização do nexo causal, de maneira a se garantir a maximização da eficácia da responsabilidade civil no cumprimento do seu mister, que é, essencialmente, a tutela da vítima.

A flexibilização do nexo causal ruma à construção de uma cláusula aberta, flexível e modulável que possa oferecer o substrato jurídico necessário à imputação de responsabilidade em casos complexos.

A título de brevidade, posto que a relação de causalidade não exerce papel essencial como a análise do dano e do ilícito, desde já se adianta que as teorias tradicionais, consideradas isoladamente, nem sempre respondem às complexas situações contemporâneas levadas ao conhecimento jurisdicional.

É o caso de atividades nucleares, de risco agravado, casos em que a atividade é realizada por grupos (torcidas organizadas, *blackblocks* etc.), de danos ambientais. Teorias como a causalidade adequada e a do dano direto e imediato (melhor abordadas no tópico 4.3) são insuficientes para se responder a tais situações. Novas abordagens do nexo causal, como a proposta por Pablo Malheiros da Cunha Frota (2014), denominada por este como formação da condição danosa, ou a visão de uma presunção de causalidade (MULHOLLAND, 2010). O fato é que a causalidade é vista não mais como um vínculo fático, mas como um vínculo jurídico.

Dessa forma, o liame que vincula ofensor e ofendido é a forma pela qual o Direito identifica o responsável pelos efeitos indesejados que afetam os interesses tutelados e atribui a este a responsabilidade, isto é, o dever de responder por esses efeitos, de acordo com a finalidade remedial almejada.

Independentemente da teoria adequada, deve-se ter em vista que a responsabilidade civil contemporânea é orientada pelos princípios da dignidade da pessoa humana, da solidariedade social e da tutela integral da vítima. A partir de uma visão orientada pelos princípios constitucionais enumerados que identifique um vínculo jurídico entre ofensor e ofendido, entre uma consequência e uma causa (mesmo que em potencial), ter-se-á um nexo de causalidade. A tendência quanto ao nexo de causalidade é a sua erosão, assim como o processo de objetivização da responsabilidade civil causou, em muitos setores, o ocaso da culpa:

A flexibilidade dos tribunais na exigência da prova do nexo causal tem dado margem, na doutrina, a inúmeras novas teorias sobre

causalidade flexível, causalidade virtual, causalidade moral e outras teses que vão interferindo na atual concepção do nexo de causalidade. Embora essas teorias certamente não se confundam, corroboram sempre a expansão da margem de discricionariedade do juiz na apreciação da relação de causalidade. Desse modo, à semelhança do que ocorreu com a prova da culpa, a prova do nexo causal parece tendente a sofrer, no seu papel de filtro da responsabilidade civil, uma erosão cada vez mais visível. (SCHREIBER, 2013, p. 161)

A identificação da erosão do nexo causal como filtro da responsabilidade civil não enseja autorização para decisões discricionárias e desprovidas de qualquer elemento lógico-jurídico. A própria erosão em si não é um processo de crescente arbitrariedade nas atribuições de responsabilidade, mas decorrente da sensibilidade de que, na sociedade do risco, é crescente a necessidade de flexibilização de tais filtros de forma a garantir às vítimas a tutela jurídica adequada.

Em que pese a denominação teórica conferida à causalidade – adequada, direta, equivalente –, o que se verifica é uma adoção de um conceito de necessariedade para imputação de responsabilidade. A análise da relação de causalidade na jurisprudência brasileira aborda a necessariedade entre a causa remota ou imediata e o efeito (TEPEDINO, 2001, p. 10).

A construção desse vínculo jurídico, contudo, deve ser pautada em um processo de argumentação racional, não neutra axiologicamente, mas racional.

Em suma, para os propósitos da pesquisa, se conclui: a) a responsabilidade civil contemporânea tem por pedra angular a pessoa e, como objetivo geral final, a sua tutela; b) a responsabilidade civil contemporânea tende a ser objetiva; c) a responsabilidade civil contemporânea é orientada pela metodologia do direito-civil constitucional; d) a responsabilidade civil contemporânea pode focar-se tanto no estudo da tutela em face dos danos (Direito de Danos) como na tutela em face dos ilícitos; e) a antijuridicidade não se confunde com dano, um não é essencial à existência de outro, mas antes pode ser analisada em uma síntese orgânica de seus aspectos positivo (*contra ius*) e negativo (*sine iure*); f) o dano é apenas uma das possíveis consequências de um ato ilícito; g) a responsabilidade civil é ativada pela lesão a um interesse jurídico tutelado ou pela ameaça de lesão.

Ainda que se compreenda que uma ampliação do conceito de dano como lesão a um interesse jurídico, entendendo-se que o dano-evento pode se

materializar na realidade como prejuízo ou como ganho para o ofensor, por coerência teórica com o postulado da doutrina do Direito de Danos que compreende que a responsabilidade civil tem como germen a existência de um dano (união de dano-evento com dano-prejuízo), o enquadramento das tutelas restitutórias no interno da responsabilidade civil sob a ótica monista do Direito de Danos é incoerente.

Dessa forma, adota-se a nomenclatura responsabilidade civil contemporânea. Justifica-se: a responsabilidade civil jamais será um conceito estático, imutável, definido em uma era para a eternidade. A responsabilidade civil contemporânea é a do tempo atual e será a do tempo de amanhã quando esse amanhã chegar. Entendendo-se que o Direito é um processo de construção constante, derivado das experiências sociais e culturais, seria igualmente incoerente encastelar a responsabilidade civil em um aspecto dogmático estático.

A responsabilidade civil se constrói por meio da constante visão crítica, transformadora e coerente com os objetivos constitucionais. Entende-se, assim, que a denominação tem importantes finalidades didáticas, mas o que impera é a transformação substancial da responsabilidade civil, pautada em vetores axiológicos, éticos e morais.

Estabelecido, portanto, o pano de fundo de teoria geral da responsabilidade civil de frente ao qual se desenvolveu a pesquisa.

2 A MULTIFUNCIONALIDADE DA RESPONSABILIDADE CIVIL CONTEMPORÂNEA

Na sociedade contemporânea, não se pode conceber que o patrimônio ocupe o lugar principal do Direito Civil quando os próprios valores constitucionais promoveram profunda transformação no ordenamento como um todo.

Se, antes, a função primordial do Direito Civil era a segurança do tráfego econômico, os acontecimentos históricos da sociedade global viram os olhos do Direito Civil para a pessoa, em especial após a promulgação de constituições altamente carregadas de carga axiológica humanista que acabam por contaminar o Direito como um todo.

Dentre as consequências advindas da doutrina do Direito Civil constitucional, está a funcionalização de seus institutos. No rol de novos paradigmas consolidados pela constitucionalização do Direito Civil, destacam-se a

[...] funcionalização dos institutos jurídicos à tábua axiológica da Constituição, com a submissão de todas as situações jurídicas subjetivas a controle de merecimento de tutela, com base no projeto constitucional;
 [...] consagração da historicidade-relatividade dos institutos jurídicos, que assim podem desempenhar distintas funções, a depender do contexto histórico, geográfico, cultural e social em que se inserem;
 [...] consagração da função social das instituições jurídicas, notadamente o contrato e a propriedade – o direito passa a ser visto sob a perspectiva mais ampla da sua função promocional. (MONTEIRO FILHO, 2017, p. 20-21)

A funcionalização dos institutos jurídicos⁴⁸ significa um rompimento com a doutrina do positivismo científico que orientava o Direito Civil na modernidade liberal⁴⁹, posto que nesta "não é mais dado ao jurista encarar a construção do Direito apenas a partir de seu enfoque científico, voltado exclusivamente para uma estruturação sistêmica de seus elementos constitutivos" (BARROSO, 2011, p. 70), assim o Direito passa a estar mais focado em responder à pergunta do "para que serve?" determinado instituto jurídico do que em relação ao questionamento sobre "como é" sua estrutura. Nas exatas palavras de Perlingieri (1999, 94), "estrutura

⁴⁸ Para Eduardo Sens dos Santos (2003, p. 108), "a Ciência Jurídica dos nossos dias tem buscado cada vez mais a funcionalização, impondo certas restrições ao exercício dos direitos".

⁴⁹ Segundo Bobbio (2007, p. 54), analisando a obra de Kelsen, "para o fundador da teoria pura do direito, uma teoria científica do direito não deve se ocupar da função do direito, mas tão somente dos seus elementos naturais. A análise funcional é confiada aos sociólogos e, talvez, aos filósofos".

e função respondem a duas indagações que se põem em torno do fato. O *como* é? evidencia a estrutura, o *para que serve?* evidencia a função".

Segundo Anderson Schreiber (2013, p. 245), corresponde a função no Direito "aos interesses que um certo instituto jurídico pretende tutelar, e é, na verdade, o seu elemento de maior importância, já que determina em última análise, os traços fundamentais da estrutura". Isto é, o instituto jurídico se define a partir de sua tarefa no sistema e seus reflexos no mundo dos fatos, e, na sequência, se constrói a sua estrutura. Tal visão subverte a ordem antes instaurada em que "aqueles que se dedicaram à teoria geral do direito se preocuparam muito mais em saber 'como o direito é feito' [análise estrutural] do que 'pra que o direito serve' [análise funcional]" (BOBBIO, 2007, p. 53).

Nessa transição do Direito positivo para um Direito pospositivo, isto é, constitucionalizado, Luiz Edson Fachin (2015, p. 95) adverte que, "Do Direito Civil aos direitos civis fundamentais, a estrutura cede passo à função", assim, perguntar "pra que o direito serve" torna-se mais importante do que perguntar "como o direito é feito", isso principalmente em relação à responsabilidade civil, uma vez que esta, por sua própria natureza, demanda um estudo não por setores – ou estruturas – pré-constituídos, mas a partir de problemas emergentes na sociedade (PERLINGIERI, 2007a, p. 55).

A funcionalização, no Direito Civil, se destacou primeiramente com relação ao contrato (TOMASEVICIUS FILHO, 2014, p. 54) e à propriedade (FACHIN; RUZYK, 2008, p.109), mas alcançou também a responsabilidade civil (EHRHARDT JÚNIOR, 2012) e outros campos do Direito Civil.

A adoção de uma função social pressupõe que os institutos de Direito Civil devem estar em sintonia com os propósitos constitucionais (MOURA, 1988, p. 3).

Realizou-se "na hermenêutica que na linguagem capta o Código sob uma principiologia axiológica de índole constitucional, o encontro da pluralidade e da complexidade" (FACHIN, 2015, p. 97), ou seja, a simplicidade positivista reduzida à norma é suplantada pela necessidade de preenchimento semântico de normas cuja textura é essencialmente aberta (HART, 1996, p. 176)⁵⁰, dessa forma, a

⁵⁰ Seguindo a ideia de análise do Direito com base na linguística, Hart identifica que em toda sociedade há normas gerais, padrões gerais de conduta e princípios que constituem o principal instrumento de controle social. Esses padrões são comunicados antes mesmo de ocorrerem as hipóteses em que eles se aplicam. Para Hart, há dois meios de comunicação, um mais amplo - a legislação - e um mais restrito - o precedente. Contudo, ainda que se esteja diante

necessidade de colmatação dos significados cresce, de forma que a análise das funções no direito possibilitarão a definição de referidos conteúdos.

Assim, o instituto funcionalizado está relacionado ao próprio objetivo constitucional. Nos dizeres de Lucas Abreu Barroso (2011, p. 70),

Isso implica dizer que o Direito privado está comprometido com os ditames da cidadania e justiça social, atinente aos Estados de direito democráticos, abandonando definitivamente as matizes individualistas que o permearam nos últimos séculos, em proveito dos valores coletivos e da proteção integral da pessoa humana.

A princípio, a funcionalização importaria no caminhar ao solidarismo, uma consequência da passagem da era moderna liberal ao pós-modernismo decorrente da necessidade de se corrigir as desigualdades após a Segunda Guerra Mundial que também se observou no Brasil com a Constituição de 1988⁵¹ (NALIN, 2006, p. 177). A forma como a funcionalização se deu durante o século XX, portanto, foi uma reação à liberdade da modernidade que se suplantava. Como aponta Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk em sua tese de doutoramento,

de normas gerais formuladas verbalmente, podem existir, em certos casos concretos, incertezas quanto ao comportamento que elas exigem do indivíduo. Essas incertezas consistirão o que Hart denomina textura aberta, ou seja, áreas limítrofes do padrão geral verbalmente comunicado que permitem ao intérprete realizar escolhas quanto ao significado atribuído àqueles signos. Segundo Hart (1996, p. 167), "quando o caso imprevisto vier efetivamente a ocorrer, confrontaremos o problema em pauta e então poderemos resolvê-lo escolhendo entre os interesses conflitantes da forma que melhor nos satisfazer". Não há de se descuidar que a teoria de Hart é descritiva, logo, a interpretação para Hart será também baseada na atividade descritiva, qual seja, a de descrever o significado dos enunciados normativos ou dos precedentes, mas reconhecendo o aspecto lacunoso do Direito e concedendo aos juízes poderes para preencher essas lacunas. Segundo Hart (1996, p. 176), "Todo sistema jurídico deixa em aberto um campo vasto e de grande importância para que os tribunais e outras autoridades possam usar sua discricionariedade no sentido de tornar mais precisos os padrões inicialmente vagos, dirimir as incertezas contidas nas leis ou, ainda, ampliar ou restringir a aplicação de normas transmitidas de modo vago pelos precedentes autorizados.", logo, em todo sistema jurídico a norma apresenta um núcleo de certeza, em que estão os termos gerais e claros que são aplicados, sem maior esforço hermenêutico, aos casos ditos fáceis, ou seja, aqueles que se enquadram nessa zona de certeza. A norma, entretanto, apresenta também uma zona de penumbra, ou seja, um espaço onde não há um consenso sobre o Direito em algum ponto, e tais divergências dependem tanto das convenções de linguagem quanto das convenções especiais sobre o uso jurídico de certas palavras (diferente dos seus significados comuns). Nos casos fáceis, o simples silogismo é suficiente, contudo os casos difíceis estão localizados na zona de penumbra, razão pela qual não se aplica o silogismo simples para se verificar a aplicabilidade ou não do padrão geral. Nesse caso - caso difícil -, a textura aberta, ou seja, a margem de discricionariedade relegada ao intérprete na aplicação da norma ao caso concreto, será importante para permitir que o juiz ou outro aplicador do Direito possa escolher dentre os significados possíveis aquele que se mostra correto, ou seja, que é anterior à legislação.

⁵¹ Sobre o conceito de solidariedade, ressalta-se a definição que segue: "Sob o prisma constitucional, é possível sustentar que, independentemente da escolha ideológica que se faça, a melhor descrição da solidariedade deve estar voltada à verticalização dos interesses do homem, eficaz ou suficiente para aniquilar as desigualdades subjetivas e regionais, configurando-se como indissociáveis a solidariedade e a igualdade" (NALIN, 2006, p. 177).

"função vem a limitar ou, mesmo, condicionar a liberdade, de modo que uma perspectiva funcional seria a antítese de uma compreensão fundada nessa mesma liberdade" (RUZYK, 2009, p. 164).

Pianovski, contudo, apresenta uma proposição que busca enxergar a pessoa em sua intersubjetividade, de forma que a funcionalização não seria oposta à liberdade, mas que os institutos jurídicos seriam funcionalizados em razão da liberdade: "dado instituto jurídico pode realizar prestações/contributos (e, assim, realizar uma função) para algo ou alguém (ou para atender às necessidades de algo ou de alguém) que não precisa, necessariamente, ser o 'todo social'" (RUZYK, 2009, p. 161). A liberdade considerada não é a liberdade moderna pautada no individualismo e na autonomia privada clássica, mas uma liberdade coexistencial, isto é, da pessoa em suas relações intersubjetivas, mas não necessariamente orientada a um todo:

pensar que os institutos de Direito Civil têm algo a realizar em favor de pessoas tomadas em sua concretude e, portanto, na multitude inter-relacional em que se insere no tecido social, não é pensar, necessariamente, que essas mesmas pessoas são órgãos ou elementos cujos atos devem servir a um "todo" social unitário. (RUZYK, 2009, p. 228).

A tese conclui, em um resumo geral da ideia do autor:

Trata-se de reconhecer que entre as funções dos institutos básicos do Direito Civil estão o exercício e a promoção da liberdade coexistencial – sem que isso implique excluir outras funções relevantes nem, tampouco, afirmar que, em eventual conflito de funções, a(s) liberdade(s) sempre deva prevalecer. (RUZYK, 2009, p. 228).

A tese orienta que o Direito Civil pode apresentar uma função direcionada ao indivíduo enquanto pessoa que pode encontrar nas diferentes liberdades⁵² a promoção de liberdades coexistentiais, seja pela proteção, incremento ou exercício destas, pois "o que se cogita é de uma prestação (ou seja, de uma função) que consiste na promoção, exercício e proteção de liberdade das pessoas

⁵². Em sua tese, Pianovski Ruzyk trabalha diferentes perfis de liberdade, logo, não se direciona a aplicabilidade da ideia do autor à liberdade burguesa moderna, mas igualmente de uma liberdade plural, complexa e ressignificada: "Essa liberdade, também por isso, não pode ser compreendida como conceito unitário, monolítico, mas, sim, como compreensão plural, integrada por diversos perfis (tais como liberdade como efetividade, liberdade como abstração, liberdade negativa, liberdade positiva) que ora convergem ora se distanciam e até colidem" (RUZYK, 2009, p. 229).

em relação, a ser levada a efeito pelos institutos fundamentais do Direito Civil" (RUZYK, 2009, p.162).

A funcionalização, portanto, não necessariamente estará orientada a um fim relacionado a um todo social, e pode se referir também ao indivíduo em sua relação em sociedade, mesmo que, para promoção de seu bem individual, o que não significaria aderir ao individualismo, visto que este bem deveria estar relacionado aos valores constitucionais que balizarão o conceito de função.

Nesse sentido, identifica Francisco Amaral (2014, p. 602) que a responsabilidade civil está assentada em um dos aspectos do personalismo ético, em que a pessoa se responsabiliza pelos atos que pratica no exercício de sua liberdade, contudo não mais em um sentido egoístico próprio do individualismo liberal, mas em um comprometimento com a sociedade:

O instituto da responsabilidade civil traduz a realização jurídica de um dos aspectos do personalismo ético, segundo o qual ter responsabilidade, ser responsável, é assumir as consequências do próprio agir, em contrapartida ao poder de ação consubstanciado na autonomia privada. Não mais a concepção egoística do indivíduo em si, mas o indivíduo como pessoa, comprometido com o social.

A função de modo amplo, portanto, será definida pelo direcionamento do instituto do direito à realização dos objetivos e princípios constitucionais, tomando a pessoa em sua liberdade, mas na intersubjetividade de suas relações em sociedade e para a sociedade.

A definição da função, ou das funções, mostra-se relevante quando permite coadunar o instituto com esses parâmetros e, a partir daí, definir sua estrutura.

A construção da função, para o Direito, tem, na maioria da doutrina, vinculação com uma finalidade⁵³, isto é, para o que deve se orientar determinada

⁵³ Ainda que exista posição no sentido de que a função seria a orientação ao fim, isto é, o caminho ou instrumento para se alcançar o fim (BRANCO, 2009), adota-se o posicionamento de função como finalidade com justificativa no postulado da metodologia do Direito Civil constitucional de que o instituto jurídico deve ser orientado a uma finalidade que é a promoção dos valores constitucionais direcionados à emancipação da pessoa (KONDER, 2009, p. 21) mesmo porque, "Visto que a funcionalização adquire diversas facetas, é possível concluir que não há sentido em determinar abstratamente se a função social é uma finalidade em si mesmo ou instrumento para outros fins. Isso porque há casos em que se impõe a função social no papel de fim a ser atingido por meio de outros instrumentos [...] Ao contrário de configurar contradição conceitual, essa diversidade apenas reforça a aludida "multifuncionalidade" da função social, como verdadeira agregadora de outras funções instrumentais ou finalísticas. Justifica-se essa opção maleável porque o próprio Direito Civil já não se satisfaz com construções imutáveis e rígidas" (EHRHARDT JÚNIOR; FARIAS, 2017, p. 23).

instituição jurídica, "a análise do aspecto funcional ressalta a não neutralidade do ordenamento jurídico, pois se busca encontrar finalidade prático-social dos institutos jurídicos" (MENDES; SANTOS, 2016, p. 100).

No Direito Civil constitucional, a finalidade buscada é, em último caso, a promoção da pessoa humana em sua dignidade. O conteúdo do conceito de finalidade será preenchido conforme o instituto jurídico tratado (TARTUCE, 2007), contudo, sem arbitrariedade, sendo que estará pautado nos limites impostos pela própria matriz constitucional (EHRHARDT JÚNIOR; FARIAS, 2017, p. 23-24).

No âmbito do Direito Civil constitucional, Marcos Ehrhardt Júnior e Luiz Roberto Barros Farias (2017, p. 26) identificam a função sob três perspectivas como instrumento metodológico: teleológica, sistemática e do Direito Comparado.

Quanto à teleologia, para Larenz (1997, p. 686-687), a finalidade à qual serve o conceito jurídico analisado é determinante de sua definição, dessa forma, a função é o limite que impede que os conceitos jurídicos alcancem tal grau de abstração que venham a perder o sentido, naquilo que o autor denomina "conceitos determinados pela função", assim, a visão teleológica do instituto servirá à sua definição ⁵⁴.

Cita, por exemplo, o caso dos direitos da personalidade, cujo conceito relaciona-se ao que é comum a todos assim classificados, isto é, a função de "garantir à pessoa uma esfera própria protegida face ao exterior" (LARENZ, 1997, p. 687).

A função, enquanto fim determinador do conteúdo de determinado conceito jurídico, serve "para garantir adentro de um complexo de regulação determinado, a aplicação equitativa daquelas normas jurídicas em cujo conteúdo

⁵⁴ Nesse sentido também escreve Stefano Rodotà ao entender que a função compõe elemento interno da situação jurídica, sua estrutura, e, como disse Larenz nos trechos já citados, influencia a própria definição do instituto (1970, p. 19): "*Certo, così vuole la tradizionale premessa di chi costruisce i poteri dei privati come potenzialmente illimitati, rispetto ai quali il limite sarebbe niente altro che un accidente esterno, influente sulla struttura della situazione residua: ma così non è sempre, che vi sono ormai limite che caratterizzano istituzionalmente determinate situazioni giuridiche e non possono, quindi, essere considerati solatnato all'esterno della situazione in questione, dovendosi invece configurare come veri e propri elementi strutturali*". Em tradução livre: "É claro que assim quer a premissa tradicional dos que constroem os poderes dos indivíduos privados como potencialmente ilimitados, a do respeito do qual o limite não seria nada mais do que um acidente externo, não influente na estrutura da situação residual: mas nem sempre é o caso, que existem agora limites que caracterizam institucionalmente certas situações jurídicas e não podem, portanto, ser considerados fora da situação em questão, tendo que ser configurados como verdadeiros e próprios elementos estruturais".

estão implícitos como elemento da previsão ou também da consequência jurídica" (LARENZ, 1997, p.687).

Já no campo da metodologia sistemática, a funcionalização atua de forma a garantir a unidade hermenêutica das normas de um mesmo ordenamento, e, ainda que estas versem sobre diferentes áreas da experiência social, mesmo aquelas sobre as quais nada ainda fora legislado, orientar-se-ão a um mesmo eixo (MENDES; SANTOS, 2016, p. 101). Para o caso do Direito civil-constitucional, a funcionalização garante que, nas inúmeras novas situações jurídicas que venham a surgir, o eixo hermenêutico seja o mesmo e este eixo são os valores constitucionalmente definidos. Nas palavras de Mendes e Santos (2016, p. 102), "Como o fundamento máximo do ordenamento encontra-se na cláusula geral de tutela da pessoa humana, remodela-se a dogmática do Direito Civil brasileiro em prol da promoção dos valores existenciais". Assim, o elemento aglutinador da sistemática é a finalidade anteriormente descrita orientada pelos valores constitucionais.

Por fim, apontam Ehrhardt Júnior e Farias (2017, p. 27) uma função relacionada ao estudo do Direito Comparado:

Por fim, a função há muito desempenha importante papel metodológico na experiência estrangeira. Isso ocorre porque a análise funcional permite que ordenamentos com categorias dogmáticas diversas – o que impossibilitaria uma comparação meramente estrutural ou normativa – sejam analisadas em razão da semelhança das funções que as normas exercem abstratamente ou nos casos concretos.

Assim, as experiências estrangeiras podem ser estudadas a partir da função, o que se revela deveras relevante para o trabalho que aqui se desenvolve, dadas as diferenças dogmáticas entre os ordenamentos de *Civil Law* e aqueles de *Common Law*, nesta senda a análise da função possibilita a comparação entre os sistemas jurídicos e a apropriação de experiências positivas para a sua aplicação no direito analisado.⁵⁵ O pressuposto é que possam ser identificadas semelhanças funcionais jurídicas abstratas entre os ordenamentos estudados e não a norma em si, principalmente ante as diferenças na construção de normas

⁵⁵ Importante a conclusão de Ehrhardt Júnior e Farias (2017, p. 27): "Logo, constata-se que a função permite a leitura mais profunda de um sistema jurídico estrangeiro, uma vez que supera eventuais divergências dogmáticas e contribui para a troca de soluções entre ordenamentos diversos. Além disso, a comparação com base em uma análise funcional possibilita encontrar conjuntos normativos diferentes, mas que servem para resolver os mesmos problemas, o que ajuda na verificação da eficiência de cada um".

entre os sistemas da *Common Law* e *Civil Law*, "na medida em que diferentes soluções se destinam à abordagem de problemas semelhantes, elas preenchem a mesma função – e são, por isso mesmo, comparáveis" (CURY, 2014, p. 178).

Ressalva-se, entretanto, que a comparação funcional do Direito Civil entre dois ordenamentos não poderia se dar sem que se considerassem os elementos espaço-temporais da análise bem como os aspectos culturais das sociedades em que estão inseridos os ordenamentos estudados (CURY, 2014, p. 182).

Tem-se, dessa forma, que, do ponto de vista teleológico, a função determina o próprio conteúdo do conceito jurídico e garante a sua unidade sistemática, o que, em última análise, tem como elemento de congregação a tutela da pessoa humana constitucionalmente prevista. Por meio do Direito comparado a função que determinado instituto exerce pode ser repensada e ressignificada.

A análise da função, portanto, mostra-se importante metodologicamente para o desenvolvimento da pesquisa sob a ótica do Direito Civil constitucional, sem se desviar os olhos de que há uma função última que é promocional da pessoa humana.

Há de se reconhecer que a complexidade da sociedade contemporânea demanda uma multifuncionalidade, sendo a função um importante instrumento de adaptabilidade do Direito Civil às demandas pós-modernas sem que se desrespeite o Direito Positivado (EHRHARDT JÚNIOR; FARIAS, 2017, p. 32), mas também sem que o Direito Positivado represente uma âncora no fundo de um oceano de arcadismos protegidos por preciosismo, quando o céu acima desse oceano não é mais calmo, como quando ali se ancorou a sociedade.

A importância de que a funcionalização não represente um alvará para a restrição das liberdades constitucionalmente garantidas deve ser ressaltada. A funcionalização não pode ser um salvo conduto para que a intervenção seja tamanha a ponto de restringir a efetividade de outros direitos e a promoção da própria pessoa, mas deve orientar a ressignificação dos institutos do Direito Civil para que se possam entender seus limites e possibilidades (LEWICKI, 2014, p. 291).

Perquire-se, dessa forma, como a funcionalização⁵⁶ afeta a responsabilidade civil. Se as funções tradicionalmente reconhecidas no Direito

⁵⁶ Segundo João Paulo Marin (2011, p. 55), "a funcionalização dos institutos jurídicos diz respeito à sua operacionalização no interior do sistema jurídico".

Civil moderno liberal permanecem intactas na contemporaneidade ou se a confluência de valores que provém da constituição e da própria reconstrução da teoria da responsabilidade aderiram novas funções ou ressignificaram as já existentes, concedendo-lhes novos limites e possibilidades.

Segundo Rosenvald (2017, p. 95), "no setor da responsabilidade civil há uma pluralidade de funções, sem qualquer prioridade hierárquica de uma sobre outra", e aponta o civilista que é possível concluir a existência de três funções, quais sejam, a reparatória, a punitiva e a precaucional. Para Rosenvald (2017, p. 96-100), a prevenção se apresenta como princípio informador da responsabilidade civil contemporânea e não como função propriamente dita, principalmente em razão de que esta deteria uma abertura semântica que demandaria a atuação de uma das três funções para se completar e ganhar efetividade (ROSEVALD, 2017, p. 95). O autor, contudo, alerta que no ordenamento jurídico brasileiro há um "monopólio da função compensatória da obrigação de indenizar", sendo que esta monofuncionalidade é inadequada frente ao estado da arte em que a sociedade se encontra.

Para tanto, serão analisadas as funções usualmente⁵⁷ atribuídas à responsabilidade civil na doutrina contemporânea, quais sejam, a reparatória, a compensatória, a punitiva, a preventiva/precaucional e a restitutória.

Segundo Guido Alpa (1999, p. 131-134), em última análise a responsabilidade civil apresenta quatro funções, ela reage ao ilícito voltando-se ao ressarcimento às vítimas, ao mesmo tempo em que coloca a vítima na mesma situação em que estava antes do dano, restaurando o estado anterior cujo equilíbrio fora rompido, ainda reafirma o poder do Estado de impor sanções àqueles que violaram uma norma de conduta e, por fim, repercute uma prevenção geral, dissuadindo novas condutas, tendo, assim, também função preventiva.

Por sua vez, André Tunc (1950, p. 133) admite a existência de cinco funções para a responsabilidade civil, as quais não são excludentes, mas

⁵⁷ Com efeito, não há unanimidade quanto à função ou às funções da responsabilidade civil, assim, assume-se aqui a possibilidade de que a responsabilidade civil seja multifuncional (ROSEVALD, 2017, p. 95). É de se ressaltar a opinião de Monateri (2012, p. 59) sobre o próprio conceito de responsabilidade civil na contemporaneidade, o qual, em última análise e como já visto anteriormente nas lições de Karl Larenz (1997), determina-o: "O direito da responsabilidade civil apresenta-se, hoje, como um direito de esquemas e modelos gerais que, contudo, combinam-se de vários modos, para dar vida a uma família de singulares hipóteses, diversas e peculiares. Não existe, portanto, uma definição suficiente da responsabilidade civil (RC), sendo necessário, assim, começar com o esboço dos seus significados mais utilizados".

complementares umas das outras. São elas a função de punir o lesante, a função de vingança da vítima, a função reparatória, ou seja, de indenizar a vítima, a função de restabelecer a ordem social e a função de prevenção geral, de forma a coibir comportamentos antissociais.

Por fim, Noronha (1999, p. 40) identifica que a responsabilidade civil tem uma função principal, que é a reparatória, e outras duas que a acompanham, quais sejam, a sancionatória (*punitiva*) e a preventiva (*dissuasória*). Já Peter Cane (1997, p. 103) afirma que a responsabilidade civil realiza três funções principais, quais sejam, a reparação, a punição e a restituição⁵⁸, isso no *Common Law*.

A essas funções tradicionais são acrescidas a noção de restituição⁵⁹ - se entendida autonomamente e não como integrante da função reparatória – e a de prevenção acompanhada da precaução principalmente em razão das influências da teoria da *Law & Economics* sobre a responsabilidade civil na sociedade de risco (ACCIARI, 2014, p. 63-64), mas sem adotá-las.

Toma-se, ainda, a lição de Rosenvald (2017, p. 147), segundo o qual, a responsabilidade civil pode se orientar funcionalmente para "as consequências lesivas do fato do agente", momento em que a função tem finalidade de contenção de danos, ou para "a pessoa do ofensor e a reprovabilidade de sua conduta", quando então a função estará, ainda que indiretamente, direcionada à contenção de comportamentos. Acompanha esse pensamento Santana (2017, p. 7) ao afirmar que "a responsabilidade civil se subdivide hoje no estudo do direito dos danos, bem como no direito das condutas lesivas".

⁵⁸ No texto original: "*Tort damages perform three main functions: compensation, disgorgement and punishment*".

⁵⁹ A função restitutória tem sido compreendida como uma das possíveis funcionalidades da responsabilidade civil (ANTUNES, 2019, p. 128) e merecerá maiores reflexões neste trabalho, contudo desde já se destaca a visão de Francesco Giglio (2007) para quem o não reconhecimento da função restitutória decorre de uma equivocada interpretação do conceito de justiça corretiva de Aristóteles: "The establishment of a civil trial in Roman law, which left compensation as the main response, and a widespread, loss-centred interpretation of the Aristotelian theory of corrective justice explain, but do not justify the difficulties encountered by modern attempts to account for restitutionary damages. Mistakes in the classification of this institution have complicated the picture." (apresentação da obra *The Foundations of Restitution for Wrongs*). Ainda, na Itália, Monateri (2012, p. 71) identifica a existência de uma responsabilidade quase contratual – vinculada à figura do quase contrato – em que há a tutela da pretensão restitutória dos ganhos obtidos por terceiro às custas do patrimônio de outrem: "A responsabilidade quase contratual é criada para prevenir o enriquecimento injusto de uma pessoa pelo dano a uma outra, e obter a restituição de benefícios que, segundo regras de natureza substancialmente proprietária, pertencem ao autor". A relevância do estudo dessa função na modernidade fica evidente.

Pode-se entender que a primeira função é realizada pela maximização da tutela da vítima na efetivação do princípio da reparação integral (ROSENVALD, 2019c, p. 310-313), ao passo que a segunda estaria abarcada no aspecto preventivo da responsabilidade civil, mais especificamente na função de precaução que tanto preocupa os estudiosos da responsabilidade civil inserida na sociedade de riscos (LOPEZ, 2013, p. 3-5).

O Brasil precisa repensar a responsabilidade civil e sua monofunção compensatória, superlativa em relação às demais funções, para que sejam pensadas novas funcionalidades do instituto aptas a responder aos reclamos de uma sociedade contemporânea em constante movimento e que impõe ao jurista o contínuo reexame dos remédios que possui.

As funções variarão de acordo com o momento social e histórico em que o instituto estiver inserido, assim, buscar-se-á a análise funcional da responsabilidade na contemporaneidade. A análise detida de cada função permitirá uma visão multifuncional da responsabilidade civil, justa e necessária frente à complexa sociedade contemporânea e voltada à coleta dos dados dogmáticos necessários ao desenvolvimento do trabalho.

2.1 A função reparatória

A responsabilidade nasce como uma resposta a um comportamento antissocial. No Direito Tribal, a pena era aplicada de forma extensiva aos membros da família – ou clã – do agente, a preocupação não era propriamente reparar o mal causado, mas punir o ofensor (ALMEIDA, 2007, p. 59). A mudança de panorama que se observará no Direito romano, contudo, coloca a reparação do dano como principal objeto da responsabilidade. A necessidade de reestabelecer o equilíbrio rompido faz com que o Direito desenvolva mecanismos jurídicos aptos a oferecer àquele que foi lesado uma justa solução que elimine os rastros deixados pelo ato ilícito:

É lícito afirmar que cada um tem uma expectativa de não ser lesado em sua esfera jurídica, ou seja, de que o sistema jurídico tutele seus interesses preservando, sempre que possível, o *status quo* (situação atual). Aqui se faz referência à *função reparatória (ou indenizatória) da responsabilidade civil*, através da qual se procura eliminar o prejuízo econômico sofrido pela vítima (tornando indene o dano patrimonial infligido a sua esfera jurídica) ou compensar o sofrimento infligido por um dano extrapatrimonial

que repercute negativamente na integridade física, psíquica ou moral do ofendido (EHRHARDT JÚNIOR, 2012, p. 106).

A principal obrigação decorrente da responsabilidade civil sempre foi, tradicionalmente, a reparação de um mal causado por alguém a outrem por meio do dever de indenizar:

As obrigações de responsabilidade civil têm essencialmente, mas não exclusivamente, uma finalidade estática, de proteção da esfera jurídica de cada pessoa, através da reparação dos danos por outrem causados. Elas tutelam um interesse do lesado que se pode chamar de expectativa na preservação da situação atual (ou de manutenção do *status quo*). Esta finalidade, dita função *reparatória*, ressarcitória ou indenizatória, é a primacial: a responsabilidade civil visa apagar o prejuízo econômico causado (indenização do dano patrimonial) ou minorar o sofrimento infligido (satisfação compensatória do dano moral). Sobretudo em matéria de danos patrimoniais, em princípio nem a maior ou menor censurabilidade da conduta do responsável, nem a sua maior ou menor riqueza, nem a condição social ou econômica do lesado terão reflexo na determinação do montante indenizatório. (NORONHA, 1999, p.37).

Mas não foi só em prol da reparação que a responsabilidade civil acabou por se desenvolver, mas no ambiente civil-constitucional, onde a primazia da pessoa é o foco do Direito Civil, a responsabilidade passa a ter como objetivo principal a tutela da vítima, prioritariamente quanto à reparação dos danos que a ela foram infligidos (FROTA, 2013, *passim*).

O Direito Civil constitucional contemporâneo tende à eliminação de obstáculos que impeçam a reparação da vítima quanto aos danos a ela causados, subvertendo a lógica liberal e colocando o patrimônio a serviço da tutela da pessoa, e não o contrário.

Analisando a reparação contratual, Marcos Jorge Catalan (2013, p. 271-272) demonstra esse abandono de uma persecução do agente para abraçar a vítima dos danos, sendo que, em sua tese, o autor defende uma verdadeira extirpação da culpa da responsabilidade contratual em prol da busca de critérios de imputação que garantam com eficiência a reparação do dano.

É relevante ressaltar, uma vez mais, que a reparação de danos – e, no que interessa ao presente estudo, dos danos contratuais –, na atual quadra da História, longe de buscar a crucificação dos hereges, está fundada na necessidade de reparar a lesão injustamente causada e/ou suportada por uma pessoa que, por confiar no(s) outro(s), não esperava encontrar este estado deletério.

Quando se trata de responsabilidade civil, a primazia funcional está relacionada à reparação dos danos, e essa posição pode ser vista por um olhar tradicional:

Tradicionalmente, a responsabilidade civil direciona sua preocupação em alocar a vítima, na mesma situação, em que ela se encontrava antes do dano sofrido, *mutatis mutandis*, com a reparação se busca o *status quo ante*. O que significa, *grosso modo*, preencher o vazio decorrente da lesão gerada pela conduta antijurídica do ofensor, mediante uma obrigação de indenizar, imposta pelo Estado-Juiz. (GONÇALVES, 2017, p.147).

A reparação ganha relevo na responsabilidade civil após no Direito Romano a *Lex Aquilia* abandonar o caráter de pena privada, o que ocorreu pela superação da pena corporal pela reparação (ALMEIDA, 2007, p. 60; PEREIRA, 2001, p. 3). Neste momento a responsabilidade civil adquire o caráter reparatório que a acompanha até hoje.

Importante aqui uma contextualização histórica. No Direito romano a *Lex Aquilia* tratava essencialmente de danos patrimoniais, logo, a lesão a bens existenciais ou extrapatrimoniais era estranha à sociedade romana. O conceito romano de reparação se construiu voltado a que o homem não fosse mais pessoalmente atingido por danos causados às coisas, incluídos aí os escravos, assim era o retrato que se encontrava.

Essencialmente, a *lex Aquilia* foi elaborada para lidar com danos à propriedade: escravos, animais de pastagem, *res se moventes* que não sejam animais pastando, e objetos inanimados. Danos aos homens livres não eram abarcados por suas disposições: "*Liber homo . . . enim [Aquiliae] non habet [actionem], quoniam dominus membrorum suorum nemo videtur.*"

[...]

Em ambos os capítulos, um e três, portanto, um valor pecuniário específico tinha que ser atribuído ao objeto em questão. Exatamente isso, no entanto, era impossível quando estava em questão o corpo de um homem livre. "*Liberum corpus nullam recipit aestimationem*" era o princípio da lei romana: o valor do corpo de um homem livre não pode ser expresso em termos pecuniários. (ZIMMERMANN, 1990, p.1014-1015)⁶⁰.

⁶⁰ Tradução nossa. No original "Essentially, the *lex Aquilia* was intended to deal with damage to property: slaves, grazing animals, *res se moventes* other than grazing animals, and inanimate objects, Damage to freemen was not covered by its provisions: 'Liber homo . . . enim [Aquiliae] non habet [actionem], quoniam dominus membrorum suorum nemo videtur'. [...] Under both chapters one and three, therefore, a specific pecuniary value had to be assigned to the object in question. Exactly this, however, was impossible as far as the body of a freeman was concerned. 'Liberum corpus nullam recipit aestimationem' was the principle of Roman law: the value of a freeman's body cannot be expressed in pecuniary terms.

O princípio da reparação essencialmente se voltou aos danos patrimoniais, segundo Caio Mário da Silva Pereira (2001, p. 4), "seu maior valor consiste em substituir as multas fixas por uma pena proporcional ao dano causado". Pode-se afirmar, portanto, que "É na lei Aquília que se esboça, afinal, um princípio geral regulador da reparação do dano" (AGUIAR DIAS, 1994, v.1, p. 31).

A reparação aquiliana viria a influenciar o *Code civil* e serviria de instrumento apto a atender aos objetivos moderno-liberais que informaram sua edição. A responsabilidade civil traçou um caminho como "reverso da liberdade" (ROSENVALD, 2017, p. 100), de outro lado, o *laissez-faire* pressupunha a mínima intervenção na liberdade, de sorte que a responsabilidade civil não deveria atuar diretamente no comportamento dos indivíduos, mas tão somente atuar em um momento posterior ao dano, para reestabelecer o equilíbrio econômico jurídico rompido (ROSENVALD, 2017, p.101).

O restabelecimento do equilíbrio pode, dentro da reparação, se dar de três formas, segundo a doutrina de Salvatore Mazzamuto e Armando Plaia (2012, *passim*), e a tutela reparatória da responsabilidade civil pode se manifestar de três formas: restitutória⁶¹, ressarcitória e satisfativa.

A tutela restitutória tem por objetivo a reconstituição das condições que foram alteradas pela violação, de forma a atender a uma necessidade de "represtinação ao *status quo ante*" (ROSENVALD, 2017, p. 103), de forma que a satisfação correspondente a um dano infligido a uma posição subjetiva se dá com a implementação de igual bem lesado.

Segundo Mazzamuto e Plaia (2012, p. 44), o sistema de responsabilidade europeu tende primeiramente à restituição, buscando, por meio de diversos remédios, a composição do dano a partir da restituição, assim, somente em

⁶¹ Nas palavras dos autores italianos, "*In linea generale, la tutela restitutiva mira a restaurare la situazione giuridica colpita da una lesione che ne scalfisca il profilo della disponibilità/intangibilità e, in tal senso, presenta una vocazione al soddisfacimento in natura dell'interesse leso analogo a quella della tutela satisfattiva, la quale – come meglio verrà chiarito in prosieguo – tende all'attuazione di una situazione soggettiva rimasta inattuata e, quindi, evoca l'idea della promozione dell'utilità insoddisfatta*" (MAZZAMUTO; PLAIA, 2012, p. 44). Em tradução livre: "Em linhas gerais, a tutela restitutória visa a restaurar a situação jurídica atingida por uma lesão que lhe afeta o perfil de disponibilidade/intangibilidade e, nesse sentido, apresenta uma vocação à satisfação *in natura* do interesse lesado análoga àquela da tutela satisfativa, a qual – como será mais bem abordado abaixo – tende à implementação de uma situação subjetiva ainda não implementada e, portanto, evoca a ideia de promoção da utilidade não satisfeita".

caráter subsidiário atuará a compensação do prejuízo econômico: “de modo a reconduzir o titular do interesse lesado à condição em que se encontrava antes da violação”⁶². Tende-se, nesta senda, a buscar a neutralização do dano por meio da criação de “uma situação materialmente correspondente àquela que existiria sem a ocorrência do evento danoso (que consiste na denominada reparação do dano *in natura*)” (MARIN, 2011, p. 62), isto é, antes de se buscar uma compensação equivalente, esforçar-se a restaurar o estado de equilíbrio rompido.

Identifica-se o ressarcimento, em que a restituição *in natura* é substituída pelo pagamento do equivalente em dinheiro – ou o mais próximo disso (CAHALI, 1998, p. 41) – uma subsidiariedade (AGUIAR DIAS, 1986)⁶³.

Assim, a tutela ressarcitória terá lugar como forma de compensação, isto é, onde não for possível a restituição *in natura*, o ressarcimento servirá para que a vítima receba uma compensação pelo prejuízo econômico sofrido, ou nas lesões a bens jurídicos imateriais – como os direitos da personalidade – em que a função ressarcitória atuará diante da impossibilidade de restituição do bem na sua forma original para conceder ao lesado compensação ao prejuízo sofrido (MAZZAMUTO; PLAIA, 2012, p. 50-51).

Neste ponto, alguns autores identificam na indenização uma verdadeira transferência de prejuízo, isto é, o Estado atua sobre a relação jurídica privada para retirar uma parte do patrimônio do ofensor que corresponda ao prejuízo que a vítima sofreu, destinando a esta referida quantia a fim de preencher o vazio antes deixado pelo dano⁶⁴.

Por fim, Mazzamuto e Plaia (2012, p. 70) identificam a existência de uma tutela satisfativa, em que a tutela civil já não buscará o retorno ao *status quo ante*

⁶² Tradução nossa. No original: “sicché la riconduzione del titolare dell’interesse leso nella condizione in cui si trovava prima della violazione”.

⁶³ Para Díez-Picazo, o pagamento de uma indenização representa, na verdade, o trespassse da diminuição patrimonial de uma pessoa a outra. Dessa forma, o Estado, quando defere o pagamento de uma soma em dinheiro ao lesado, estaria endossando essa transferência patrimonial e elegendo a quem deve restar o dano. É o que se extrai das palavras do próprio autor: “Decidir que un daño debe ser indemnizado no significa otra cosa que traspasar o endosar ese daño poniéndolo a cargo de otro, porque si quien inicialmente lo sufrió, recibe una suma de dinero como indemnización, ello se producirá a costa de una disminución del patrimonio de aquél que ha sido obligado a indemnizar, empleando para ello otros bienes preexistentes” (DÍEZ-PICAZO, 1999, p. 42).

⁶⁴ Dentre estes, Jules Coleman (2013, p. 244-245) afirma que “La indemnización hace que la mayor parte de los gastos, si no la totalidad, pase del demandante al demandado, anulando de ese modo, en principio, los perjuicios que la conducta del demandado ha ocasionado a las víctimas.”

de dado conjunto de interesses por meio da via restitutória ou ressarcitória, mas a satisfação *in natura* do interesse inadimplido total ou parcialmente:

A tutela civil pode ser direcionada não à reprimenda da posição de um dado interesse – a respeito do qual pode-se dizer que o titular sofreu um prejuízo econômico que impõe a via restitutória e/ou ressarcitória – mas sim à satisfação *in natura* de uma posição subjetiva que restou não exercida ou não satisfatoriamente executada, como por exemplo uma prestação contratual: neste caso, a tutela é do tipo satisfativo e não objetiva restaurar uma situação originária, como acontece na tutela restitutória ou na ressarcitória, mas implementar uma situação subjetiva ou, de forma geral, um interesse que não foi satisfeito.⁶⁵

Cita-se, por exemplo, a possibilidade de o credor, em uma relação contratual, exigir o cumprimento específico da obrigação ao invés de sua conversão em perdas e danos, tal qual previsto no art. 475 do Código Civil⁶⁶, em que o detentor de uma posição contratual subjetiva exige do outro o cumprimento da obrigação que constitui a outra ponta do sinalagma de forma específica.⁶⁷

Outro exemplo que bem ilustra a tutela satisfativa é a garantia na compra de bens de consumo. Na análise de Mazzamuto e Plaia (2012, p. 71-74), trata-se de uma solução que respeita a relação entre autonomia de vontade e mercado. Diz-se isso porque, quando um bem adquirido apresenta um defeito, o consumidor/comprador pode exigir, à sua escolha – dessa forma restituindo-se a ele o exercício da liberdade de escolha –, a resolução do contrato, com resolução em perdas e danos, ou a substituição do bem adquirido por outro em condições

⁶⁵ Tradução nossa. No original: "*La tutela civile può essere volta non già al ripristino di un assetto di interessi dato – rispetto al quale possa dirsi che il titolare abbia subito un pregiudizio economico che impone la via restitutoria e/o risarcitoria – ma piuttosto al soddisfacimento in natura di una posizione soggettiva rimasta inattuata o inesattamente attuata, come ad es. una non è tesa a ripristinare una situazione originaria, come accade nella tutela restitutoria o risarcitoria, quanto ad attuare una situazione soggettiva o, più in generale, un interesse rimasti insoddisfatti*".

⁶⁶ Código Civil. Art. 475. A parte lesada pelo inadimplemento pode pedir a resolução do contrato, se não preferir exigir-lhe o cumprimento, cabendo, em qualquer dos casos, indenização por perdas e danos.

⁶⁷ É nesse sentido o exemplo de Mazzamuto e Plaia (2012, p. 70): "*Sul versante del diritto di credito, la tutela satisfattiva si traduce nella pretesa del creditore di ottenere l'esatta prestazione a fronte dell'inadempimento totale, del ritardo o dell'adempimento inesatto del debitore e presuppone, pertanto, l'attualità dell'interesse dell'avente diritto a ricevere la prestazione, nonostante l'iniziale condotta omissiva o commissiva di inadempimento del debitore, mediante il recupero delle utilità dovute a seguito della rinnovazione della pretesa dell'adempimento, ovvero la permanenza del suo interesse a conseguire comunque il risultato dedotto in obbligazione mediante la correzione della prestazione inesatta ricevuta e, dunque, con l'impiego di mezzi ulteriori rispetto a quelli originariamente dovuti*". Os autores definem a tutela satisfativa, com relação à exigência do cumprimento de uma posição contratual como "tutela in natura del credito" (MAZZAMUTO; PLAIA, 2012, p. 71).

perfeitas de uso, o que exige a produção e distribuição de bens de qualidade, tendencialmente orientadas para a manutenção do contrato, porque é mais eficiente do ponto de vista econômico⁶⁸.

No Brasil, verifica-se essa situação nos art. 18, §1º, I do Código de Defesa do Consumidor⁶⁹.

Da mesma forma com relação às obrigações de fazer. Sob a ótica liberal-individualista vigorava o princípio do "*nemo ad factum cogit potest*", isto é, ninguém pode ser coagido a prestar um fato, de forma que não pode o Estado cercear a liberdade de alguém de não realizar um fato, sendo possível, tão somente, impor-lhe as consequências da frustração da obrigação. A priorização da tutela satisfatória frente à tutela ressarcitória no direito dos contratos coaduna com um modelo que relaciona a promoção da autonomia de vontade – e, portanto, da liberdade individual do ponto de vista promocional da pessoa – e se atenta à melhor eficiência do contrato na reparação de danos causados aos consumidores:

Tudo isso marca um retorno à tutela *in natura*, não mais inspirada por aqueles valores solidaristas que, por antes, confiava na queda do denominado princípio de moldes liberal-individualista da incoercibilidade da obrigação de fazer (*nemo ad factum cogi potest*). A prioridade do remédio satisfativo em relação ao ressarcitório, no direito europeu dos contratos, reflete agora um novo modelo de relação entre autonomia privada e mercado, como também se alinha às recentes tendências dos diversos ordenamentos nacionais. (MAZZAMUTO, PLAIA, 2012, p. 77)⁷⁰

⁶⁸ Acerda desta afirmação, os autores estabelecem dois critérios que configuram a referida relação: "Emblematico è il modello di tutela racchiuso nella disciplina della vendita di beni mobili di consumo, ove la priorità dei rimedi ripristinatori, additata dai più come un'eccessiva compressione dell'autonomia del consumatore, appare in realtà frutto di un compromesso tra: a) le esigenze della produzione e della distribuzione, tendenzialmente orientate al mantenimento del contratto, perché più efficiente dal punto di vista economico; b) le esigenze dell'acquirente alla riappropriazione della libertà di scelta" (MAZZAMUTO; PLAIA, 2012, p. 73).

⁶⁹ Código de Defesa do Consumidor. Art. 18. Os fornecedores de produtos de consumo duráveis ou não duráveis respondem solidariamente pelos vícios de qualidade ou quantidade que os tornem impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade, com a indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou mensagem publicitária, respeitadas as variações decorrentes de sua natureza, podendo o consumidor exigir a substituição das partes viciadas. § 1º Não sendo o vício sanado no prazo máximo de trinta dias, pode o consumidor exigir, alternativamente e à sua escolha: I - a substituição do produto por outro da mesma espécie, em perfeitas condições de uso; [...]"

⁷⁰ Tradução nossa. No original: "*Tutto ciò segna un ritorno alla tutela in natura, non più ispirata a quei valori solidaristici cui, per l'innanzi, si affidava la deroga al declamato principio di stampo liberal-individualista dell'incoercibilità degli obblighi di fare (nemo ad factum cogi potest). La priorità del rimedio satisfativo su quello risarcitorio, nel diritto europeo dei contratti, rispecchia ora un nuovo modello di rapporto tra autonomia privata e mercato, ma si allinea anche a recenti tendenze dei diversi ordinamenti nazionali*".

A tutela satisfativa ou satisfatória prioriza, assim, o adimplemento específico da obrigação, em detrimento de outras formas de tutela como o ressarcimento e a restituição, de forma que se orientam a preservação dos negócios e igualmente a tutela e promoção da pessoa, ao devolver-lhe a liberdade de escolha e a possibilidade de exigir a prestação desejada.

No *Common Law* o estudo da responsabilidade civil delinea diferenças quanto à atuação das tutelas restitutória e ressarcitória. Quanto à responsabilidade contratual (*contract law*), *a priori*, a responsabilidade atua de forma a colocar a parte de volta ao lugar onde deveria estar, caso o contrato houvesse sido executado (*performed*); já na responsabilidade extracontratual (*torts*) o propósito da concessão de uma indenização é colocar a pessoa que sofreu um dano em um lugar correspondente àquele em que ela estaria se nenhum dano houvesse sofrido (MULLIS; OLIPHANT, 1993, p. 244). Nestes casos a indenização (*award of damages*) assume função compensatória (*compensatory damages*).

Há, assim, uma amálgama entre as funções restitutória e ressarcitória quanto à responsabilidade contratual, e uma função ressarcitória com relação aos danos extracontratuais, se se seguir a classificação apresentada até o momento em conformidade com o pensamento italiano.

O *Common Law* conhece, ainda, outras funções da responsabilidade civil voltadas à prevenção e punição que serão objeto de análise em tópico próprio.

A taxonomia apresentada ganhou igual relevância na discussão sobre a indenização do dano moral. A dificuldade de se conceber a indenização de um dano não tátil desafiou a doutrina e tem raízes profundas no Direito.

Como consta das lições de Zimmermann (1990, 1.012), vigorava na *Lex Aquilia* o princípio de que "o valor de um homem livre não pode ser mensurado em dinheiro", logo, a reparação de danos infligidos ao homem era inviável para o Direito Romano. Mesmo na contemporaneidade a compatibilidade entre a função de reparação e os danos não patrimoniais é objeto de questionamento, como, por exemplo, na França, onde Vincent Heuzé, professor da Université Paris 1 (Pantheón-Sorbonne), tece críticas acerca da aplicação do conceito de reparação aos casos de indenização de danos não patrimoniais.

O princípio da reparação integral é evidentemente um disparate para os danos que não podem realmente ser reparados e para as

vítimas a quem, por consequência, jamais será uma questão de se oferecer uma simples compensação. Este é o caso por excelência dos danos corporais e morais. Mas este é também o caso para a maioria dos danos econômicos.⁷¹ (HEUZÉ, 2005).

O mesmo raciocínio – da imensurável dimensão não patrimonial do ser – foi defendido por muito tempo como fundamento para negar a possibilidade de indenização dos danos extrapatrimoniais (AGUIAR DIAS, 1994, v. 2, p. 820-825). O argumento era no sentido de que, se concedida uma indenização a uma suposta lesão à moral de outrem, não seria passível de indenização, de forma que qualquer valor a que fosse condenado a pagar o ofensor teria, na verdade, caráter de pena (CAHALI, 1998, p. 33; CAHALI, 1980, p. 18).

O estudo da reparabilidade do dano moral motivou análises acerca da função reparatória da responsabilidade civil. Afinal, a reparação de um interesse patrimonial, aprioristicamente, não demanda maiores dificuldades - em havendo um prejuízo, este estará sujeito à recomposição pelo ofensor, seja em bens de mesma qualidade ou em soma correspondente em dinheiro.

Assim, à época, correntes defenderam o caráter eminentemente sancionatório da responsabilidade civil, o que será objeto de detida análise no tópico seguinte deste estudo, não a salvo das críticas de Pontes de Miranda. O jurista alagoano defendeu em seu tratado de Direito Privado que "é preciso que se não confunda a indenização do dano moral com a pena patrimonial. Diminui-se o patrimônio do responsável, sem se infligir pena" (MIRANDA, 2000, t. xxii, p. 221). Percebe-se, aí, a negativa ao caráter punitivo da indenização, com exaltação de sua função reparatória.

A questão acerca da possibilidade de se indenizar danos de natureza não patrimonial, isto é, onde o prejuízo não era claramente identificável, atormentava a cabeça dos juristas nascidos na era do patrimonialismo.

O lugar da pessoa ainda era de serva do patrimônio e, portanto, o servir do dinheiro ao pagamento de algo que não se podia tocar trazia dificuldades para a compreensão doutrinária.

⁷¹ Tradução nossa. No original: "*Le principe de la réparation intégrale est évidemment un non sens pour les dommages qui ne peuvent être réellement réparés et pour les victimes auxquelles, par conséquent, il n'est jamais question d'offrir qu'une simple compensation. Tel est par excellence le cas des préjudices corporels et moraux. Mais tel est également celui de la plupart des préjudices économiques*"

De outro lado, a doutrina abraçava o brocardo aquiliano de que "*Liberum corpus nullam recipit aestimationem*", sob os argumentos, tidos por José de Aguiar Dias (1986, p. 04)⁷² como "felizes, no sentido de que o dano moral não é reparável [...] porque os bens da alma são realmente inestimáveis".

É de se recordar que a tradição do Direito Civil é patrimonialista, e a esta regra não escapou a responsabilidade civil. Dessa forma,

sob o aspecto da patrimonialidade, o conceito de reparação está adstrito ao étimo 'indemnizar', que contém em si mesmo a idéia de colocar alguma coisa no lugar do bem lesado, ou seja, prover à vítima algo equivalente ao bem que perdeu. Indenizar, será, por conseqüência, suprir em espécie ou pecuniariamente à vítima a perda que sofreu. (PEREIRA, 2001, p. 54).

Para a doutrina que entende que a essencialidade da responsabilidade civil está em sua função reparatória, o dano é o elemento primordial de sua estruturação, e o dano corresponde, no entender de Caio Mário da Silva Pereira (2001, p. 54), a um prejuízo, seja ele material ou moral.

Já, para Aguiar Dias (1994, v.2, p. 812), a distinção entre dano moral e patrimonial para fins de reparação não se encontra na natureza do Direito, bem ou interesse lesado⁷³, e sim na repercussão – efeitos – que se identificarem no lesado.

⁷² Nas suas anotações de aula para o Curso de Especialização em Direito Civil promovido pela UEM em 1986, o Prof. José de Aguiar Dias deixa clara sua propensão a uma visão personalista da responsabilidade civil. Quando trata do dano moral, ressalta a valorização da pessoa humana e da possibilidade de se apreciar a existência de danos ressarcíveis por lesões à sua esfera extrapatrimonial, isto é, à sua personalidade. O trecho citado trata-se de crítica, com certo grau de ironia, em que José de Aguiar Dias aduz que um dos argumentos críticos à reparabilidade do dano moral que merece a conotação de feliz, isto é, ao menos compreensível, é o de que a personalidade do homem seria inestimável. O argumento é dotado de claro humanismo, contudo sob uma visão de intangibilidade do homem de forma que este jamais poderia ser convertido em valor. Como se sabe, não é a personalidade que se quantifica, até porque realmente os aspectos da personalidade humana são imensuráveis e não quantificáveis, de forma que a quantificação do dano moral é problema que recebe contínua atenção da doutrina e jurisprudência. Também nesse sentido José de Aguiar Dias (1994, v.2, p. 821) aduz que "o dano moral é o efeito patrimonial da lesão de direito e não a própria lesão, abstratamente considerada". A soma em dinheiro tem por objetivo compensar o dano causado, sem pretensão de equivalência exata e irreparável até porque, como conclui Aguiar Dias (1994, v.2, p. 823), "equivalência, em matéria de reparação do dano, não significa perfeita igualdade entre a indenização e o prejuízo", mas "uma *aproximação* do estado ideal que seria a restituição da vítima à situação anterior".

⁷³ Carlos Alberto Bittar (1999, p.45) define o dano moral como lesão a um direito da personalidade, isto é, a um bem jurídico: "[...] os danos em razão da esfera da subjetividade, ou do plano valorativo da pessoa na sociedade, em que repercute o fato violador, havendo-se, portanto, como tais aqueles que atingem os aspectos mais íntimos da personalidade humana (o da intimidade e da consideração pessoal), ou o da própria valoração da pessoa no meio em que vive e atua (o da reputação ou da consideração social)". Trata-se do posicionamento que entende o dano moral como a lesão a um bem jurídico ou interesse protegido. Já para o professor Antônio Chaves (1985, p. 607), dano moral "é a dor resultante da violação de um

A dificuldade da doutrina tradicional era de conceber a possibilidade de que os sentimentos não eram passíveis de indenização, posto não serem aferíveis economicamente (PEREIRA, 2001, p. 54).

A superação do dogma patrimonialista liberal pelo Direito demandou uma luta longa e vigorosa pelo reconhecimento da reparabilidade dos danos morais.

No Brasil essa divergência foi silenciada somente pela Constituição Federal de 1988, que consagrou a reparabilidade do dano moral em seu art. 5º, incisos V e X, o que, nas palavras de Schuch (2012, p. 52), “colocou uma pá de cal sobre as divergências ao estabelecer, de forma clara e autônoma, o direito à indenização dos eventuais Danos Morais”.

É fato de que a responsabilidade civil será orientada, primordialmente, à reparação do dano causado, seja quanto aos danos materiais ou aos danos morais ou não econômicos. A compensação visa a reestabelecer o equilíbrio social, voltando-se prioritariamente à vítima. Esse princípio geral da responsabilidade civil, referente à necessidade reparação do dano, é coincidente tanto na tradição romano-germânica quanto na *Common Law*, como se pode aferir do precedente citado por Mullis e Oliphant (1993, p.244):

Como disse Lord Sarman no caso *Lim Poh Choo v. Camden and Islington Area Health Authority* [1 980] AC 174, at 187, ‘o princípio da lei é que a compensação deve, da forma mais aproximada possível, colocar a parte lesada na mesma posição em que esta estaria se não houvesse sofrido o ilícito’⁷⁴.

Não só de reparação vive a responsabilidade civil, contudo, e, em ambos os sistemas jurídicos, uma multifuncionalidade é reconhecida.

Dissecar as formas de tutela inseridas na função reparatória ajuda a entender o próprio caráter multifuncional da responsabilidade. A multifuncionalidade mostra-se relevante frente à sociedade contemporânea em

bem juridicamente tutelado sem repercussão patrimonial. Seja a dor física – dor sensação como a denomina Carpenter –, nascida de uma lesão material; seja a dor moral – dor-sentimento – de causa material”, ou seja, ainda que reconheça a lesão, define o dano como a “dor”, o “sentimento”, a “sensação”. Adota-se essa posição em detrimento àquela que entende o dano moral como o sentimento causado na vítima. Toma-se esse posicionamento por se entender que o Direito, ao estabelecer uma tutela, estabelece esta tutela sobre algo, um bem jurídico, e que, no caso do dano moral, o bem jurídico tutelado é a pessoa e seus direitos personalíssimos, que não se relacionam de forma taxativa, mas não se reduzem ao sentimento ou sensação provocada pelo dano, estes, efeitos da lesão, mas não a lesão em si.

⁷⁴ Tradução nossa. No original: “As Lord Scarman said in *Lim Poh Choo v. Camden and Islington Area Health Authority* [1 980] AC 174, at 187, ‘the principle of the law is that compensation should as nearly as possible put the party who has suffered in the same position as he would have been in if he had not sustained the wrong’”

que há expansão de fatos sociais apreensíveis pela responsabilidade civil e em que a tecnologia impõe ao Direito situações nunca analisadas.

2.2 A função punitiva

Que a responsabilidade teve originariamente uma função sancionatória é incontroverso. Este caractere, ainda que "abandonado" no tempo de Roma, acompanhou a responsabilidade pelos séculos.

Para Francisco Amaral (2014, p. 602), a própria natureza da responsabilidade civil é sancionatória, ainda que indireta, e objetiva ao cumprimento de uma função preventiva e outra restauradora. Diz-se indireta porque tenta reestabelecer o equilíbrio rompido pelo dano, restituindo o lesado ao estado anterior, por meio de uma indenização, em face da impossibilidade de exato restabelecimento.

E ainda que a codificação oitocentista tenha promovido o apartamento entre a responsabilidade civil e a responsabilidade penal, a noção de que a responsabilidade civil exercia uma função sancionatória sobre o indivíduo permaneceu e permanece até os dias atuais.

Pontes de Miranda identifica que a responsabilidade civil é um fato social que resulta de relações da vida e, portanto, também decorre de fatos sociais (MIRANDA, 2000, t. liii, p. 4). E, como fato social apreendido em sociedade, a responsabilidade demanda uma resposta do Direito⁷⁵. Analisando o conceito de fato social⁷⁶, Émile Durkheim (1997, p. 40) pondera:

Se tento violar as regras do Direito, estas reagem contra mim de tal maneira que impedem meu ato se ainda houver tempo, ou o anulam e o restabelecem em sua forma original se já é irreparável; ou me fazem pagar se já não pode ser reparado de outra maneira⁷⁷.

⁷⁵ Segundo Celso A. Pinheiro de Castro (1985, p. 206), o próprio Direito pode ser considerado um fato social, pois "é um fenômeno social, configurado temporal e espacialmente, que sofre mudanças e que apresenta manifestação morfológica e significação funcional, patente e latente".

⁷⁶ Durkheim (1997, p. 44-45, tradução nossa) define fato social como "*modos de agir, pensar e sentir, exteriores ao indivíduo, os quais estão dotados de um poder coativo em razão do qual se impõe sobre ele*".

⁷⁷ Tradução nossa. No original: "*Si intento infringir las reglas del derecho, éstas reaccionan contra mí de tal manera que impiden mi acto si están a tiempo, o lo anulan y lo restablecen bajo su forma normal si ya es irreparable; o me lo hacen expiar si ya no puede ser reparado de otra manera*".

Complementa o sociólogo apontando que a consciência pública é vigilante sobre as condutas dos cidadãos e reprime os atos que a ofendem, por meio dessa própria vigilância e pela aplicação de penas e castigos específicos. Essa coação, ainda que leve, está presente em todos os atos que buscam uma resposta a atos que ofendem contra as convenções da sociedade (DURKHEIM, 1997, p. 40).

Cabe ao Direito organizar essas sanções de forma ordenada e sistematizada, a fim de que o Estado venha a monopolizar a coercitividade que é intrínseca ao Direito (REALE, 2004, p. 73).

O Direito exerce a coação sobre os atos dos indivíduos que ofendem a sociedade, de forma que Reale (1999, p. 673), a caminho da construção de seu conceito tridimensional de Direito, a define como "a *força disciplinada*, exercida nos limites legitimados pela tutela necessária de bens da convivência".

A coação, a qual está vinculada ao caráter coercitivo da norma jurídica (AMARAL, 2014, p. 108), é gênero da qual a sanção é espécie (REALE, 1999, p. 673). O jurista responsável pelo Código Civil de 2002 ressalta o caráter múltiplo das sanções, sendo uma delas "o ressarcimento de perdas e danos sob forma de equivalente indenização" (REALE, 1999, p. 673). Reconhece Reale (1999, p. 673) que as sanções podem assumir funções preventiva, repressiva ou premial.

E aqui cabe diferenciar a coação social genérica, identificada sociologicamente por Durkheim, da coação jurídica. A coação social é pressão social, que pode ou não ser exercida pelo Direito, um dos meios de sua realização. Já a coação jurídica se dá por meio de uma pressão, como no fato social genérico, mas realizado por uma estrutura ou forma em uma organização específica, que recebe a denominação anglicana de *social control* (REALE, 1999, p.674-675).

A existência de um dano importa no rompimento da ordem social, do equilíbrio da sociedade. O sistema jurídico dispõe de, em regra, dois caminhos para restabelecer o equilíbrio rompido, um de cunho punitivo – penal – e outro de cunho reparatório – responsabilidade civil. Não há, contudo, exatidão de que ambos funcionarão em todo e qualquer fato, tampouco que entre eles não possa haver nenhuma intersecção, ao contrário, o fundamento que justifica o acionamento da resposta jurisdicional, seja penal ou civil, é o mesmo, o que se diferencia são as condições em que cada uma das obrigações vem a surgir (AGUIAR DIAS, 1994, t. I, p. 16).

Aguiar Dias traz, ainda, com base nos ensinamentos de Alimena (1922, p. 1 *apud* AGUIAR DIAS, 1994, t. I, p. 16-17) que

A conclusão a que chegou Alimena, em crítica aos critérios propostos para distinguir o ilícito civil do penal, é a de que é impossível separar, com um corte nítido, as duas espécies, assim como não há maneira de diferenciar (o que não importa em negar a diferença), de forma satisfatória, a pena de indenização. [...] No ilícito penal e no civil há uma característica fundamental comum: a existência de um fato contrário ao direito, a saber, a violação da norma jurídica. Extrinsicamente, a diferença se acentua nas consequências que uma ou outra das violações acarreta: do ilícito civil deriva ou a execução forçada, ou a obrigação de indenização, ou de restituição, ou a declaração de nulidade do ato; o ilícito penal, podendo produzir todos esses resultados e consequências, provoca, além delas, uma consequência especial, a pena. Numa palavra, o ilícito civil acarreta coação patrimonial e o ilícito penal determina coação pessoal.

As aproximações entre Direito Civil e Direito Penal acentuam-se quando se trata da função punitiva da responsabilidade civil. Há doutrina que defende a posição de que a própria obrigação de reparar os danos decorrentes de ilícito teria caráter de sanção (DE CUPIS, 1966, p. 9 *apud* CAHALI, 1998, p. 36), de forma que Yussef Cahali (1998, p. 36) afirma que "o mecanismo protetivo da norma geral do ressarcimento ou da reparação – *neminem laedere* – caracteriza-se pela sua natureza mista", isto é, uma reação do ordenamento jurídico à prática de um ilícito, logo, com caráter de sanção. E conclui dizendo que "o dever de indenizar representa por si a obrigação fundada na sanção do ato ilícito" (CAHALI, 1998, p. 37), sendo este, em última análise, o fundamento ontológico da responsabilidade civil, qual seja, o caráter sancionatório e aflitivo, este último no sentido de castigo (ROSENVALD, 2017, p. 37).

A responsabilidade pode ser identificada, em sentido amplo, como sanção, ainda que se tratando apenas de seu caráter reparatório. Isso porque, seguindo-se o conceito acima trabalhado, trata-se de um meio de pressão exercido sobre aquele que ofende uma norma de convivência – jurídica – a quem é imposto, por meio de uma estrutura ou forma pré-ordenada e especificamente dirigida, a obrigação de realizar um ato, estando, aí, o elemento coativo. Nesse sentido, aduz Albuquerque Júnior (2016, p. 94):

Do ponto de vista da teoria geral do direito, a regra que estabelece o dever de indenizar próprio da responsabilidade civil constitui norma secundária, que incide após o descumprimento da norma primária que exige a obediência de determinada conduta

Carnelutti (1941, p. 100 – 102) identifica que a responsabilidade civil realiza papel repressivo da conduta social, isto é, que por meio da imposição de um dever de ressarcimento e de reparação, que, para o jurista, representam figuras híbridas entre as sanções de restituição e da pena, o Direito, "para induzir alguém a que se abstenha da violação de um preceito [...] o ameaça com a cominação de um mal maior do que aquele que lhe provocaria a sua observância" (CAHALI, 1980, p. 21) - a esse mal maior denomina Carnelutti (1941, p. 100 – 102) "sanção econômica do preceito".

Hodiernamente, a doutrina mantém, quanto a esse ponto de vista, a mesma visão, ainda que não de forma pacífica. Há, contudo, forte corrente no sentido de que a responsabilidade civil carrega em seus genes a marca do caráter sancionatório da qual se originou:

As consequências [da responsabilidade] são sentidas no patrimônio do agente, nele esgotando-se, dentro da idéia de sanção civil de que se reveste, em concreto, a responsabilidade (de *respondere*: 'responder a'), aliás, em função de suas próprias e remotas raízes na Antigüidade. (BITTAR, 2001, p. 3)

Nesse sentido, ROSENVALD (2017, p. 101) aduz que "O ressarcimento será consequência negativa (sanção) do acerto da responsabilidade". O conceito de sanção, contudo, é amplo e pode ser utilizado tanto no significado até aqui empreendido, isto é, de coação frente a um ato contrário ao Direito Objetivo, qual seja, "a norma ou o conjunto de normas que se aplicam aos indivíduos (ou às coletividades) e que devem ser observadas sob pena de sanções" (LÉVY-BRUHL, 2000, p. 8), ou como pena ou punição⁷⁸.

A distinção surge no Direito romano quando se facultam ao ofendido a reação ao dano pela via reparatória ou a busca de uma sanção penal privada (CRETELLA JÚNIOR, 2002, p. 238).

A fase de pena privada da responsabilidade civil restou superada no Direito romano, e seus traços foram paulatinamente abandonados pelo Direito Civil no século XX, nesse sentido, a conclusão de Aguiar Dias frente à defesa que Starck faz da pena privada e sua aplicação face aos graus de culpa na

⁷⁸ Entende-se no âmbito penal que o conceito de pena ou punição pode ser definido como "a privação de bens jurídicos que o Estado impõe ao autor de um delito na medida tolerada pelo sentimento social médio de segurança jurídica e que tem por objeto ressocializar, para evitar novos ataques a bens jurídicos penalmente tutelados" (ZAFFARONI, 1998, p. 77, tradução nossa)

responsabilidade, dizendo que, quanto à pena privada na responsabilidade civil, "Sua história é a história do seu progressivo desaparecimento" (AGUIAR DIAS, 1994, t. II, p. 819).⁷⁹

A pena tem por característica refletir não preocupação com a existência de um prejuízo, logo, o objetivo final de contenção e restabelecimento do equilíbrio social restaria relegado a um segundo plano (AGUIAR DIAS, 1994, t. II, p. 819-820).

O referido desaparecimento da pena privada, e da própria culpa, relaciona-se com a repersonalização da responsabilidade civil.

A visão de uma função de pena da responsabilidade civil correlaciona-se com um olhar direcionado à persecução do agente, daquele que cometeu o ilícito, ficando a reparação dos danos da vítima em segundo plano (FROTA, 2013, p. 199).

Na teoria que se constrói para a responsabilidade no âmbito civil dentro da legalidade constitucional, o foco é a reparação da vítima, e não a persecução do ofensor (EHRHARDT JÚNIOR, 2012, *passim*).

A construção de um sistema de responsabilidade vingativo, pautado na aplicação de uma pena privada, está na contramão de uma tendência relacionada ao desaparecimento da culpa (CATALAN, 2013, *passim*), próprio do processo de objetivização da responsabilidade que se desenvolveu no último século e com a socialização do dano que defende parte da doutrina. Dessa forma, falar em função de punição da responsabilidade civil na contemporaneidade poderia representar um anacronismo (ROSENVALD, 2017, p. 42).

Contribui para esse progressivo abandono da pena privada a inversão no prisma da responsabilidade, levando à vítima o olhar do sistema que antes era ocupado pelo ofensor. Assim, o foco da responsabilidade passa a ser o dano e não o ato ilícito (ALBUQUERQUE JÚNIOR, 2016, p. 93).

O fato é que, no sistema de *Civil Law*, a aplicação de uma responsabilidade civil punitiva é duramente criticada pela doutrina que se refere à

⁷⁹ No relato de Luciano Benetti Timm (2005, p. 150), é possível identificar que o abandono da pena privada, ou seja, da noção de punição dentro da responsabilidade civil, significa, aos olhos de grande parte da doutrina, uma evolução, ou seja, a passagem de um modelo mais rudimentar para um mais refinado de responsabilidade: "Da mesma maneira, é freqüente na doutrina romanista a descrição da responsabilidade civil no Direito antigo, evoluindo, de uma vingança privada, ligada a uma idéia de pena e totalmente objetiva, até à noção subjetiva reparatória prevista na Lex Aquilia".

implantação de uma pena privada decorrente da responsabilidade, chegando-se à conclusão, inclusive, da total incompatibilidade dessa função com a responsabilidade civil romano-germânica (ALVIM NETTO, 2011, p. 1.046).

Grande parte da doutrina refere-se, de forma irônica, à adoção de uma punição decorrente da responsabilização civil do agente como se fosse "um **instrumento mágico**, dotado de um **mirabolante** efeito de desestímulo, que inauguraria um absoluto **far west** no plano do Direito Civil" (ROSENVALD, 2017, p. 43, grifos do autor).

Não só no Brasil, conforme relata Rosenvald (2017, p. 43), mas também no Direito italiano, De Cupis ressaltava que aqueles que defendiam a aplicação de uma pena por meio da responsabilidade civil eram taxados de imbecis, reacionários, obtusos e fechados ao pensamento moderno, por estarem propondo o que se julgava uma involução, um retorno ao arcadismo do Direito de outrora (DE CUPIS, 1986, p. 958 *apud* ROSENVALD, 2017, p. 43). Desde o início deste século, tem-se notícia da tentativa de que os *punitive damages*⁸⁰ americanos fossem absorvidos pelo sistema jurídico italiano, contudo, até recentemente a possibilidade de uma função punitiva da responsabilidade civil era rechaçada.

No sistema de *torts* do *Common Law*, ainda que se reconheça como função primordial a compensação da vítima (ALPA; COESTER; MARKESINIS; ULLSTEIN; 2005, p. 45), admite-se a existência de imposição de uma pena civil consistente em um valor que serve de retribuição à vítima em razão de um ilícito agravado, ao mesmo tempo em que corresponde a uma resposta do sistema de justiça ou equidade (WALKER, 2018, p. 374; BELL; PEARCE, 1987, p. 4) e que tem por finalidades punir o ofensor e prevenir a existência de reincidência por parte do agente (ZACK, 2012, p. 367).

O surgimento dos *punitive damages* remonta a meados do século XVIII na Inglaterra, sob a denominação de *exemplary damages*. No caso, o governo à época, por meio de servidores públicos, cerceou deliberada e injustamente a

⁸⁰ Segundo o *Black's Law Dictionary*, os *punitive damages* podem ser definidos como "Damages awarded in addition to actual damages when the defendant acted with recklessness, malice, or deceit; [...] Also termed *exemplary damages*; *vindictive damages*; *punitory damages*; *presumptive damages*; *added damages*; *aggravated damages*; *speculative damages*; *imaginary damages*; *smart money*; *punies*." (GARNER, 2009, p. 448). Em tradução livre: "Danos conferidos em complemento aos danos efetivos quando o réu agiu com culpa grave, malícia ou calúnia intencional; [...] Também denominado *exemplary damages*; *vindictive damages*; *punitory damages*; *presumptive damages*; *added damages*; *aggravated damages*; *speculative damages*; *imaginary damages*; *smart money*; *punies*".

liberdade de indivíduos por desejar calar as publicações do jornal intitulado "North Briton" do qual o político John Wilkes era sócio. Por entender se tratar de conduta de gravidade ímpar, os juízes ingleses, no silêncio da lei quanto a uma resposta adequada a essa grave ofensa, concederam uma indenização não compensatória, mas punitiva (BROOKE, 2009, p. 1).

No sistema norte-americano, a imposição de *punitive damages* é realizada por um júri, conforme uma série de critérios normalmente regulados por legislações estaduais, mas que podem ser concentrados e sistematizados, como fez Sustein (2002, p. 75) ao apontar que o autor da ação que busca uma condenação por *punitive damages* deve provar que o réu intencionalmente lesou a vítima – restando aqui presentes não só a culpa lato sensu, mas o dolo – ou, se por uma falta de cuidado, lesou a vítima, por meio de atos caracterizados pelo deliberado desprezo à ciência da provável ocorrência do dano ou de um grave desvio dos padrões ordinários de cuidado.

Já Walker (2018, p. 381) identifica quatro elementos que são geralmente considerados⁸¹ para a aplicação de uma indenização punitiva: (a) a existência de um dano efetivamente causado a um bem jurídico tutelável – *actual damages* – que seja possível de compensação/reparação; (b) a presença de dolo ou culpa grave - *recklessness*⁸²; (c) a presença de evidências preponderantes que sejam capazes de demonstrar, de forma clara e convincente, a existência de responsabilidade do réu; (d) a fixação do *quantum* indenizatório (punitivo) de forma razoavelmente proporcional à compensação do dano (p. ex. Arizona, Arkansas, Califórnia, Colorado, Delaware etc.) ou à extensão do dano efetivo em si (p. ex. Kentucky, Missouri e New Jersey), contudo, de forma extensiva e flexível quanto à interpretação desses critérios.

A aplicação dos *punitive damages* no Direito Estadunidense não passou ao largo de críticas e muita polêmica⁸³. As principais críticas residiam quanto ao

⁸¹ No texto, o autor diferencia, de forma específica e detida, as nuances das legislações estaduais dos Estados Unidos da América quanto aos critérios autorizadores da imposição de *punitive damages*; aqui a análise é feita de forma homogênea quanto aos critérios mais comuns indicados pelo próprio autor. Para uma análise detida, conferir o original.

⁸² Aponta Walker (2018, p. 384) que o conceito de culpa grave – *reckless* – pode se apresentar, em uma conceituação sistemática, de duas formas: *reckless disregard*, isto é, um desprezo gravemente culposo pelo bem-estar dos outros indivíduos em sociedade, ou como *deliberate indifference*, que nada mais é do que uma culpa consciente, detidamente, uma indiferença deliberada para com o bem-estar dos demais.

⁸³ Relata WILCOX (2009, p. 32) que, no caso *Fay vs Parker* (1873), o juiz responsável pelo caso proclamou sobre os *punitive damages* o seguinte: “a monstrous heresy... an unsightly and

dito caráter injusto, imprevisível, tendenciosamente excessivo e desproporcional quanto ao dano, conferindo ao lesado um valor financeiramente elevado frente à efetiva lesão (ZACK, 2012, p. 366)

Para além, a crítica voltou-se à própria constitucionalidade do instituto frente à ordem jurídica em que este está inserido, principalmente por violar o devido processo legal ante a ausência de critérios claros de fixação da indenização punitiva que, por muitas vezes, acarretavam em falta de previsibilidade (ZACK, 2012, p. 369; OWEN, 1994, p. 401).

Nesse sentido, também Sustain *et al* (2002, p. 75-77) apontam que o júri, na fixação das indenizações punitivas, pecava quanto a seguir estritamente os critérios legais para concessão e arbitramento dos *punitive damages*, bem como que suas decisões eram tomadas com alta influência de uma moralidade casual formadora de pré-conceitos ocultos⁸⁴ na mente que substituíam os princípios legais, quando da formação da opinião sobre a culpa do acusado. Tal conduta tendia a caracterizar violação ao devido processo legal e ao próprio conceito de justiça procedimental (ZACK, 2012, p. 369).

Há críticas, ainda, no sentido de que os *punitive damages* ou *exemplary damages* não respeitam a linha divisória entre as tutelas civil e penal, a falta de definição exata dos casos aplicáveis e a concessão de um prêmio ao lesado muito superior ao necessário para se reparar a lesão (WILCOX, 2009, p.32-34).

Em 1998 foram fixados pela Justiça britânica alguns critérios quantitativos para limitar a quantificação dos *punitive damages*. No caso *Thompson v Commissioner of Police of The Metropolis*, o juiz Lord Woolf definiu critérios gerais para a fixação de *punitive damages* em casos de prisão ilegal ou investigação policial maliciosa (abuso de autoridade):

- a) o autor já foi compensado pela lesão e qualquer concessão de danos compensatórios e agravados inclui, do ponto de vista do réu, uma medida de punição;
- b) o júri deve conceder *punitive damages* apenas se, na sua opinião, os danos básicos e agravados são inadequados para punir o réu por comportamento opressivo, arbitrário ou inconstitucional;
- c) a concessão de *punitive damages* representa um ganho inesperado para o autor e a concessão de tais danos pode

unhealthy excrescence, deforming the symmetry of the body of law...out of place, irregular, anomalous, exceptional, unjust, unscientific, not to say absurd and ridiculous when classed among civil remedies".

⁸⁴ Sobre a influência dos pré-conceitos na tomada de decisões cf. KAHNEMAN, 2012.

significar que tal quantia pode não estar disponível para ser gasta pela polícia em benefício da população; e
 d) o valor dos *punitive damages* não pode ser maior que a quantia mínima necessária para demonstrar a repulsa do júri ao comportamento do réu. (WILCOX, 2009, p. 39)⁸⁵

Foram fixados limites de indenização punitiva não inferior a 5 mil libras e não superior a 25 mil libras, devidamente justificada pelo júri, ou, em patamar máximo, para casos envolvendo diretamente oficial, ou, ao menos, superintendentes, o valor de 50 mil libras (WILCOX, 2009, p. 39).

Parametrizações como as que ocorreram no Direito inglês foram também necessárias no Direito estadunidense. No emblemático caso *Phillip Morris USA v. Williams*⁸⁶, o júri condenou a empresa americana ao pagamento de US\$ 79.500.000,00 a título de *punitive damages*, e o tribunal do Estado do Óregon manteve o valor fixado em defesa da autonomia de sua *tort law*. A *Supreme Court* analisou o caso para decidir sobre a existência de violação à cláusula do *due process of law* por insuficiência das instruções concedidas ao júri. Em linhas gerais, entendeu a *USA Supreme Court* que tal decisão, tomada por um júri motivado pelo desejo de punir, sem que a vítima – falecida – estivesse ali presente, violava a *Constitution's Due Process Clause*, revelando o caráter personalíssimo da legitimidade por *punitive damages*, afora de reputar inconstitucional a perda patrimonial não submetida a referido processo legal constitucionalmente previsto (ZIPURSKY, 2007, *passim*). Os *punitive damages* passam, portanto, por frequente debate também na *Common Law*.

O caráter punitivo e a confusão entre Direito Civil e Penal, ou pelo menos a aproximação entre os campos, fica evidente, a ponto de Owen (1994, p. 365)

⁸⁵ Tradução nossa. No original: "a) *the plaintiff has already been compensated for his or her injuries and any award of compensatory and aggravated damages includes, from the defendant's viewpoint, a measure of punishment; b) the jury should award punitive damages only if, in their view, the basic and aggravated damages are inadequate to punish the defendant for oppressive, arbitrary, or unconstitutional behavior; c) a punitive damages award provides a windfall to the plaintiff and an award of such damages may mean that that amount may not be available to be spent by the police for the benefit of the public; and d) the amount of punitive damages should be no greater than the minimal amount needed to mark the jury's disapproval of the defendant's behavior.*"

⁸⁶ Sobre o caso, informa Zipursky (2007, p. 134): "Mayola Williams persuaded a jury that Philip Morris fraudulently concealed the addictive and carcinogenic aspects of its product from the public and thereby killed her husband. The jury awarded \$821,000 in compensatory damages and \$79.5 million in punitive damages. That is a nearly 100:1 ratio, far greater than the single-digit ratio designated by the Court as a presumptive limit only four years earlier in *State Farm Mutual Automobile Insurance Company v. Campbell*".

alegar que os *punitive damages* estão “em um verdadeiro sentido ‘quase-criminal’, ficando a meio caminho, entre o Direito Civil e o direito criminal”⁸⁷. Além disso, é pressuposto dos *punitive* ou *exemplary damages* a existência de dolo ou de culpa grave, o que contrasta frontalmente com os desenvolvimentos da responsabilidade civil no Direito Civil constitucional, a qual tende à objetivização e ao abandono do elemento culpa como fator de imputação, dada a sua subjetividade e as já citadas dificuldades probatórias que recaem sobre a vítima do dano, muitas vezes revitimizada pelo não ressarcimento dos danos sofridos decorrentes do filtro leonino da culpa.

Ocorre que a tradição do Direito europeu se desenvolveu no sentido de afastar, do cerne da responsabilidade civil, o elemento subjetivo, separando as normas com função de indenização daquelas com a função punitiva, a qual Díez-Picazo (1999, p.44) aduz ser típica e restrita ao Direito Penal e ao Direito Administrativo sancionador.

Mesmo assim, a experiência dos *punitive damages* transformou-se em tentadora solução para os países de *Civil Law* que viam, na expansão dos danos, um problema a ser resolvido. A possibilidade de se impor ao praticante de um ilícito o pagamento de vultuosa indenização que, para além da compensação, representaria verdadeira sanção punitiva, passou a ser trabalhada na doutrina de diversos países de tradição romano-germânica.

Na França, há tranquila concordância de que a responsabilidade civil não se limita à reparação de danos, mas exerce também as funções de prevenção e punição (BORGHETTI, 2009, p. 56). Atesta Borghetti (2009, p. 61-63) que os *punitive damages* acabaram influenciando o arbitramento da indenização pelo Judiciário: “parece muito claro que as cortes às vezes concedem indenizações que não são quantificadas somente com base no dano sofrido, mas também direcionadas a punir o lesante” (BORGHETTI, 2009, p. 63)⁸⁸.

Ou seja, a despeito de existirem no sistema francês exemplos de pena privada (cláusula penal, astreintes, pagamento em dobro de indenização pela seguradora), tal qual no brasileiro, dado a sua inegável influência na codificação

⁸⁷ Tradução nossa. No original: “*in a real sense 'quasi-criminal', standing half-way between the civil and the criminal law.*”

⁸⁸ Tradução nossa. No original: “*it seems quite clear that the courts do sometimes award damages which are not measured solely on the basis of the harm suffered, but are also intended to punish the tortfeasor*”.

civil nacional, a principal influência dos *punitive damages* foi a internalização de um elemento punitivo-pedagógico na fixação do *quantum* indenizatório. Igualmente, e da mesma forma equivocada, o Judiciário brasileiro acabou por confundir o que seriam os *punitive damages* em si e o que seria a finalidade de desestímulo, presente em uma função punitiva, da responsabilidade civil. É o que se nota, por exemplo, quando os termos *punitive damages* e teoria do desestímulo são utilizados como sinônimos (ARAÚJO FILHO, 2014, p. 345).

Também na Alemanha o relato é de que, tal qual no Brasil, quando do reconhecimento da possibilidade de indenização de danos extrapatrimoniais, conferiu-se ao valor concedido, inicialmente, um possível caráter punitivo, o que, em razão da expressa adoção pela norma constitucional alemã do princípio *nulla poena sine lege* acabou afastado. O Direito alemão não conhece como forma de sanção punitiva a concessão de indenização. Mesmo a restituição do lucro ilícito é explicada como restauração do equilíbrio entre as partes e não como punição (JANSEN; RADEMACHER, 2009, p. 75-81).

Igualmente não se verifica a existência de *punitive damages* na Hungria, contudo há previsão de que, nos casos de intervenção nos direitos da personalidade, caso entenda a Corte julgadora que o ato ilícito é grave, pode impor o pagamento de pena civil na modalidade de multa a ser revertida em prol da sociedade. Reconhece-se, além disso, um efeito pedagógico nas indenizações por danos extrapatrimoniais (MENYÁRD, 2009, p. 91-95).⁸⁹

De forma semelhante na Itália, a opinião mais difundida é a de que a função principal das indenizações decorrentes de responsabilidade civil, verificada nas hipóteses em que a *fattispecie* que configura o ilícito civil é concomitantemente um delito penal, é de dissuasão e castigo, para além do ressarcimento (GALLO, 2000, p. 35).

Recentemente, contudo, a jurisprudência italiana provocou uma virada de mesa histórica ao julgar a exequibilidade de três sentenças provenientes do Estado da Flórida – USA - onde houve condenação do réu ao pagamento de

⁸⁹ Segundo Atilla Menyárd (2009, p. 92), são estes os critérios de aplicabilidade de referida sanção civil: "The prerequisites for imposing such public fine on the defendant are that: 1. a wrongful interference with the plaintiff's personality (inherent) rights exists; 2. the defendant would be liable for damages for the wrongful interference with the plaintiff's personality rights according to the general rules of liability (§ 339 ff. of the Hungarian Civil Code); and 3. the damages awarded would not be proportionate to the gravity of the wrongfulness of the defendant's conduct".

compensatory damages (função reparatória) e *punitive damages* (pena civil – função punitiva).

A decisão⁹⁰ foi proferida em recurso oposto contra decisão da Corte de Cassação de Veneza que declarou eficazes e exequíveis na Itália as três decisões, contudo, segundo o recorrente, sem se atentar à qualificação jurídica dos danos que estavam compreendidos na decisão cujo cumpra-se era perseguido. A Corte aduziu que desde 2007 havia firmado o entendimento de que, no ordenamento jurídico italiano, a responsabilidade civil exercia uma monofuncionalidade voltada à restauração da esfera patrimonial do indivíduo lesado. Apontou a Corte que a referida decisão recebeu volumosa crítica doutrinária, no sentido de que a monofuncionalidade não era compatível com o estado contemporâneo de dinamicidade da responsabilidade civil.

A Corte Suprema de Cassazione, então, pronunciou-se no seguinte sentido:

Em apertada síntese pode-se dizer que ao lado da preponderante e primária função compensativo-reparatória do instituto (que invariavelmente se volta à dissuasão) emerge uma natureza polifuncional (um autor relatou mais de uma dezena de funções), que se projeta para várias áreas, entre as quais, seguramente, são principais a preventiva (ou impeditiva ou dissuasiva) e aquela sancionatório-punitiva (ITALIA, 2017, p. 17).⁹¹

Assim, a Corte italiana reconheceu que a responsabilidade civil contemporânea é polifuncional e que, dentre as inúmeras funções identificadas doutrinariamente, é possível conceber uma função sancionatório-punitiva, razão pela qual conferiu exequibilidade às sentenças estrangeiras que previam o pagamento de *punitive damages*. Atestou ainda que a polifuncionalidade não é ontologicamente incompatível com o ordenamento jurídico italiano – o que pode, por comparação, ser também concluído em relação ao Direito brasileiro, já que a monofuncionalidade reparatória também reina por aqui – e que responde à necessidade de dar efetividade à tutela jurídica da responsabilidade civil (ITALIA, 2017, p 20).

⁹⁰ Cf. ITALIA, 2017.

⁹¹ Tradução nossa. No original: "*In sintesi estrema può dirsi che accanto alla preponderante e primaria funzione compensativo riparatoria dell'istituto (che immancabilmente lambisce la deterrenza) è emersa una natura polifunzionale (un autore ha contato più di una decina di funzioni), che si proietta verso più aree, tra cui sicuramente principali sono quella preventiva (o deterrente o dissuasiva) e quella sanzionatorio-punitiva*".

Por fim, em Portugal, segundo Henrique Sousa Antunes (2019, p. 131), "Defender a possibilidade de a responsabilidade civil gerar efeitos punitivos parece a manifestação de uma impropriedade técnico-jurídica, um erro primário de um jurista impreparado". A dura crítica revela a repulsa do autor ao reconhecimento de qualquer função punitiva no âmbito da responsabilidade civil tendo em vista o atual sistema normativo e a construção teórico-dogmática portuguesas. Sustenta sua posição com base em reiteradas diretivas, relatórios e recomendações do Parlamento Europeu de que as indenizações punitivas são estranhas à grande maioria dos países europeus e que fomentam uma cultura de litígios abusivos.

Ao final, contudo, acaba por sugerir alteração na legislação civil portuguesa para admitir a aplicação de pena pecuniária nos casos de violação ilícita e dolosa do direito de outrem, proporcional à gravidade da lesão, a pedido do lesado e considerando o histórico do ofensor. Ainda, como sugere o autor, não pode o lesante estar acobertado por seguro, tampouco ter incorrido em conduta penal, sendo que, ao final, o montante fixado incumbirá ao lesado (ANTUNES, 2019, p. 142).

É no campo das indenizações por danos extrapatrimoniais que a função punitiva se manifestou doutrinariamente por primeiro nos países de tradição romano-germânica. Principalmente em razão da dificuldade de se justificar uma compensação a danos extrapatrimoniais segundo os postulados da responsabilidade civil dominantes durante o século XX:

A ressalva, contudo, deve existir no campo do dano moral, eis que o princípio da reparação integral envolve sérias dificuldades práticas, considerando o dado de que não se trata de um dano cujas dimensões podem ser matematicamente determinadas, a ensejar a concepção da admissibilidade de finalidade punitiva da reparação do dano moral. (GAMA, 2011, p. 601).

A exemplo do que ocorreu em França, a jurisprudência brasileira acabou por importar o "sentimento" dos *punitive damages* para a indenização por danos extrapatrimoniais, acoplando à função reparatória uma função punitiva ou punitivo-pedagógica, o que conta com larga e pacífica aceitação no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, citando-se, a título de exemplo, o seguinte julgado:

[...] Para conter a "indústria do dano moral" é necessário refutar com veemência as ações indenizatórias consideradas oportunistas e, simultaneamente, reprimir a reincidência e a inércia de ofensores contumazes. 9. O valor de R\$ 15.000,00

(quinze mil reais) mostra-se razoável, na hipótese, pois não altera a condição financeira do recorrido e, concomitantemente, desestimula a conduta da recorrente de agregar lucros em prejuízo da qualidade dos serviços, cumprindo, portanto, o caráter indenizatório, pedagógico e punitivo da indenização. 10. Recurso especial não provido. [...] (BRASIL, 2017).

A adoção dessa função punitiva recebeu adeptos não só na jurisprudência, mas na doutrina brasileira, tal qual Sérgio Cavalieri Filho (2007, p. 10) reconhece, sob a batuta das lições de Caio Mário da Silva Pereira e Moreira Alves: "Doutrina e jurisprudência, com respeitosas exceções, admitem hoje o caráter punitivo do dano moral, pelo menos em determinadas circunstâncias". Caio Mário, inclusive, aduz que se identifica, em uma das faces da moeda na indenização por danos morais, a "punição ao infrator pelo fato de haver ofendido um bem jurídico da vítima, posto que imaterial" (PEREIRA, 2001, p. 317).

Ganhou relevância o estudo de Antônio Junqueira de Azevedo (2009, p. 377-394) acerca de uma nova categoria de dano na responsabilidade civil brasileira, qual seja, o dano social. A categoria pensada pelo professor paulista teria como remédio justamente os referidos *punitive damages*, e, pelo menos estrutural e funcionalmente, se aproximou mais da doutrina dos *punitive damages*, tal qual manifestada no *Common Law*, do que a forma como restou internalizada pela jurisprudência. O dano social compreende uma lesão que "atinge a toda a sociedade, num rebaixamento imediato do nível de vida da população" (AZEVEDO, 2009, p. 380), neste caso, assumida a possibilidade de existir a imposição de pena civil na responsabilidade civil, Dependendo da desobstrução sistemática por parte da revisão do texto do art. 944 do Código Civil, seria possível a aplicação dos *punitive damages* no Brasil, sem prejuízo da necessidade de resolver outros problemas práticos como a legitimidade ativa e a destinação e balizamento do *quantum* fixado.

Ainda tomando por base o prisma coletivo, Leonardo Roscoe Bessa (2011, p. 96) identifica nos danos morais coletivos a função punitiva da responsabilidade civil. Tal função estaria, segundo Carlos Pulido (2015, p. 261), fundamentada em um conceito de justiça retributiva.

Defendendo que os *punitive damages* encontrariam aplicabilidade no Brasil a partir da teoria de justiça corretiva de Jules Coleman como forma de promover a eliminação de perdas injustas em face dos responsáveis pelos danos, Alexandre Bonna (2018, p. 103) aduz que tal medida seria capaz de responder à

apatia das vítimas que, diante de microdanos, optam pela inércia ao invés do litígio reparatório. Assim, em casos em que o agente delibera pela lesão cirúrgica e pequena, justamente para não suscitar o desejo de litigar na vítima, a indenização punitiva teria fundamento na necessidade de restabelecer o equilíbrio social rompido, e não de punição, que seria, por seu turno, meio de remoção ou anulação de lucros ilícitos.

Há, contudo, contundente crítica contra essa internalização dos *punitive damages*. De forma que, ainda que assumindo a função exemplar ou dissuasória como caráter pedagógico na fixação do *quantum* indenizatório, a invocação dos *punitive damages* decorreria de uma má aplicação e inadequada internalização do instituto no Brasil:

A rigor, não é preciso a invocação aos *punitive damages* para lograr, na responsabilidade extrapatrimonial, o caráter "exemplar" que, em certas hipóteses, faz-se necessário. Também não é preciso – para dar-se ao autor de danos especialmente graves uma justa punição pecuniária – buscar critérios outros que não os da legislação já existente. (MARTINS-COSTA; PARGENDLER, 2005, p. 22).

Judith Martins-Costa e Mariana Pargendler (2005, p. 22) entendem que o art. 944 do Código Civil limitaria a indenização à extensão do dano somente quando se tratar de danos materiais, visto que, em se falando de danos morais, ou extrapatrimoniais, a quantificação exata da extensão do dano é impossível, logo, inaplicável a norma em comento.

Rafael Peteffi da Silva e Mark Pickersgill Walker (2016, p. 313-317), analisando a jurisprudência do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, concluem que há grande confusão entre uma função punitiva ou dissuasória da responsabilidade civil, ou um caráter pedagógico da indenização, relacionada com a teoria do desestímulo, em relação aos *punitive* ou *exemplary damages* tal qual concebidos e aplicados no sistema da *Common Law*.

Maria Celina Bodin de Moraes (2009, p. 258-264) critica a adoção de um caráter punitivo genérico. Ressalta que, para aplicação de uma função punitiva, devem ser considerados o grau da culpa e a situação econômica do ofensor, mas que, sem tais critérios bem fixados, corre-se o risco de violar o princípio constitucional do *nulla poena sine lege*, a exemplo do levantado na doutrina alemã.

O sentido contemporâneo do Direito de Danos é garantir, ao máximo, a reparação da vítima, o que já era anunciado por Pontes de Miranda (2000, t. XXII, p. 183): "O fundamento, no direito contemporâneo, está no princípio de que o dano sofrido tem que ser reparado, se possível". No mesmo sentido, a teoria da responsabilidade por danos tem se voltado a priorizar a tutela da vítima, abandonando tanto o elemento culpa como a preocupação com a função de punir o ofensor (EHRHARDT JÚNIOR, 2012, p. 49).

A princípio, portanto, seria incompatível com o Direito de Danos a existência de uma função punitiva.

Nelson Rosenthal, contudo, enxerga que a adoção de remédios sob a forma de sanção de caráter punitivo constitui "um provimento destinado a prevenir a prática do ilícito" (2017, p. 44), ainda mais, identifica na aplicação dessa pena civil o ato último de um procedimento de natureza privada que se funda no ilícito e na autotutela de um direito. Tal visão atende a uma responsabilidade civil contemporânea multifuncional.

Em uma análise ampla dos ilícitos civis, que se aproximam do cenário francês acima delineado, Rosenthal (2017, p. 69) demonstra que a sanção não é estranha ao Direito Civil e que a função satisfativa e a função punitiva/preventiva diferenciam-se, mas complementam-se.

Para Rosenthal (2017, p. 75), os *punitive damages* constituem pena civil⁹², pois transcendem os interesses particulares da vítima para atuar de forma a dissuadir um comportamento socialmente perigoso por parte do ofensor, havendo coincidência entre o interesse particular e o público. Identifica, ainda, uma relevância desta função da responsabilidade civil por meio da aplicação de penas civis no que diz respeito à conformação da ordem de mercado: "A pena civil conforma as práticas do mercado às aspirações sociais ao inibir as atividades que

⁹² Rosenthal diferencia pena civil de pena sintomática a partir da classificação proposta por Paolo Benazzo. Aduz que as sanções punitivas de Direito Civil diferenciam-se entre penas privadas e penas civis. A distinção residirá na primariedade ou secundariedade da finalidade da pena. Quando primária, trata-se de pena civil, posto que a essencialidade da punição reside em uma função dissuasiva da conduta em si. Já quando secundária, esta assume papel secundário aflitivo posterior ao ilícito civil, auxiliando na dissuasão de seus efeitos. Na pena civil, a valoração é feita pelo seu valor sintomático, isto é, "a partir do ato de ruptura do ordenamento jurídico, a violação de um preceito por si só", já na pena privada o valor é causal, direciona-se "à consideração e à relevância dos efeitos que derivam do ilícito no plano do ordenamento" (ROSENTHAL, 2017, p. 74).

vulnerem a expectativa coletiva quanto a comportamentos confiáveis" (ROSENVALD, 2017, p. 77).

A pena civil, tal qual construída pelo autor em sua obra⁹³, configura-se como instituto autônomo frente à reparação de danos, pois voltado à conduta do agente que seja dotada de antijuridicidade, sem se descuidar da necessidade de alteração legislativa (ROSENVALD, 2017, p. 261).

A aplicação dos *punitive damages* não se confundiria com a noção de compensação ou reparação, e, para pousar na imposição de uma pena civil, estariam, a serviço da responsabilidade, três instrumentos autônomos, para a realização de sua multifuncionalidade.

A proposta de Rosenvald não descuida da vítima, ao contrário, parece maximizar sua tutela na medida em que separa, dogmática e topograficamente, os institutos ressarcitórios daqueles punitivos, conferindo, à própria vítima, uma gama de instrumentos de tutela na defesa dos direitos desta e também dos direitos que se irradiam difusamente na sociedade.

É fato que a aludida função punitivo-pedagógica do dano moral não é eficiente, tal qual desvelou o estudo coordenado por Flávia Puschel (2011, *passim*), em que se concluiu que a esmagadora maioria das indenizações por danos morais são fixadas em valores baixos. Frente aos fornecedores no mercado, é inviável tratar de função punitiva quando é deferido o valor médio de R\$ 4.000,00 (quatro mil reais) a título de indenização por danos morais. É mais viável falar em função punitiva ao consumidor, que, fora a lesão que lhe foi imposta, é vítima de uma nova lesão provocada por um Judiciário amarrado em uma tradição individualista-liberal e viciado pela constante proteção patrimonial em detrimento da efetiva reparação dos danos.

Dessa forma, a reparação da punição aparentemente pode afastar o receio de promover o enriquecimento sem causa quando do arbitramento da indenização ressarcitória (VIANNA, 2015, p. 592).

É necessário que, no caso de aceitação da pena civil para o ordenamento, sejam feitas adaptações à cultura jurídica que nos é própria, observando os erros e acertos da experiência do *Common Law* e, principalmente, as funções que o instituto lá desempenha. É de se observar que a experiência do *Common Law*

⁹³ Cf. ROSENVALD, 2017, p. 79-87.

acarretou uma frequente defesa da necessidade de reformas quanto ao sistema de *torts*, em especial dos *punitive damages* (ZACK, 2012, p. 378; OWEN, 1994, p. 400; BELL; PEARCE, 1987, p. 4).

Ainda que o modelo processual de fixação dos *punitive damages* no *Common Law*, em especial nos Estados Unidos da América, não poderia ser absorvido, dado que a fixação primária se dá por júri popular cabendo ao Judiciário o controle limitativo dos valores e a ideia de que é possível a aplicação de uma pena civil por meio da responsabilidade civil encontra voz na doutrina. Esse é, por exemplo, o posicionamento de Rogério Donnini (2018, p. 22) que indica, a par das inadequações processuais, existir a possibilidade de adaptação dos *punitive damages* na forma de “fator ou valor de desestímulo”, isto é, um *plus* que teria valor bastante para que “efetivamente desestímule o ato ou a atividade danosa, dentro de um critério de proporcionalidade, de razoabilidade, sob pena de se tornar inócua a reparação e seu efeito, favorecendo, assim, o lesante [...]” (DONNINI, 2018. p. 22). Nota-se que a proposição de Donnini se aproxima da internalização inadequada que os tribunais fizeram dos *punitive damages*, contudo defendendo que o *plus* referente à punição seja realmente gravoso a ponto de dissuadir a conduta do ofensor.

Dentre as diferentes proposições, seja na forma de pena civil autônoma, tal qual proposto por Rosenvald, ou no valor de desestímulo, defendido por Donnini, é fato que a doutrina reconhece a existência de uma função punitiva da responsabilidade civil, ao menos, por ora, de forma teorizada e propositiva.

Parece mais prudente que uma função punitiva na responsabilidade civil fosse pela pena civil e não pelos instrumentos outros como a reparação, a compensação ou a satisfação e, ainda, pela restituição de lucros ilícitos, estes todos, cumprem cada qual primariamente com seu papel. A utilização de um *plus* ao *quantum* reparatório/compensatório também parece acarretar no já efeito nulo que as indenizações têm quanto a seu efeito dissuasório conforme demonstrou o estudo de Flávia Puschel, antes citado. Nesse sentido, valendo-se de uma análise econômica do Direito, é o que defende Mendonça (2012, p. 108):

[...] a alusão nos julgados ao caráter punitivo da indenização, quando existente, não passa de um recurso retórico. O que seria uma ferramenta extraordinária acaba exercendo o papel de um expediente ordinariamente invocado, sem qualquer sistematicidade, tampouco repercussão nos montantes

indenizatórios estipulados em decisões que envolvem danos de natureza extrapatrimonial.

Por óbvio que, quando exercida primariamente uma função, outra acaba agindo secundariamente. Por exemplo, ao se fixar uma pena civil – sendo esta legada ao lesado –, o valor da pena reparará o dano indiretamente, sendo que nada impede que fosse construída uma estrutura de coexistência dos remédios punitivo e reparatório.

Todos os remédios de que dispõe a responsabilidade civil estão inseridos em uma função geral de prevenção e podem ter, como efeitos, a dissuasão do comportamento, mas não têm por finalidade primária a punição, esta é exercida, no Direito Civil contemporâneo, pela pena civil, desde que existente previsão legal.

2.3 Funções preventiva, precaucional e o dever geral de prevenção

As questões que se põem quanto a este tópico são: (a) são funções congêneres ou diferentes entre si?; (b) há uma função propriamente preventiva ou este é um dever geral atinente a todas as outras funções da responsabilidade civil?

Não se aprofundará quanto aos limites de atuação da responsabilidade civil no campo preventivo, isto é, se é possível, ou não, uma responsabilidade civil *ex ante*, pré-dano ou puramente preventiva, já que tal objeto não colabora para o desenvolvimento do estudo sobre os remédios restitutórios que são, por excelência, *post facto*.

É fato que o binômio lesão-reparação já não é suficiente para os desafios que a sociedade traz ao Direito, a denominada “sociedade de risco”, conforme trabalhado por Beck (2011):

[...] a constitucionalização do Direito Civil, já não se torna mais razoável interpretar a responsabilidade civil apenas com o enfoque de indenizar para reparar ou punir por um dano causado. Se assim o for, o dano já ocorreu, a lesão já foi causada e a proibição de causar dano a alguém, premissa máxima da responsabilidade civil, estará sempre em atraso. (SOUZA, 2018, p. 191)

O risco, como visto, foi um fator de importância nas transformações da responsabilidade civil através do século XX. Ocorre que, ao invés de se

atenuarem, os riscos são potencializados pelo avanço tecnológico, pela expansão industrial e pelas invenções frenéticas da ciência contemporânea.

O principal papel do risco durante o século XX foi afastar a culpa como único fator de imputação de responsabilidade, facilitando o acesso da vítima à justa reparação dos danos sofridos, potencializando, assim, a função reparatória da responsabilidade civil (GODOY, 2010, p. 77-78).

Se esse movimento propiciou uma especial atenção da doutrina para a contenção de danos, de forma a não deixar vítima alguma, de que dano for, sem reparação, tal preocupação não atinge a contenção de comportamentos. É como se, ao invés de se combater a origem do incêndio, deixasse-se a mata queimar para depois se fazer o reflorestamento.

Diante da complexidade contemporânea, da sofisticação dos ilícitos e da maximização dos efeitos danosos, parece interessante trabalhar com a outra perspectiva, a de conter comportamentos lesivos, evitar o dano e não apenas saná-lo.

Por óbvio que a contenção total e irrestrita dos danos é impensável, mas um pensar que atenua as situações lesivas teoricamente colaboraria para atenuar as inúmeras lesões. A função preventiva, se assim denominada, não atuaria a evitar todo e qualquer dano, mas reduziria o número de situações potencialmente danosas ou conteria os efeitos de situações de risco:

Contudo, por mais medidas que sejam tomadas, o **risco zero não existe**. Em suma, a única certeza na sociedade de risco é a incerteza, pois os riscos não podem ser mensurados. A sociedade de risco, como quer Beck, é a sociedade da era industrial acrescida das inovações científicas e tecnológicas, cujos efeitos são imprevisíveis. Na verdade, os riscos sempre existiram, mas estes são os chamados **novos riscos**, que poderão levar a **danos graves e irreversíveis** às pessoas e ao meio ambiente, são os riscos do progresso. (LOPEZ, 2013, p. 5, grifos da autora).

Ciente (ou não) a sociedade dos riscos que corre, a prevenção mostra-se um caminho a ser trilhado.

A prevenção é, assim, uma função autônoma da responsabilidade civil ou um princípio que o fundamenta? Não há uma clara posição doutrinária quanto a esse ponto.

Para Rosenvald (2017, p. 33), a prevenção é uma consequência natural de qualquer uma das outras funções da responsabilidade civil. Assim, ao se reparar um dano, haverá também um efeito dissuasório, ainda que secundário, no

lesante. O autor entende que “a prevenção *lato sensu* é um dos quatro princípios regentes da responsabilidade civil e inafastável consequência da aplicação de qualquer uma das três funções estudadas” (ROSENVALD, 2017, p. 33).

Quando manifestada em sua função reparatória, a responsabilidade civil atua na *prevenção de danos*, quando na função punitiva, na *prevenção de ilícitos* e, quando exercendo uma função precaucional, a sanção (norma-sanção e não pena) carrega consigo a *prevenção de riscos* (ROSENVALD, 2017, p. 33).

No pensamento de Nelson Rosenvald, a prevenção não assume as características de função, mas de um princípio geral que atua em todas as outras facetas funcionais da – multifuncional – responsabilidade civil contemporânea. Afirma que “na função precaucional, a prevenção de comportamentos alcança seu ponto extremo, já que o ordenamento intervém com anterioridade para dissuadir o exercício de um empreendimento potencialmente danoso” (ROSENVALD, 2017, p. 33).

Se a reparação de danos assumiu o protagonismo da responsabilidade civil nos últimos séculos, “a prevenção é o cerne da responsabilidade civil contemporânea. [...] Evitar e mitigar um dano se converte em questão central e maior desafio para a responsabilidade civil contemporânea” (ROSENVALD, 2017, p. 96-97).

O princípio da prevenção é potencializado, portanto, quando a responsabilidade civil assume função precaucional. Na lição de Rosenvald, portanto, a função é a precaucional, isto é, a produção de efeitos inibitórios pelo temor da sanção.

A precaução aproxima risco e incerteza, de forma que a atuação da responsabilidade civil demandará um nexo de causalidade muitas vezes probabilístico, outra erosão de um dos tradicionais filtros da responsabilidade civil (SHCREIBER, 2015, p. 64-79), e, por vezes, mesmo sem que exista um nexo de causalidade (FACHIN, 2015, p. 86).

Ao princípio de prevenção, tal qual se demonstrou defendido por Rosenvald, pode-se denominar prevenção, em sentido amplo, a que “se preocupa com a tutela de riscos e antecipação de danos injustos, de modo a fornecer instrumentos que possam impedir sua ocorrência” (RODRIGUES, 2018, p. 617).

Já outra corrente doutrinária entende que a função preventiva, isto é, o atuar da responsabilidade civil *ex ante*, se fundamenta em dois princípios, cada qual aplicável a uma situação.

O primeiro denominado princípio da prevenção (aqui se denomina para fins de diferenciação com a posição de Rosenvald de prevenção em sentido estrito) tem lugar quando o risco é conhecido, isto é, a possibilidade de um dano se concretizar é real e factível. A este risco, denomina-se perigo, ou seja, o risco iminente, no Direito Brasileiro. Já o segundo se trata do princípio da precaução, o qual é aplicado no caso de riscos em potencial, ainda desconhecidos ou não totalmente conhecidos, isto é, hipotéticos ou abstratos. É a hipótese de risco do risco (LOPEZ, 2013, p. 6).

Neste ponto, há convergência, já que, para Rosenvald (2017, p. 120), a precaução atuará frente à incerteza e a prevenção, frente ao risco.

Tereza Ancona Lopez alerta, entretanto, que o princípio da precaução, quando levado ao extremo, pode causar desequilíbrios econômicos e sociais de difícil reparação. A autora traz o exemplo dos alimentos transgênicos, sobre os quais ainda não há certeza científica dos riscos que causam à saúde humana. Seria prudente, com esteio na aplicação do princípio da precaução, inibir as empresas de comercializarem tal produto? Parece que não. A aplicação desmedida da precaução pode acarretar travas ao avanço tecnológico, econômico, científico e social (LOPEZ, 2013, p. 7).

O objetivo da precaução é garantir um mínimo de segurança à sociedade frente a esses avanços e não os impedir. Haverá sempre um risco residual que será absorvido pela sociedade na forma de danos. Nesse sentido, Romualdo Baptista dos Santos (2018, p. 194) afirma que “a identificação dos fatores de risco é indutora das medidas de prevenção e de precaução, assim como essas medidas só fazem sentido diante de situações que configurem algum risco”.

Para Rosenvald (2017, p. 61), “o princípio da precaução ingressa quando há o confronto entre o ordenamento jurídico e as atividades danosas cujas consequências não são passíveis de compensação ou securitização”.

Pode-se, neste momento, responder ao primeiro questionamento no sentido de que precaução e prevenção são instrumentos de realização da função preventiva da responsabilidade civil, atuando um sobre o risco potencial e outro, sobre o risco concreto.

Principalmente frente ao crescente número de desastres que acabam acarretando dano enorme (SANTOS, 2018), como, por exemplo, o rompimento das barragens de rejeitos na lavra do Córrego do Feijão em Brumadinho – MG, a precaução e a prevenção atuam de forma a identificar e suplantar as vulnerabilidades, evitando, assim, referidos danos:

Medidas de prevenção e precaução são essenciais para que os desastres sejam evitados, e estas estão relacionadas à compreensão das citadas vulnerabilidades, bem como dos possíveis riscos, os quais podem ser o estopim dos desastres. (BERWIG, 2019, p. 413)

Não há dúvidas de que a responsabilidade civil é dotada de função preventiva, tanto que há reconhecimento expresso deste caractere no art. 10:101 dos *Principles of European Tort Law* elaborados pelo *European Group on Tort Law* em cuja parte final consta que “A indenização tem também uma função preventiva”.

A prevenção ocupa lugar central na análise econômica da responsabilidade civil (*Law & Economics – L&E*). Sob um ponto de vista que diverge da linha de pensamento própria da constitucionalização da responsabilidade civil, a *L&E* utiliza-se de critérios racionais econômicos para demonstrar como a prevenção eleva eficiência da responsabilidade civil. Um dos estudos pioneiros foi o de Guido Calabresi. Em um de seus trabalhos, Calabresi (1975, p. 77) trata da prevenção (*deterrence goals*) a partir da criação de um sistema de incentivos, pelo qual os indivíduos em sociedade optariam por evitar futuros danos, um sistema de recompensa. Revela a passagem o paradigma da eficiência social, próprio da análise econômica do Direito. Nesse sentido, Thaís Venturi (2017, p. 80), com base na teoria da análise econômica do Direito, afirma que,

Assim, um sistema de responsabilidade civil que se deseje congruente com os ideais constitucionais deve ser construído a partir de critérios que priorizem, por todas as formas possíveis, a prevenção à reparação de danos.

Ainda que entre a *L&E* e a escola do Direito Civil-Constitucional existam sensíveis diferenças, há de se beber na fonte daquela teoria quanto à função preventiva da responsabilidade civil. Tal intersecção teórica não afasta o caráter de repersonalização do Direito, ao contrário, reafirma a necessidade de incursões morais e éticas necessárias à compreensão axiológica da norma. Demonstra-se

tal possibilidade justamente na conclusão de Thaís Venturi (2017, p. 82, destaque da autora) que assim escreve:

Todavia, isso não quer dizer que o objetivo de prevenção, dentro da perspectiva do Direito da responsabilidade civil, se esgote ou se resume à viabilização da melhor ou maior eficiência, correlacionando-se tão somente com os custos/benefícios inferidos a partir de uma análise objetiva e calculista a respeito dos deveres de cuidado e dos eventuais danos experimentados no seio social.

Muito antes e para muito além disso, *a refundamentação preventiva da responsabilidade civil ora preconizada assenta-se em valores éticos e morais que extrapolam, necessariamente, qualquer racionalidade utilitarista a respeito das possíveis justificativas para se evitar a violação dos direitos e a consequente provocação dos danos.*

Assim, a função preventiva não atende só a uma lógica fria de mercado, mas coaduna com o programa constitucional, principalmente por meio do princípio da solidariedade. “A responsabilidade fundada no risco tem não só fundamento econômico (*ubi emolumentum ibi onus*), mas também ético, de uma ética social (*ethos*), que se resume na solidariedade” (LOPEZ, 2013, p. 11). A solidariedade, por sua vez, é objetivo constitucional e integra, portanto, o programa de um Direito Civil constitucionalizado. A solidariedade e a dignidade da pessoa humana são os pilares constitucionais da responsabilidade civil contemporânea:

[...] os princípios constitucionais de *solidariedade social* e de *dignidade humana* encontram-se presentes como atributo valorativo fundante, mas não só assim, senão também como autocritério de justificação da responsabilização civil, ela mesma. (HIRONAKA, 2009, p. 192)

Sem a efetiva prevenção, a concretização do objetivo de solidariedade previsto na Constituição é frustrada.

Na responsabilidade civil, a solidariedade está refletida em um dos seus princípios basilares, o *alterum non laedere* ou *neminem laedere*, isto é, a ninguém é dado causar dano a outrem, justamente porque, em uma sociedade solidária, um indivíduo não pode gozar da faculdade de lesar o seu igual.

Atua como filtro constitucional ainda quanto à função preventiva da responsabilidade civil o direito social à segurança, garantido no art. 6º da

Constituição Federal⁹⁴. A responsabilidade civil deve ser lida de forma a garantir o direito à segurança, o direito de ser exposto aos riscos residuais, isto é, ao mínimo de riscos possível. Dessa forma, a precaução quanto aos riscos em potencial e a prevenção quanto aos riscos concretos atuarão de forma a garantir o direito à segurança com vistas a cumprir com o objetivo de construção de uma sociedade solidária.

A responsabilidade civil constitucionalizada e multifuncional certamente tem de forma superlativa a função preventiva.

Função preventiva, portanto, é a atuação *ex ante* da responsabilidade civil, por meio da precaução quanto aos riscos em potencial e da prevenção quanto aos riscos em concreto, de forma a garantir efetividade ao direito social à segurança e promover a concretização do objetivo constitucional de solidariedade social.

Não bastante, é fato que há um dever geral de prevenção e um efeito geral de prevenção, que permeiam toda a responsabilidade civil e que acompanham o exercício das demais funções, sendo próprio de um remédio jurídico, isto é, norma-sanção, que o efeito dissuasório esteja presente invariavelmente, ora retraído, ora de forma destacada.

2.4 Função restitutória

O paradigma reparatório dominou a responsabilidade civil de tradição romano-germânica no século XX. A função reparatória se mostrou não só hipertrofiada em relação às outras funções já apresentadas, mas por muitas vezes reinou sozinha, sem que se admitisse qualquer outro meio de agir por meio da responsabilidade civil.

O fato é que a transformação social, assim como no início do século desencadeou o movimento de objetivização da responsabilidade civil, agora traz um movimento de repensar os remédios jurídicos que são disponibilizados à sociedade na tutela de seus direitos.

É justamente a visão de que o paradigma reparatório não se mostra suficiente a responder à expansão dos danos na sociedade contemporânea que

⁹⁴ *In verbis*: Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, **a segurança**, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (Grifo nosso).

motiva a ideia de que uma reponsabilidade civil poli ou multifuncional possa representar outras formas de resposta (*respondere – responsabilidade*) no interno do Direito Civil. Nesse aspecto, Ripert (2002, p. 213) atesta a necessidade de que novos meios de se afastar a repetição de comportamentos lesivos devem ser pensados:

A repetição do mesmo gênero de prejuízos, causados pela mesma categoria de pessoas à mesma categoria de vítimas, atesta a existência duma desigualdade resultante da vida social e cria um nervosismo maior que não permite mais conceber o prejuízo como fatal.

Se há uma expansão de danos – e nisso o Direito de Danos trouxe a preocupação integral com a tutela da vítima –, há também uma expansão de condutas lesivas, e, quanto a isso, de nada se dispõe para a devida contenção.

O paradigma reparatório atua como uma rede no mar que coleta lixo, a rede estará ali, contendo o lixo de forma a tentar não permitir que esses resíduos se dissipem, tornando incontroláveis os prejuízos causados ao meio ambiente. Não há, contudo, a preocupação de evitar o lançamento de lixo no oceano, isto é, conter comportamentos. Rosenvald (2019b, p. 223), quanto a esse aspecto, aduz que

A tradicional função compensatória tem como desiderato a contenção de danos, sejam eles oriundos de fatos ilícitos (por culpa ou abuso do direito) ou, independentemente de qualquer ilicitude, quando relacionados ao risco inerente de determinadas atividades (parágrafo único do art. 927, CC). Inexistindo o dano, resta neutralizada a função compensatória da responsabilidade civil.

A função restitutória aqui tratada não se confunde com a função repristinatória, muitas vezes inserida na função reparatória como espécie. Na verdade, a diferença entre os modelos funcionais está no polo relacional ao qual se volta a atenção da responsabilidade.

Na função reparatória, o foco total é a vítima, a busca é pela restituição desta ao *status quo ante*, buscando apagar qualquer sinal danoso que possa ter sido provocado pelo ilícito, isto é, reparar ao máximo os danos em sua ampla categorização.

Enquanto a função reparatória se volta à “reconstituição da situação hipotética do lesado” (ANTUNES, 2019, p. 128), limitando-se na teoria da diferença quanto à avaliação dos prejuízos, a função restitutória se volta aos

efeitos do fato na esfera do lesante de forma a atacar os ganhos que este obteve com o ilícito. Isso não significa que a preocupação central de proteção à vítima – inclusive tratada por Felipe Braga Netto (2019, p. 81-84) como princípio orientador da responsabilidade civil contemporânea – deva ser abandonada, ao contrário, o fato de se hipertrofiar uma função não significa o ocaso da outra. Mesmo Rosenvald (2019b, p. 181), que defende uma responsabilidade polifuncional, admitindo a função restitutória, reconhece como central na teoria da responsabilidade civil a compensação de danos. Em uma perspectiva funcional, o Direito de Danos, focado na vítima, não exclui a possibilidade de que a responsabilidade civil ative outras funções com foco no ofensor:

E falar em maior cuidado com a vítima não significa dizer que não possamos ter, ao mesmo tempo, um juízo de reprovabilidade da conduta do ofensor (caráter exemplar da indenização), à luz da teoria do desestímulo. (NETTO, 2019, p. 84).

Se a reparação devolve o equilíbrio perdido ao ofendido, a restituição retira o desequilíbrio provocado pelo lesante: “a restituição é uma resposta que consiste em fazer com que uma pessoa entregue a outra o benefício recebido as suas expensas ou o seu valor em dinheiro” (ROSENVALD, 2019b, p. 40). A princípio, seria, portanto, possível também a restituição sob o pano do Direito de Danos a partir dessa ótica.

Supondo-se que uma editora coloque à venda um livro de poemas de um *ghostwriter* e impute a autoria da referida obra a João Cabral de Melo Neto, certamente o alcance de vendas será maior de que se o ainda ignorado poeta *ghostwriter* publicasse a obra em seu próprio nome. Ocorre que a editora não consultou a família de João Cabral de Melo Neto sobre o uso do nome do autor, como rogam o art. 12 e o art. 20, parágrafo único, do Código Civil Brasileiro. Digase que cada exemplar tinha custo de R\$ 5,00 e era vendido a R\$ 20,00. A primeira edição de 100 mil exemplares esgotou em 30 dias, antes que qualquer familiar do saudoso imortal pernambucano pudesse mover uma tutela inibitória. Ajuizada a demanda reparatoria – tomando o sistema compensatório tradicional –, a família poderia pleitear danos morais pela lesão a direito da personalidade (compensação) e requerer a interrupção das próximas edições, bem como a divulgação de uma nota de retratação pública (reparação não pecuniária). Julgado, o feito condena a editora ao pagamento de R\$ 500.000,00 de indenização por danos morais – valor este propositadamente e nas obrigações de

fazer (nota de retratação) e de não fazer (tutela inibitória quanto à utilização do nome do poeta falecido). Neste caso, a função reparatória terá cumprido seu papel? Aparentemente sim, já que os herdeiros foram compensados – direito que lhes cabe em defesa dos direitos da personalidade do autor falecido – e o efeito maléfico do uso indevido do nome cessou. Contudo, a editora faturou R\$ 2.000.000,00, sendo que teve como custo de produção R\$ 500.000,00 mais R\$ 500.000,00 de indenização pelo uso indevido do nome de João Cabral de Melo Neto, isto é, ao fim a editora lucrou R\$ 1.000.000,00 com o ilícito praticado, valor este que, segundo a teoria tradicional da responsabilidade civil, permaneceria em seu patrimônio, intangível, deixando a clara mensagem de que o ilícito compensa.

No exemplo acima, a função reparatória foi atendida, contudo não houve qualquer efeito dissuasório – logo, a função preventiva e o princípio geral de prevenção não tiveram qualquer atuação.

Agora, se coubesse à família, ao invés de pleitear uma indenização por danos morais, buscar a restituição dos lucros alcançados com o uso indevido do nome de João Cabral de Melo Neto, o benefício do ilícito restaria afastado. Não haveria para o ofensor qualquer estímulo que o levasse a praticar o ato danoso, isto é, o dano jamais haveria ocorrido.

O princípio geral de prevenção restaria atendido, bem como, justamente, o valor obtido com o uso de direitos da personalidade de outrem haveria sido restituído ao seu titular.

Esse é o papel da função restitutória.

A literatura jurídica brasileira é parca quando o assunto é restituição de ganhos ilícitos pela via da responsabilidade civil⁹⁵ e somente em 2019, contemporaneamente a esta pesquisa, é que uma monografia sobre o tema foi lançada no mercado admitindo o enquadramento da restituição de ganhos ilícitos na responsabilidade civil, o que, como será demonstrado, é objeto de ricos estudos no Direito europeu e da *Common Law*.

⁹⁵ A doutrina nacional, em sua maioria, acaba por inserir os ganhos ilícitos na disciplina do enriquecimento sem causa, posição que a pesquisa ora realizada concluiu não ser a mais adequada. Sobre o tema importante, a crítica de Nelson Rosendal (2019b, p. 182): “No tocante à categoria dos *restitutory damages*, escassa iluminação é conferida à matéria pelos especialistas em responsabilidade civil. Apesar do tema ser alvo de intensos debates nos Estados Unidos, Inglaterra e Europa continental, a condenação baseada nos ganhos indevidos obtidos pelo autor do ilícito é praticamente ignorada no cenário brasileiro, sendo ainda referida pela via tradicional, no setor do enriquecimento sem causa”.

A função restitutória visa também a reequilibrar a relação desestabilizada pelo ilícito. A sua base de justificação filosófica está na justiça aristotélica. Na ética aristotélica, a Justiça trata com igualdade tanto o prejuízo do ofendido como os ganhos do ofensor como duas partes de um mesmo *synallagma*, ou seja, uma conexão relacional que surge entre as partes envolvidas na prática de um ilícito – ofensor e ofendido – que conta com dois polos igualmente relevantes (GIGLIO, 2007, 194)

Basta pensar no símbolo da Justiça: a balança. Quando há um ilícito, um prato se eleva, houve redução de seu conteúdo, é o prato do ofendido. Já o outro prato desce, visto que, com a diminuição do conteúdo perdido pelo ofendido, o prato do ofensor torna-se mais pesado. No exercício da função compensatória, a responsabilidade civil obrigaria o ofensor a repor o conteúdo perdido pelo ofendido, diminuindo o seu próprio conteúdo para acrescer ao do ofendido, assim, a balança seria reequilibrada.

Agora, outra hipótese do *synallagma* pode ocorrer. Quando, a par do ofendido perder os pesos de seu prato, o ofensor também acresce ao seu prato mais pesos. Neste caso, mesmo compelido a repor (reparar) o conteúdo perdido pelo ofendido, o equilíbrio não será restaurado. A restituição viria a restaurar o equilíbrio. Prontamente surge o questionamento: mas com a transferência o prato do ofendido tornar-se-á mais pesado e, logicamente, ainda haverá desequilíbrio na balança. Ocorre que, neste ponto, age o critério de justiça, posto que o acréscimo originado do conteúdo do ofendido – com o uso indevido de seus interesses jurídicos – deve a ele ser legado, de forma que, ainda que desequilibrada a balança, não se verá injustiça.

Neste caso, o ofensor foi colocado no exato lugar em que estava no momento anterior ao ilícito.

Se na compensação o que se busca é retornar o prato da balança do ofendido ao mesmo local em que este se encontrava antes do fato ilícito, na restituição o que se busca é recolocar o ofensor no mesmo local em que se encontrava antes do fato ilícito.

Se a tutela compensatória responde ao brocardo de que a ninguém é dado causar dano a outrem, a tutela restitutória virá salvaguardar o princípio, que remonta ao Direito Romano, de que a ninguém é dado enriquecer em detrimento e pela lesão de outrem, sendo que lesão ou em detrimento não correspondem à

perda financeira, mas a um comportamento ilícito que coloca a vítima em uma posição de sofrimento e injustiça. “Detrimento é um termo normativo que qualifica a vítima como o ofendido de um fato ilícito” (GIGLIO, 2007, p. 194)⁹⁶. O fato é que compensação de danos e restituição de ganhos não se confundem:

O direito da restituição é o direito da recuperação baseada em ganhos, assim como o direito da compensação é o direito baseado na recomposição de uma perda. Assim, o direito à restituição é o direito a um ganho recebido pelo réu, enquanto o direito à compensação é o direito a que o réu compense os danos sofridos pelo autor. (BIRKS, 2005, p. 3)⁹⁷

A restituição é uma função conhecida na responsabilidade civil tanto de países de tradição romano-germânica quanto da *Common Law*.

Na Inglaterra, os *restitutionary damages* receberam mais atenção em comparação a outros ordenamentos jurídicos- a ideia de restituição inserida na responsabilidade civil (*torts*). O tratamento conferido pela *Common Law* aos *torts* é mais amplo e regulamentado que outros sistemas legais – como nos sistemas romano-germânicos em que, por muitas vezes, a responsabilidade civil acaba normatizada por uma cláusula geral – e sua definição é de interesse para a pesquisa:

Outra peculiaridade da *Common Law* é o instituto do *tort*. Numa tradução jurídica, a expressão *tort* significa “delito civil”. Contudo, a *Common Law* dedica muito mais campo à regulamentação de *torts* que outros sistemas legais, tendo criado regras específicas para tanto. [...] O conceito de *tort* é bastante semelhante ao de crime. A diferença encontra-se exatamente na natureza do direito: aquele, de natureza privada, este, de natureza pública. Por isso, um *tort* é, geralmente, definido como um delito civil cometido contra uma pessoa. [...] Um *tort*, em geral, é cometido quando alguém provoca uma lesão física contra outrem, danifica ou faz mau uso da propriedade de outrem, ataca a reputação de outrem sem justa causa ou prejudica a liberdade de ação ou de direito de outrem. (VIEIRA, 2007, p. 182-183)

Colyer e Farndale (1966, p. 2) sistematizam os ilícitos civis no sistema da *common wealth* em a) *claims in contract* – ações que buscam obrigar ao cumprimento de uma obrigação contratual inadimplida; b) *claims in quasi-contracts* – ações que se voltam à categoria dos quase-contratos ou contratos

⁹⁶ Tradução nossa. No original: “‘Detriment’ is a normative term which qualifies the victim as the sufferer from a legal wrong”.

⁹⁷ Tradução nossa. No original: “The law of restitution is the law of gain-based recovery, jus as the law of compensation is the law of loss-based recovery. Thus a right to restitution is a right to a gain received by the defendant, while right to compensation is a right that the defendant make good a loss suffered by the claimant”.

implícitos, quando há uma obrigação imposta pela lei entre as partes, ainda que não haja contrato; c) *breach of trust* – quando há uma violação de um dever de confiança decorrente da *Equity*⁹⁸; d) *torts* – todos os outros ilícitos civis que não forem as outras categorias.

Edelman (2002, p. 26) simplifica a questão trazendo que a palavra “tort” vem do francês e significa errado ou prejuízo. Assim, o *law of torts* trata justamente dos delitos civis e da reação que o Direito confere a esses delitos. Para realizar cada função quanto aos *torts*, a *Common Law* dispõe de um instrumento. Por exemplo, a punição é realizada por meio dos *exemplary* ou *punitive damages*, já a compensação do dano, por meio dos *compensatory damages*. Já a função restitutória é realizada dentro do *law of torts* por meio dos remédios restitutórios que recebem diferentes denominações, mas que podem ser sistematizados na categoria *gain-based damages* ou *restitution damages*. O *Black Law’s Dictionary* define *restitution damages* nos seguintes termos: “indenização concedida ao autor quando o réu se enriqueceu injustamente às custas do demandante” (GARNER, 2009, p. 448)⁹⁹.

O princípio geral que orienta o sistema da *Common Law* quanto à restituição no *law of torts* – e mesmo nos delitos contratuais – é o brocardo “*tort must not pay*”, isto é, o ilícito não pode compensar, bem como “*A man shall not be allowed to profit from his own wrong*”, ou seja, não se pode permitir que alguém se beneficie da própria conduta ilícita (KFOURI NETO; NOGAROLI, 2019, p. 563). Trata-se de um princípio que justifica remover, do ofensor, ganhos ilícitos, bem como obrigá-lo a restituir aquilo que obteve como benefício por seu ilícito. No Brasil, de alguma forma, o Supremo Tribunal Federal reconheceu, em decisão da década de 1960, um princípio semelhante. Em decisão relatada pelo ministro Victor Nunes Leal, em que se analisava o caso de reprodução de uma obra sem autorização, argumentou-se que “a consequência do ato vedado não pode ser a mesma do ato permitido, sobretudo quando há implicações de ordem moral” (BRASIL, 1965, p. 9-10). Isto é, a consequência de distribuir a obra sem

⁹⁸ A *Equity* é um sistema de ilícitos criado pela *Court of Chancery* para suprir lacunas do *common law* quanto a ilícitos não tipificados e superar a falta de maleabilidade do Direito. A *Equity* é uma espécie de direito privado onde os delitos se configuram na quebra de confiança (COYLER; FARNDAL, 1966, p. 2; VIEIRA, 2007, p. 143-144).

⁹⁹ Tradução nossa. No original: “*Damages awarded to a plaintiff when the defendant has been unjustly enriched at the plaintiff’s expense*”.

autorização do comentador ou tradutor – como era o caso – não pode equivaler à consequência de se a autorização houvesse sido concedida, portanto, é justo que a indenização não se limite ao valor do prejuízo, mas seja agravada em sinal da reprovabilidade da conduta (argumento adotado à época).

James Edelman, professor da *Oxford University* e juiz da *High Court* australiana – órgão equivalente ao nosso Supremo Tribunal Federal –, utiliza a expressão *gain-based damages* para definir que a resposta a um ilícito é “[...] medida pelo ganho ou benefício obtido pelo réu ofensor” (EDELMAN, 2002, p. 1)¹⁰⁰. Edelman identifica duas hipóteses de espécies de *gain-based damages*, quais sejam, os *restitutionary damages* e o *disgorgement of profits*.¹⁰¹

Os *restitutionary damages* operam de forma a reverter uma transferência indevida de valor (não só valor financeiro, mas derivados interesses jurídicos). Trata-se de “uma concessão em dinheiro que reverte uma transferência de valor” (EDELMAN, 2002, p. 66)¹⁰². De forma mais específica, “uma indenização que restitui o valor transferido de um demandante a um demandado em razão de um ilícito praticado pelo demandando e que é quase sempre medido pelo ganho objetivo recebido pelo demandado” (EDELMAN, 2002, p. 66)¹⁰³.

Esse valor transferido não se resume a dinheiro, mas a interesses jurídicos tuteláveis: “*Restitutionary damages* não se restringem a casos em que a transferência é de dinheiro. Também são aplicáveis em situações onde benefícios não monetários são injustamente transferidos” (EDELMAN, 2002, p. 67)¹⁰⁴.

Imagine que uma loteadora contrate, com um cliente, a compra e venda de um lote, que deverá ser entregue com a infraestrutura adequada no prazo de 24 meses. Terminadas as obras, tempestivamente a construtora não entrega o lote livre e desembaraçado, permanecendo ali indevidamente, utilizando-se do terreno do cliente mesmo após passado o prazo de entrega. Neste caso, caberia a condenação da loteadora ao pagamento de *restitutionary damages*

¹⁰⁰ Tradução nossa. No original: “[...] *measured by the gain or benefit to the defendant wrongdoer*”.

¹⁰¹ A literatura jurídica estrangeira traz diversas denominações e classificações para os remédios restitutórios da responsabilidade civil, assim, para fins deste trabalho a classificação de Edelman será utilizada.

¹⁰² Tradução nossa. No original: “*a monetary award which reverses a transfer of value*”.

¹⁰³ Tradução nossa. No original: “*an award which gives back value transferred from a claimant to a defendant as a result of a defendant’s wrong and is almost always measured by the objective gain received by the defendant*”.

¹⁰⁴ Tradução nossa. No original: “*Restitutionary damages are not confined to cases where the transfer is of money. They may also be awarded in instances where non-monetary benefits are wrongfully transferred*”.

correspondentes ao valor que o mercado, objetivamente, pagaria pelo uso da terra que foi adquirida pela loteadora durante o período em que ali permaneceu indevidamente.

O exemplo não trata nem de uma perda financeira nem da transferência de um valor monetário, “a geração de valor decorreu do ativo do demandante ainda que o demandante não tenha sofrido nenhuma perda” (EDELMAN, 2002, p. 67)¹⁰⁵. Isto é, a loteadora realizou ganhos utilizando indevidamente a propriedade, isto é, praticando um ilícito. Estes ganhos correspondem ao uso indevido da propriedade, isto é, sem a autorização de seu proprietário, valendo-se, assim, de um interesse jurídico tutelado – propriedade – por meio de um ilícito.

Pode-se concluir que os *restitutionary damages* são “uma indenização que reverte transferências ilícitas de riqueza de um demandante por meio da subtração do benefício objetivo recebido pelo demandado” (EDELMAN, 2002, p. 68)¹⁰⁶. Trata-se de um *give back*, isto é, devolver ao titular os benefícios indevidamente transmitidos de sua esfera de interesses jurídicos para a do ofensor.

A outra espécie de *gain-based damages* que Edelman identificou em seus estudos é o *disgorgement damages*, também conhecido por *disgorgement of profits*. O *disgorgement* se caracteriza por ser um *give up*, isto é, o ofensor deve desistir do que acumulou como benefício do dano, independentemente de ter havido alguma transferência por parte do ofendido. Neste caso,

[...] o ganho decorrente do ilícito não é medido por aquilo que pode ter sido transferido do demandante. Ao invés disso, a medida do ganho ignora se houve ou não qualquer transferência, mas é quantificada pelo lucro real acumulado pelo demandado em razão do ilícito. (EDELMAN, 2002, p. 72)¹⁰⁷.

No *disgorgement of profits*, o benefício que o ofensor efetivamente obteve com o ilícito lhe é removido e restituído à vítima, real titular do interesse lesado para que o lucro fosse realizado.

¹⁰⁵ Tradução nossa. No original: “*the generation of value has come from the assets of the claimant even though the claimant may not have suffered any financial loss*”.

¹⁰⁶ Tradução nossa. No original: “*damages which reverse wrongful transfers of wealth from a claimant by subtracting the objective benefit received by the defendant*”.

¹⁰⁷ Tradução nossa. No original: “[...] *the gain from the wrong is not measured by what might have been transferred from the claimant. Instead, the measure of the gain ignores whether or not any transfer has occurred and is measured by the actual profit accruing to the defendant from the wrong*”.

Não importa se há uma transferência de valor – como definida por Edelman, ou seja, uma transmissão de benefício (ROSENVOLD, 2019b, p. 109) – ou não, o que importa é que o ofensor tenha realizado lucros por meio do ilícito.

O remédio remonta ao caso *Jegon v Vivian*, julgado em 1871 pela *Chamber of Appeals* onde os lordes ingleses afirmaram: “esta Corte nunca permite que uma pessoa realize lucros em razão de um ilícito” (EDELMAN, 2002, p. 73).¹⁰⁸ Não há dúvidas, portanto, de que o Direito Inglês reconhece que a tutela dos ganhos ilícitos, isto é, a função reparatória, é uma resposta à prática de um ato ilícito (WATTERSON, 2015, p. 28).

Ainda no sistema da *Common Law*, a Irlanda reconhece plenamente a tutela restitutória no caso de *torts* e outros ilícitos civis. Inclusive a *Irish Law Reform Commission* – um órgão responsável pelo constante estudo, revisão e consolidação das normas jurídicas na Irlanda – analisou a questão da restituição em 2000 e confirmou sua legalidade tanto na responsabilidade contratual quanto extracontratual, considerando este um importante auxiliar da função compensatória – primordial na responsabilidade civil – para assegurar que ofensores não realizem lucros a partir dos ilícitos que cometeram (CONNOLLY, 2015, p. 72).

Nos ordenamentos de tradição romano-germânica começa a se perceber a importância de se acolher a função restitutória, de forma a se remover do ofensor os ganhos obtidos com o ilícito.

Michel Séjean (2015, p. 121-122) narra o seguinte caso ocorrido na França: uma categoria de lojas de autosserviço decidiu que abriria as portas aos domingos, mesmo cientes de que tal prática é terminantemente proibida pelo ordenamento jurídico francês. Imediatamente, uma das lojas do segmento que não concordava com o ato ingressou com uma tutela de urgência inibitória perante a jurisdição competente que determinou às lojas que fechassem as portas sob pena de aplicação de *astreintes* no valor de 120 mil euros por loja por domingo em que a decisão fosse descumprida. Ocorre que as lojas, vislumbrando um lucro muito maior, decidiram desrespeitar a ordem judicial e abriram, de forma que as vendas superaram em muito o valor das *astreintes*, tornando totalmente ineficaz o provimento judicial.

¹⁰⁸ Cf. *Jegon v. Vivian (1871) LR 6 Ch App 742, 762* (EDELMAN, 2002, p. 73).

O caso demonstra que, em que pese a existência de instrumentos inibitórios que em tese serviriam a fazer com que a decisão fosse cumprida prevenindo, assim, o lucro ilícito, tal medida se mostrou inócua, de forma que não havia uma forma de se retirar, das lojas, o benefício conquistado com base na ilegalidade.

A doutrina francesa é resistente a inserir a restituição como uma função da responsabilidade civil, argumentando que, segundo o princípio de justiça comutativa, somente as perdas do ofendido deveriam ser indenizadas, de forma que qualquer valor além do *quantum* com função reparatória representaria uma punição, o que seria estranho à responsabilidade civil francesa.

Tal posição é compreensiva, já que o paradigma reparatório é a pedra angular do sistema de responsabilidade civil francês construído no *Code*. A responsabilidade deve reparar e nada mais. Na tradição romano-germânica é necessário afastar o pensamento compensatório, abstratamente falando, para compreender o real papel da restituição (GIGLIO, 2007, p. 49).

Tal medida pode encontrar espaço por meio do Direito Comum Europeu. Quando implementada pela Itália na área da propriedade intelectual a Diretiva da União Europeia 2004/48/CE, foi inserido o art. 125 ao *Codice di Proprietà Industriale*, o qual trata do “*Risarcimento del danno e restituzione dei profitti dell'autore della violazione*” e inseriu em seu item “3” a possibilidade de o lesado optar pelo *disgorgement of profits*:

Em qualquer caso o titular do direito lesado pode reclamar a restituição dos lucros realizados pelo autor da violação, em alternativa à compensação por lucros cessantes ou na medida em que eles excedam tal compensação.¹⁰⁹ (ITALIA, 2005)

A redação obedeceu ao disposto no art. 45 dos *Trade-Related Aspects Of Intellectual Property Rights* (TRIPS) firmados no âmbito da *World Trade*

¹⁰⁹ Tradução nossa. Prevê o art. 125 do Codice di Proprietà Industriale italiano: “1. *Il risarcimento dovuto al danneggiato e' liquidato secondo le disposizioni degli articoli 1223, 1226 e 1227 del codice civile, tenuto conto di tutti gli aspetti pertinenti, quali le conseguenze economiche negative, compreso il mancato guadagno, del titolare del diritto leso, i benefici realizzati dall'autore della violazione e, nei casi appropriati, elementi diversi da quelli economici, come il danno morale arrecato al titolare del diritto dalla violazione.* 2. *La sentenza che provvede sul risarcimento dei danni puo' farne la liquidazione in una somma globale stabilita in base agli atti della causa e alle presunzioni che ne derivano. In questo caso il lucro cessante e' comunque determinato in un importo non inferiore a quello dei canoni che l'autore della violazione avrebbe dovuto pagare, qualora avesse ottenuto una licenza dal titolare del diritto leso.* 3. *In ogni caso il titolare del diritto leso puo' chiedere la restituzione degli utili realizzati dall'autore della violazione, in alternativa al risarcimento del lucro cessante o nella misura in cui essi eccedono tale risarcimento*”. (Grifamos)

Organization (WTO) e que prevê para os Estados membros a implementação de regras de responsabilidade que permitam a restituição de lucros ou o pagamento de *royalties* preestabelecidos ao verdadeiro autor independentemente da culpa ou dolo do ofensor.

A jurisprudência italiana assimilou a nova disposição e a remoção dos lucros ilícitos nos delitos civis envolvendo propriedade industrial, o que se tornou uma realidade frequente: “Para ser mais claro, o modo de aplicação deste instrumento remedial foi completamente assimilado e se tornou uma etapa necessária no processo de quantificação da indenização por um juiz” (PARDOLESI, 2015, p. 140). A assimilação foi, contudo, apenas no âmbito do direito da propriedade industrial e do direito da propriedade intelectual.

A legislação de um regramento próprio para os remédios restitutórios na Itália ainda não é realidade, sendo que somente nos campos da propriedade industrial e do Direito do Autor é que o *disgorgement of profits* tem aplicação e, ainda, em coexistência com o lucro cessante.

Exemplo de sistema legal de tradição romano-germânica que prevê a restituição é o holandês. No livro 6 do *Burgerlijk Wetboek*, ou Código Civil Holandês, que trata de obrigações, contratos e responsabilidade civil, há a previsão de que a vítima do ilícito, contratual ou extracontratual, pode optar entre a compensação do dano em dinheiro, tal qual prevê o art. 6:103, ou fixar a indenização no valor correspondente aos lucros que o ofensor obteve com o ilícito:

Artigo 6:104. Estimativa de danos e entrega de lucros: se uma pessoa, que é responsável perante outra pessoa em razão de um delito civil ou por violação de uma obrigação, obteve lucros em razão do ilícito ou do inadimplemento, pode o tribunal, a requerimento da parte lesada, fixar o dano de acordo com o montante do lucro obtido ou parte dele (HOLANDA, 1992).¹¹⁰

O artigo acima é um exemplo a ser seguido na implementação da restituição na responsabilidade civil. Veja-se: a) a obrigação é derivada de um ilícito obrigacional (contratual ou não) ou extracontratual; b) o ofensor obteve lucros em razão de um ilícito; c) a vítima pode optar pela remoção total ou parcial do lucro. Ainda que no mesmo dispositivo se trate da possibilidade de

¹¹⁰ Tradução nossa. Em inglês: “Article 6:104 Estimation of damage and the handing over of profits If someone, who is liable towards another person on the basis of tort or a default of complying with an obligation, has gained a profit because of this tort or non-performance, then the court may, upon the request of the injured person, estimate that damage in line with the amount of this profit or a part of it”.

compensação, o mérito é sistematizar, de forma clara e objetiva, a restituição de lucros inserida na responsabilidade civil.

No Brasil, o estudo da restituição inserida no âmbito da responsabilidade civil é quase de total mérito de Nelson Rosenvald (2019b), posiciona-se ainda a favor do enquadramento da restituição de ilícitos na responsabilidade civil Chiara Teffé (2015). Nelson Rosenvald, em especial, coloca-se como alternativa à corrente majoritária que entende que a remoção de lucros provenientes de um ilícito deve se dar por meio do instituto do enriquecimento sem causa ou de outra figura aproximada, mas também inserida no enriquecimento sem causa, o lucro da intervenção. No sentido desta última corrente, destacam-se Giovanni Ettore Nanni (2004), Maria Candida do Amaral Kroetz (2005), Sérgio Savi (2012), Aline de Miranda Valverde Terra e Gisela Sampaio da Cruz Guedes (2015), Thiago Lins (2016) e Rodrigo da Guia Silva (2018) que entendem que o meio adequado para a remoção dos lucros obtidos por meio de ilícitos é o enriquecimento sem causa pelo lucro da intervenção.

O debate também ocorre em Portugal onde Francisco Manoel Pereira Coelho (1970, p. 38-39) aduziu a impossibilidade de que a remoção de lucros obtidos por um ofensor (interventor) fosse realizada pela responsabilidade civil. Contudo, a opinião de Júlio Manuel Vieira Gomes (1998, p. 793-794 e p. 808)¹¹¹ é divergente, abordando a hipótese de que a restituição de lucros permaneça, justamente, no âmbito da responsabilidade civil. Mais recentemente, Henrique de Sousa Antunes (2018, p. 173)¹¹² também defendeu a posição de que a restituição tem lugar na responsabilidade civil:

Em nosso entender, é devida a entrega do lucro como um efeito da responsabilidade civil. Esse dever encontra acolhimento na dimensão relacional do princípio geral estabelecido pelo legislador a respeito da obrigação de indemnização. Nos termos do artigo 562.º do Código Civil, «quem estiver obrigado a reparar um dano deve reconstituir a situação que existiria, se não se tivesse verificado o evento que obriga à reparação». A norma vem sendo interpretada por referência à reconstituição do património do devedor, esquecendo, sublinha-se, o alcance relacional que o princípio implica.

¹¹¹ O autor, contudo, conclui que, diante do panorama normativo do Direito português à época, a melhor solução era o enquadramento na gestão imprópria de negócios (GOMES, 1998, p. 857).

¹¹² A proposta de Henrique Sousa Antunes compreende que a restituição insere-se no conceito de indenização por dano, alargando o conceito de dano para uma espécie de dano-evento em que se abarcam o dano-prejuízo e o enriquecimento.

Concorda-se, nesta pesquisa, com o autor português, de que o *locus* ideal para se resolver a problemática do lucro ilícito é a responsabilidade civil, sendo esta uma função a ser admitida dentro da multifuncionalidade voltada à realização dos princípios constitucionais, em especial, da solidariedade e da dignidade da pessoa humana.

A compreensão da realização multifuncional da responsabilidade civil e, em especial, do objeto deste estudo que é a restitutória dependerá muito de uma análise taxonômica dos delitos civis, dos não delitos e das consequências desse fato jurídico, o que, no campo do enriquecimento injusto, foi realizado com maestria por Peter Birks (2005).

Os argumentos serão rebatidos em tópico próprio. Para o presente, resta mais que demonstrada a possibilidade de uma função restitutória pela responsabilidade civil, basta, agora, analisar estruturalmente se tal medida é possível.

3 RESTITUIÇÃO PELA VIA DA RESPONSABILIDADE CIVIL NO DIREITO CIVIL-CONSTITUCIONAL: OS REMÉDIOS RESTITUTÓRIOS E SEUS FUNDAMENTOS

Na análise desenvolvida no capítulo anterior, restou demonstrado que a responsabilidade civil contemporânea pode atuar de forma direcionada a realizar ao menos quatro funções principais, seja isoladamente cada uma delas, ou em conjunto.

A realização das funções passa pela teoria dos remédios, a qual foi desenvolvida principalmente no âmbito da *Common Law*, mas que não é totalmente estranha ao *Civil Law*.

A compreensão do papel dos remédios na organização do sistema jurídico, e sua atuação como instrumento de efetividade, é de extrema relevância para este estudo.

O conceito de remédio é polissêmico (SMORTO, 2014, p. 168) e a definição exata do seu significado, para o Direito, é tarefa árdua (BIRKS, 2000), sendo que Birks (2000, p. 3) chega a sugerir que, em razão da dificuldade conceitual e da confusão do termo *remedy* com a categoria *right*, bem como da costumeira da correlação automática entre *remedy* e *wrong*, como se o primeiro somente derivasse do segundo, uma análise taxonômica levaria à posição de que *right* sobrepõe-se a *remedy* e, portanto, este deveria ser o conceito utilizado.

Ocorre que, entendendo *right* como o direito que nasce de uma relação entre fato e norma, isto é, o efeito desta interação, nota-se que na verdade *remedy* pode ser entendido como o instrumento de tutela do *right*, ou seja, que os remédios são instrumentos de tutela que agem de forma a conferir efetividade aos direitos que tutelam.

O fato é que a comunicação entre a linguagem dos remédios e a linguagem dos direitos pode trazer frutos produtivos para a ciência jurídica brasileira, tomando-se, por exemplo, a experiência relatada por Adar e Shalev (2008) em que a comunicação entre os sistemas de *Civil Law* e *Common Law* na experiência israelense proporcionou a construção de um sistema organizado, dotado de segurança, mas também de flexibilidade.

A adequação do remédio dentro de um esquema taxonômico do Direito justifica estruturalmente a razão pela qual é possível a adoção de um remédio restitutivo no instituto da responsabilidade civil.

Neste momento ganha relevo a segunda.

3.1 A realização da responsabilidade civil em sua multifuncionalidade: os remédios a serviço da responsabilidade civil

A negação de que a responsabilidade civil possa exercer outras funções decorre muito da assunção de que a reparação é a única e verdadeira função da responsabilidade civil, com exclusão de todas as outras: “é inquestionável que a negação de indenizações superiores aos valores dos danos advém da visão puramente ressarcitória do instituto da responsabilidade civil” (SARAIVA, 2015, p. 37).

Como exposto acima, a responsabilidade civil contemporânea apresenta caráter multifuncional.

A quebra do paradigma reparatório esbarra na visão de que a responsabilidade civil *per se* é o instrumento de realização da tutela da pessoa. Ocorre que este não é o caso. A responsabilidade civil é um instituto do Direito Civil, a parte que oferece respostas para os metamórficos problemas da sociedade. Manter-se preso e estático ao paradigma reparatório é acreditar em um Direito dogmático, imutável, ao passo que é fato comum que o Direito é mutável, concebido como um sistema aberto de unidade valorativa (CANARIS, 1989). Dessa forma, “a responsabilidade civil avança não apenas adquirindo conhecimentos técnicos, mas também ganhando novos modos de percepção” (NETTO, 2019, p. 110). Há a construção de uma nova responsabilidade civil, que, sob a ótica da reparação dos danos causados à vítima, recebe a denominação de direito de danos¹¹³.

A responsabilidade civil contemporânea não pode ser vista como um canivete simples: um instrumento pensado para cumprir uma função, mas que pode ser utilizado para outras. Um canivete é projetado para cortar, contudo com sua ponta é possível desparafusar algo, ele pode ser utilizado como uma alavanca para se abrir tampas, isto é, pensar outras funções que não aquela para a qual foi originalmente pensado o canivete, e sempre dirão: “mas o canivete foi pensado para cortar e não deve ser usado para remover parafusos”.

¹¹³ Segundo Caitlin Sampaio Mulholland (2010, p. 15, nota 5), “a expressão direito de danos deve ser utilizada preferencialmente quando nos referimos ao estado atual da Teoria Geral da Responsabilidade Civil”. No mesmo sentido, Felipe Braga Netto (2019, p. 113) afirma que responsabilidade civil e direito de danos são expressões que representam um mesmo instituto em momentos históricos e com valores diferentes. Considera-se, contudo, que o Direito de Danos é o estudo da responsabilidade civil contemporânea voltada à reparação dos danos suportados pelas vítimas, enquanto por responsabilidade civil contemporânea se entende a análise com foco na contenção de comportamentos, e não de danos.

Deve-se enxergar a responsabilidade civil como uma caixa de ferramentas, com determinados instrumentos para cumprir funções específicas. Se na caixa de ferramentas existe um pé de cabra, não há razão para se utilizar da chave de fenda para se remover uma tampa. Se existe uma chave de fenda, não há motivo que justifique tentar utilizar outro tipo de chave para desparafusar um parafuso com encaixe de fenda.

Na responsabilidade civil, o mesmo deve ser aplicado.

A responsabilidade civil não é um instrumento único adaptável a diversas tarefas, mas um instituto do Direito Civil que dispõe de determinados instrumentos para realização de suas funções, dando-lhes efetividade, conforme as justificações filosóficas, de política jurídica e os valores do espaço-tempo em que o instituto se encontra demandarem e permitirem.

Em uma caixa de ferramentas do século XV não seria encontrado um amperímetro, da mesma forma, em uma caixa de ferramentas da contemporaneidade não há um estojo de chaves, mas uma parafusadeira elétrica.

Assim, a responsabilidade civil se transforma conforme as demandas sociais exigem e pode adquirir novas ferramentas. Foi assim que a tendência de objetivização da responsabilidade civil, alçada a muito próximo de seu grau máximo na contemporaneidade, começou, no início do século XX, pela demanda social e pelo anseio de se corrigir as injustiças da vida em sociedade.

Se o apego ao dogma da culpa houvesse impedido o estudo da responsabilidade objetiva, talvez hoje se estivesse longe de conceber um direito de danos com foco prioritário na vítima. Por isso, se diz que, “de acordo com o estágio civilizatório de cada sociedade, a responsabilidade civil é chamada a exercitar uma ou várias funções” (ROSENVALD, 2019a, p. 208).

O Direito garante efetividade às funções por meio de determinados remédios:

O remédio é uma categoria recebida pelo direito europeu provinda do ordenamento do *Common Law*, no qual é definido como *cure for wrongs*, ou seja, um instrumento de satisfação de uma necessidade de tutela, muitas vezes ligada à violação de um interesse reconhecido pelo ordenamento jurídico. (MAZZAMUTO; PLAIA, 2012, p. 1) ¹¹⁴.

¹¹⁴Tradução nossa: No original: “*Il rimedio è una categoria pervenuta al diritto europeo dagli ordinamenti di common law, nei quali viene definito cure for wrongs, ossia strumento di soddisfazione di un bisogno di tutela, sovente connesso alla violazione di un interesse riconosciuto dall'ordinamento giuridico.*”

O remédio, ou *remedy*, tem, entre os conceitos conferidos pelos estudiosos da *Common Law*, o de sanção, no sentido de norma secundária que incide após a violação de uma norma primária que prescreve ou proíbe uma conduta (BIRKS, 2000, p. 12-13). Na definição de Edelman (2002, p. 62)¹¹⁵, o remédio é uma resposta do ordenamento jurídico a um delito civil (*civil wrong*), uma resposta do ordenamento jurídico a uma quebra de um dever.

Segundo Garner (2009, p. 1407), o vocábulo *remedy* representa “O meio de conferir efetividade a um direito ou de prevenir ou reparar uma injustiça”¹¹⁶.

O remédio é o instrumento jurídico adequado inserido na responsabilidade civil para responder à tutela de determinado interesse juridicamente protegido (COYLER; FARNDALE, 1966, p. 30). Para os interesses aos quais a responsabilidade civil não possui remédio adequado, utiliza-se o brocardo latino *damnum sine injuria* (COYLER; FARNDALE, p. 31).

O remédio tem múltiplos significados na *Common Law* e sua exata definição é no mínimo tortuosa. Em um estudo breve, Peter Birks (2000) indicou ao menos cinco utilizações do vocábulo *remedy*. O que se identifica, claramente, é que ele está usualmente conectado à ideia de resposta a um fato lícito ou ilícito que dá azo a uma pretensão. Os *remedies*, tal qual previstos na *Common Law*, permitem maior flexibilidade e operabilidade na tutela de interesses jurídicos subjetivos.

Comumente, o conceito de *remedy* é associado à *tort law* ou a um delito contratual, é, assim, usualmente vinculado como a resposta imediata de um *wrong*, isto é, de um ilícito. Contudo, os *remedies* não se restringem aos *wrongs*, mas encontram aplicação, igualmente, no caso de *not-wrongs* (BIRKS, 2000, 25-36). É fato, entretanto, que a categoria de *remedy* recebeu mais atenção na *tort law*.

A *tort law*, na visão de Peter Cane (1997, p. 1), é uma coleção de lides (*cause of action*¹¹⁷) cada um composto por três elementos principais: um interesse protegido pela lei, alguma conduta à qual a lei prescreve uma sanção, e um remédio ou sanção pelo qual o interesse é protegido e a conduta, sancionada¹¹⁸. Nota-se que Peter Cane

¹¹⁵ Nas palavras de Edelman, “A *civil wrong* is a *cause of action* to which the law responds with a *remedy* because it is a breach of duty”.

¹¹⁶ Tradução nossa. No original: “The means of enforcing a right or prevent or redressing a wrong; legal or equitable relief. – Also termed *civil remedy*”.

¹¹⁷ Segundo Peter Birks (2000, p. 25), *cause of action* é um conjunto de fatos concretos suficientes para acionar uma resposta legal. *In verbis*: “Causes of actions are aggregations of facts which happen in the world and suffice to trigger a legal response”.

¹¹⁸ Tradução nossa. No original: “I see *tort law* as a collection of causes of action (or “heads of liability”) each made up of three main components: an interest protected by the law, some conduct which the

trata de remédios e sanções como sinônimos, quando a sanção pode ser tratada tanto como pena como um direito de segundo grau, originário do descumprimento de um direito originário, e o remédio, na verdade, como instrumento de efetivação, por exemplo, do direito originário de uma lesão. No *Common Law*, quando se fala em *punitive damages* ou *compensatory damages*, não se está falando em danos propriamente ditos, mas em remédios à disposição do Direito para tutelar uma situação jurídica subjetiva.

A conceituação de remédio na *Common Law* é complexa. Para os fins deste trabalho e em consonância com o sentido que tem sido atribuído pela doutrina pátria (SILVA; SOUZA, 2019; SILVA, R. G., 2019; ROSENVALD, 2019b), remédio será utilizado no sentido de instrumento de tutela de situações jurídicas¹¹⁹ subjetivas em seus aspectos patológico (violação/perturbação) e fisiológico (exercício) (SILVA, R. G., 2019, p. 256). Fisiológico porque não tutela a situação jurídica apenas quando violada, mas também lhe confere efetividade quando há o exercício, e tanto a tutela da patologia quanto a da fisiologia do direito são relevantes (PERLINGIERI, 2010, p. 27-28).

Para Adar e Shalev (2008, p. 4), os remédios apresentam, em regra, quatro características comuns:

- (a) Um remédio é uma posição jurídica de vantagem, por exemplo, um direito legalmente reconhecido;
- (b) Uma posição jurídica de vantagem remedial é criada a partir de uma violação (incluindo a violação antecipada) de um direito pré-existente. É, portanto, um direito secundário.
- (c) Do ponto de vista da pessoa a quem o remédio é atribuído (a parte lesada), um remédio envolve um benefício prático ou uma vantagem a ela concedidos com a finalidade de aliviar a lesão.
- (d) Um remédio envolve a imposição de um fardo ou de uma desvantagem em face da pessoa legalmente responsável pela violação do direito da parte lesada.¹²⁰

law sanctions, and a remedy or sanction by which the interest is protected and the conduct is sanctioned”.

¹¹⁹ A situação jurídica subjetiva são as situações jurídicas que cabem a um sujeito, embora resultantes de determinações objetivas. A situação jurídica subjetiva é, portanto, a valoração histórica que o Direito faz de determinada situação de uma pessoa. Ao valor casos concretos (fáticos), o Direito implica a produção de efeitos. Esses efeitos são situações jurídicas (ASCENSÃO, 2010, p. 11).

¹²⁰ Tradução nossa. No original: “(a) A remedy is an entitlement, i.e., a legal right. (b) A remedial entitlement is created following the violation (including the anticipated violation) of a pre-existing right. It is therefore a secondary right. (c) From the standpoint of the person entitled to the remedy (the aggrieved party), a remedy involves a practical benefit or advantage, awarded him for the sake of alleviating the grievance. (d) A remedy involves the imposition of a burden or disadvantage on the person legally responsible for the violation of the aggrieved party’s right.”.

Há uma aparente sensível diferença entre os sistemas da *Civil Law* e da *Common Law* quanto aos remédios e aos direitos, contudo a aproximação entre os dois grandes sistemas jurídicos pode ser de relevância para o estudo e aplicação do Direito, como na experiência de Israel (ADAR; SHALEV, 2008).

Tradicionalmente, o sistema da *Civil Law* se construiu pela dogmática dos direitos, isto é, pela pressuposição de determinados interesses merecedores de tutela que foram objeto de normatização e positivação pelo órgão legislativo; já no sistema *Common Law*, tradicionalmente, a atribuição de um remédio é anterior ao reconhecimento de um direito, de forma que a seleção do interesse digno ocorre diretamente durante a individualização da própria tutela (SMORTO, 2014, p. 161):

A efetividade das tutelas prevalece, portanto, sobre a declaração abstrata de direitos e comporta que a definição da posição subjetiva de vantagem seja um *posterius* da individualização dos remédios (SMORTO, 2014, p. 161)¹²¹.

O brocardo definidor do *Common Law* é *ubi remedium, ibi jus*, ou seja, onde há remédio, há direito (GARNER, 2009, p. 1877). Assim, na *Common Law*, a tradição é utilizar-se da “linguagem dos remédios” (SILVA, R. G., 2019, p. 260).

A referida característica se desenvolveu tanto em razão da tradição inglesa de *forms of action*¹²², semelhante ao que ocorria no Direito romano em que as pretensões correspondiam a determinado tipo de ação, bem como pelas características da *Equity*¹²³ que justamente tinha por finalidade encontrar soluções jurídicas para casos não abordados pela lei (SMORTO, 2014, p. 161): “A centralidade dos remédios (*remedies*) relegaria a um papel secundário a atribuição formal de

¹²¹ Tradução nossa. No original: “L’effettività delle tutele prevale, dunque, sull’enunciazione astratta dei diritti e comporta che la definizione delle posizioni soggettive di vantaggio sia semmai un *posterius* rispetto all’individuazione dei rimedi.”.

¹²² A *forms of action* é um conjunto de procedimentos jurisdicionais admitidos nas antigas Cortes oficiais de justiça inglesa medievais que compunham um sistema de ações típicas que vigoraram até o final do século XIX; o referido sistema só permitia a tutela de interesses jurídicos caso existisse uma ação típica pré-determinada (SMORTO, 2014, p. 161).

¹²³ A respeito da *Equity*: “Desde que as Cortes de Justiça estabeleceram-se como órgãos distintos das Cortes Reais e do parlamento, houve severa relutância para ouvir-se casos e decidir-se litígios que não tivessem os procedimentos pré-estabelecidos. Dessa forma, os litígios não previstos nos documentos legais e para os quais não havia forma procedimental para que pudessem ser pleiteados nas Cortes de Justiça, eram deixados à margem da justiça. Por isso, formavam um grande número litigantes injustiçados. O formalismo prevalecia sobre a justiça. A resposta a esse “sistema de injustiças formais” foi o desenvolvimento do que é chamado, na *Common Law*, *Equity* – Equidade [...]. Assim, no sentido próprio da palavra ‘equidade’, a justiça era feita de forma individual aos casos concretos” (VIEIRA, 2007, p. 143-144).

direitos (*rights*) ou, em formulação diversa, de posições jurídicas de vantagem (*entitlements*)” (SILVA, R. G., 2019, p. 260) ¹²⁴.

A crítica aos remédios na *Common Law* passa muito pela influência da *Equity*. O decisionismo, isto é, a característica própria de equidade de decidir caso a caso concretamente, sem um sistema normativo posto que justificasse tais decisões, permitiria uma discricionariedade muito ampla e perigosa, caso admitido que os remédios poderiam ser aplicados – e criados – livremente pelas Cortes. Peter Birks (2000, p. 16-17) critica tal possibilidade, afirmando que o pensamento de que tomar remédio como o direito nascido de uma decisão judicial discricionária – isto é, que cria uma solução para o caso concreto como na *Equity* – traria o risco de se apagar a taxonomia do Direito Civil, afetando a segurança do sistema.

Tal sistemática claramente oferece uma característica de operabilidade ao Direito em direção à realização de funções dos institutos jurídicos que visam tutelar direitos. Nesse aspecto, destaca-se a contribuição da construção anglo-saxônica de remédio para duas características conhecidas pelo Direito Civil-Constitucional brasileiro: operabilidade e efetividade.

Na *Civil Law* não se aplica o brocardo *ubi remedium, ibi jus*, mas o oposto, *ubi jus, ibi remedium*, ou seja, onde há um direito, há um remédio (GARNER, 2009, p. 1876). Isso se dá em razão de que, ao contrário da linguagem dos remédios adotada na *Common Law*, no sistema da *Civil Law* o que se fala é a linguagem dos direitos.

No sistema romano-germânico (*Civil Law*), o que se observa é “a proeminência da lei como fonte do direito e a centralidade da enunciação e atribuição abstratas dos direitos” (SILVA, R. G., 2019, p. 260). O sistema é centrado no reconhecimento de situações jurídicas subjetivas, isto é, primeiro se positiva o reconhecimento de direitos para, após, oferecerem-se remédios que os tutelem. A individualização do direito tutelado se dá na relação entre direito subjetivo e ação:

¹²⁴ Sobre o conceito de *entitlement* por todos, adota-se, aqui, o seguinte trecho da obra de Calabresi e Melamed (1972, p. 1090): “O primeiro problema que deve ser enfrentado por qualquer sistema legal é o denominado problema do ‘entitlement’. Sempre que é apresentado ao Estado os interesses conflitantes de duas pessoas, ou dois ou mais grupos de pessoas, ele deve decidir qual lado favorecer. [...] Consequentemente o papel fundamental do Direito é decidir qual direito das partes litigantes prevalecerá”. Tradução nossa. No original: “*The first issue which must be faced by any legal system is one we call the problem of ‘entitlement’. Whenever a state is presented with the conflicting interests of two or more people, or two or more groups of people, it must decide which side to favor. [...] Hence the fundamental thing that law does is to decide which of the conflicting parties will be entitled to prevail*”. Assim, *entitlement* significa um direito reconhecido, ou uma posição jurídica favorável.

Historicamente, o *Civil Law*, em especial modo aquele de derivação germânica, põe ao centro do próprio quadro a consistência das situações jurídicas subjetivas através da teoria do direito subjetivo. Os ordenamentos da Europa continente confiam a individualização dos interesses tutelados – a denominada função atributiva – à relação entre direito subjetivo e ação (SMORTO, 2014, p. 187) ¹²⁵.

Tal característica decorre de dois aspectos dos sistemas jurídicos de natureza romano-germânica (*Civil Law*), primeiro, a teórica competência exclusiva do Poder Legislativo para a inovação e criação de novas situações, de forma que, *a priori*, ao Executivo e Judiciário competiriam a interpretação, a execução e a aplicação das leis, mas não a criação de direitos; em segundo lugar, a característica de império da lei como fonte de direitos e obrigações, resistindo aos costumes e à jurisprudência como fenômenos criadores de direitos (SILVA, R. G., 2019, p. 260).

No *Civil Law*, portanto, a problemática ficaria por conta da dificuldade de adaptabilidade do Judiciário a novas situações fáticas, em razão do processo burocrático legiferante e da limitação, ao menos teórica, do Judiciário à enunciação abstrata dos direitos em detrimento da efetividade da tutela jurisdicional concreta. O magistrado estaria limitado à subsunção do fato à norma, totalmente oposto ao sistema de *Common Law*, em especial à *Equity*, em que a decisão judicial é maleável de forma a conferir tutela a uma situação que, inicialmente, ficaria desprovida de qualquer proteção.

O formalismo exacerbado e o raciocínio subjuntivo sofreram mitigações com a metodologia do Direito Civil-Constitucional, que, como já antes explorado neste trabalho, procurou dar maior efetividade aos direitos subjetivos em detrimento do formalismo exacerbado, em cumprimento e sob a ótica dos princípios constitucionais.

Para a superação deste modelo, é necessário também ressignificar a categoria de *direito subjetivo*¹²⁶ de forma a adequar a centralidade do sistema às

¹²⁵ Tradução nossa. No original: “*Storicamente il civil law, in special modo quello di derivazione germanica, pone al centro della propria intelaiatura la consistenza delle situazioni giuridiche soggettive attraverso la teoria del diritto soggettivo. Gli ordinamenti dell’Europa continentale affidano l’individuazione degli interessi tutelati – la c.d. funzione attributiva – al rapporto tra diritto soggettivo e azione*”.

¹²⁶ O *direito subjetivo* é visto como “efeito de fato jurídico (plano de eficácia), devendo, assim, seu estudo, bem como sua posição na lei, vir após o fato jurídico, que lhe dá origem” (AZEVEDO, 2004, p. 70); Esclarecedora sobre o conceito de direito subjetivo é a lição de Ruggiero (2005, p. 36): “a palavra ‘direito’ encerra dois significados diversos. Numa primeira acepção significa a regra ditada à conduta humana, a norma de conduta à qual o indivíduo se deve submeter e a cuja observância pode ser forçado mediante coação externa ou física (*jus est norma agendi*). [...] Num segundo sentido, designa uma faculdade reconhecida ao indivíduo pela lei e que lhe permite levar a efeito determinados atos (*ius est facultas agendi*). [...] Na primeira acepção verifica-se o que na linguagem técnica se chama direito objetivo; na segunda o que se chama direito subjetivo”.

premissas do Direito Civil-Constitucional. Nesse sentido, Eduardo Nunes de Souza apresenta a situação jurídica subjetiva em uma perspectiva relacional:

o aparente paradoxo na apresentação da situação jurídica subjetiva como um efeito que decorre do ato jurídico (e não como um pressuposto que o antecede) pode ser facilmente esclarecido em perspectiva dinâmica do direito, atenta à influência recíproca exercida entre fato e norma, conforme amplamente proposto pela metodologia civil-constitucional (SOUZA, 2015, p. 4).

A situação jurídica subjetiva¹²⁷ é vista em sua complexidade, diferentemente da restrita visão de direito subjetivo, não há uma mera subsunção entre fato e norma abstratamente considerados, mas uma dinâmica interação relacional que cria, modifica ou extingue relações (PERLINGIERI, 2008, p. 668). A situação jurídica subjetiva está em consonância com a finalidade de tutela das relações jurídicas existenciais, próprias do Direito Civil-Constitucional, já que o direito subjetivo apresenta caráter eminentemente patrimonial, de forma que o conceito de situação jurídica subjetiva abarca outras relações que não apenas aquelas de cunho individualista. A situação jurídica revela “uma estreita ligação entre fato e efeito – ser e dever-ser –, não há oposição entre essas duas categorias; não são antitéticas e incomunicáveis” (NAVES, 2003, p. 17); nota-se que a adoção do conceito de situação jurídica subjetiva, tal qual tratado principalmente por Perlingieri (1999), aproxima o Direito da realidade, afastando o caráter predominante no formalismo positivista, justamente o que a metodologia do Direito Civil-Constitucional busca ressignificar (e, por que não, superar). Ainda, segundo Bruno Torquato de Oliveira Naves (2003, p. 17), “A situação jurídica subjetiva é efeito, pois consequência de um ato, e é categoria geral de avaliação do agir humano. Integram esse conceito geral o poder jurídico, o direito potestativo, o ônus, o interesse legítimo e o direito subjetivo”.

A relação entre situação jurídica subjetiva e efetividade revela-se, posto que aquela “é um centro de interesses tutelado pelo ordenamento jurídico” (NAVES, 2003, p. 17).

Assim, a ideia de que o *Civil Law* realmente ainda é centrado puramente no direito subjetivo, sendo este seu império, é falaciosa. Bem como as teorias de

¹²⁷ Sobre a construção da ideia de situação jurídica subjetiva: “A expressão situação jurídica subjetiva deve grande parte de sua difusão à obra de Paul Roubier, jurista francês que, em posição bastante inovadora para a época, atribuiu justamente àquele efeito decorrente do encontro entre as *fattispecie* abstrata e concreta esta designação mais genérica, por ele definida como complexo de direitos e deveres – em substituição à concepção tradicional de direito subjetivo, que implicava uma prerrogativa franca do titular sem qualquer dever associado [...]” (SOUZA, 2015, p. 5-6).

interpretação do Direito permitiram aos juízes a operabilidade das normas jurídicas e a busca pela efetividade das tutelas, sem o apego frio à lei que antes era praticado com base no positivismo exegético.

Da mesma forma, no *Common Law* também não há uma livre e desenfreada discricionariedade judicial, existindo sistemas de controle e fundamentação das decisões, bem como *statute law* em que direitos são reconhecidos previamente ao seu remédio.

O fato é que tanto a máxima *ubi remedium, ibi jus* quanto a máxima *ubi jus, ibi remedium* não podem ser aplicadas de forma totalitária, há, nos dois sistemas, pontos de aproximação, sendo que o mais importante deles quanto à relação entre situações jurídicas subjetivas e remédios é a busca por efetividade.

O que se verifica é que não há que se continuar a realizar essa diferenciação abismal entre os sistemas da *Civil Law* e da *Common Law*, principalmente sob a ótica da efetividade da tutela das relações jurídicas privadas perseguida pela metodologia do Direito Civil-Constitucional.

A aproximação entre a linguagem dos remédios e a linguagem dos direitos é necessária.

É salutar que, ao invés de se desvirtuar as finalidades dos remédios no Direito brasileiro, na tentativa de se escapar à sua taxatividade, que a ideia de operabilidade conferida pelo mecanismo remedial da *Common Law* seja absorvida, de forma a que “somente em perspectiva funcional se pode reconhecer o interesse merecedor de tutela e, assim, se perquirir o instrumento mais efetivo para a implementação dessa tutela no caso concreto” (SILVA, R. G., 2019, p. 267).

Os remédios atuam tanto na via patológica (sanções) quanto na fisiológica (exercício de direitos). Analisando os remédios inseridos na Lei Geral de Proteção de Dados (lei nº 13.709/18), Silva e Souza (2019, p. 10) deixam claro que os remédios são instrumentos voltados à efetividade e não apenas uma resposta do ordenamento:

Trata-se, na perspectiva antes exposta, da previsão de remédios para a tutela da privacidade – os quais, como visto, voltam-se não apenas a sanar violações como, igualmente, a prevenir lesões e viabilizar o próprio exercício do direito.

Considerando-se que a efetividade é justamente um dos objetivos do Direito-Civil Constitucional, a opção metodológica que representa o fio condutor teórico deste trabalho, a opção pela técnica dos remédios, tal qual aqui exposta, se justifica.

É necessário, entretanto, adaptar o sistema jurídico brasileiro para que a tutela por meio de remédios restitutórios possa ser acolhida.

No Brasil há uma tentativa de se inserir todos os remédios em um único instrumento, o que se mostra equivocado e leva a uma confusão entre as diferentes funções da responsabilidade civil em relação aos instrumentos de realização, bem como a uma confusão entre os próprios conceitos de remédio e função. Não raro a jurisprudência se vale de uma denominada “tríplice função” da compensação por danos morais sem efetivamente diferenciar, no provimento jurisdicional, a condenação que exerce cada função de forma clara e objetiva.

Um caso interessante é adequado para se demonstrar tal confusão. Trata-se do Recurso Especial 1.440.721/GO, julgado pela 4ª Turma do E. Superior Tribunal de Justiça, sob relatoria da ministra Isabel Galotti, em que o Sr. Ronaldo Caiado, conhecido político goiano, foi vítima de um ilícito civil (difamação) em razão de ter seu nome atribuído a fatos inverídicos em obra bibliográfica publicada e comercializada nacional e internacionalmente. No julgamento, foi fixada indenização por danos morais como a única solução aplicável ao caso, veja-se:

[...] A indenização por danos morais possui tríplice função, a compensatória, para mitigar os danos sofridos pela vítima; a punitiva, para condenar o autor da prática do ato ilícito lesivo, e a preventiva, para dissuadir o cometimento de novos atos ilícitos. Ainda, o valor da indenização deverá ser fixado de forma compatível com a gravidade e a lesividade do ato ilícito e as circunstâncias pessoais dos envolvidos. 6. Indenização no valor de R\$ 250.000,00 (duzentos e cinquenta mil reais), a cargo de cada recorrido, que, no caso, mostra-se adequada para mitigar os danos morais sofridos, cumprindo também com a função punitiva e a preventiva, sem ensejar a configuração de enriquecimento ilícito [...]. (BRASIL, 2016)

Na decisão nota-se que a) o entendimento do tribunal é de que a responsabilidade civil oferece apenas uma única resposta ao ilícito: a compensação/reparação (dogma reparatório); b) as funções são entendidas como pertencentes à indenização (*damages*) e não à responsabilidade civil (*tort*), invertendo a lógica de que os remédios realizam as funções do instituto e não o inverso; c) há uma imputação genérica e desprovida de fundamento próprio quanto à identificação da realização das funções da responsabilidade civil; d) há confusão entre função preventiva e efeito dissuasório; e) a função punitiva é confundida com o conceito de sanção enquanto norma secundária, isto é, a resposta do ordenamento ao descumprimento de um preceito primário.

De plano, como já exposto, as funções são relacionadas ao instituto jurídico da responsabilidade civil, e tais funções (definidas pela finalidade buscada no ordenamento jurídico) são realizadas por meio de remédios, soluções previstas em normas-sanção que darão efetividade, cada qual, às finalidades que definem as funções da responsabilidade civil (reparar/prevenir/punir/restituir). O acórdão citado inverteu a ordem, como se a indenização fosse multifuncional, enquanto, na verdade, indenização é gênero. As formas de indenização (ou outros remédios) são os meios pelos quais as funções se realizam.

A taxonomia é relevante e ajuda a se compreender o modo de funcionamento do Direito, bem como auxilia a justificá-lo perante a sociedade, de forma que o Direito só será capaz de sustentar-se de forma estável, flexível e transparente se a visão que se tiver dele obedecer a certa taxonomia (BIRKS, 2000, p. 3).

A indenização (*damages*), em regra, é a condenação do ofensor ao pagamento em dinheiro pela prática de um ilícito (ROSENVALD, 2019b, p. 45), indenização não é sinônimo de reparação/compensação, a indenização compensatória é um dos remédios disponíveis a realizar a função reparatória da responsabilidade civil (EDELMAN, 2002, p. 5).

A compensação por danos morais é o remédio oferecido pela responsabilidade civil para cumprir com sua função reparatória, na modalidade e compensação, por meio da condenação do ofensor ao pagamento de uma quantia (NIVARRA, 2014, p. 76). A indenização de R\$ 250.000,00 (duzentos e cinquenta mil reais) no caso tem função claramente compensatória. Objetivamente se analisando, ao se considerar o cargo ocupado pelo lesado – senador da República – o dano à sua imagem e honra corresponde à necessidade de compensação no valor fixado, é razoavelmente coerente com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça¹²⁸ quanto ao *quantum* compensatório no caso de ofensa à honra de figura pública.

É fato que a compensação produz um efeito dissuasório, principalmente se arbitrada adequadamente, contudo a prevenção, seja pela prevenção em sentido estrito (risco real) ou pela precaução (risco hipotético), não é uma finalidade buscada pela aplicação do remédio compensatório.

¹²⁸ A título de exemplo, foi fixado em R\$ 100.000,00 (cem mil reais) o valor de indenização compensatória por danos morais em favor do ministro Gilmar Ferreira Mendes por publicação ofensiva à sua honra (EREsp 1771866, Terceira Turma, Relator Marco Aurélio Belizze, julgado em 12 de fevereiro de 2019).

Ainda, sendo uma resposta normativa ao descumprimento de uma norma primária, obviamente que a natureza sancionatória está presente, mas não é o fato de a responsabilidade civil corresponder a uma resposta sancionatória que a torna um instrumento de realização da função punitiva.

O caso do dano moral é peculiar, já que não se observa diminuição do patrimônio tangível do ofendido ao ofensor, em que a reparação é realizada por meio da compensação, isto é, o pagamento de um valor equivalente ao dano causado.

O fato de imputar à compensação por danos morais as “funções punitiva e preventiva” representa o fenômeno que Rosenvald (2019b, p. 475) denomina de hipertrofia do dano moral, isto é, a inserção na compensação por danos morais de outras finalidades que não aquela buscada pela função da responsabilidade civil realizada pelo remédio compensatório.

Quando se arbitra uma compensação por danos morais, o foco do julgador é a vítima, a valoração do dano sofrido e a quantificação da indenização compensatória, sendo estranho a este processo, à função realizada pelo remédio e à própria estrutura da indenização compensatória que o foco da vítima seja direcionado ao ofensor para concomitantemente o punir e prevenir o cometimento de outras condutas.

O mesmo fenômeno de que as condenações por danos morais sejam “anabolizadas” de forma a realizar outras funções que não unicamente a compensatória é relatado na França (SÉJEAN, 2015, p. 129), o que muito explica a observação do mesmo fenômeno no Brasil, já que, como delineado no primeiro capítulo, a legislação civil francesa exerceu relevante influência na construção de nosso sistema de responsabilidade civil.

No caso relatado envolvendo o senador Ronaldo Caiado, facilmente pode ser identificada a viabilidade de atuação de três soluções remediais da responsabilidade civil de acordo com cada função exercida rumo à concretização de uma finalidade buscada:

<i>Finalidade</i>	<i>Função</i>	<i>Remédio</i>
Reparar	Reparatória	Indenização Compensatória
Punir	Punitiva	Pena Civil
Restitutória	Restituir	Remoção do Lucro

Poderiam ser reparados os danos, fosse pela compensação por danos morais ou pela reparação *in natura* (publicação de nota de retratação, comunicados na imprensa sobre o teor da sentença etc.). Poderia, caso houvesse previsão legal, ter

sido imposta, para além da reparação, uma pena civil, com intuito estritamente punitivo, que visaria a retaliar o comportamento do ofensor. E, por fim, certamente a publicação da obra gerou ganhos para a editora (*ill-gotten gains*), sendo que deveria ser facultado ao ofendido optar ou pela reparação ou pela remoção dos lucros obtidos com o ilícito (*disgorgement*), ou, ainda, permitir-se a cumulação da reparação *in natura* (publicação de retratação) com a remoção dos lucros. O fato é que “restituição, assim como a compensação, é uma categoria de resposta, não de um evento causal” (BIRKS, 2005, p. 16)¹²⁹. Nesse sentido, o ofendido dispõe de diferentes possibilidades frente ao ofensor para tutelar seus interesses, seja pela compensação ou pela restituição:

Normalmente, quando o réu cometeu um ilícito contra o autor, o autor pede a resposta da reparação. Às vezes, porém, o réu realizou lucro através do ilícito; e em pelo menos alguns desses casos, o autor pode deixar de lado a resposta da reparação e, em vez disso, buscar uma resposta baseada não na perda do autor, mas no ganho do réu. (SMITH, 1991, p. 684)¹³⁰

O caso paradigmático para a restituição por ilícitos é o de *Attorney General v Blake* (REINO UNIDO, 2000). George Blake era um ex-espião do Serviço Secreto Britânico que se tornou agente duplo, atuando em favor do Serviço Secreto Soviético. Após permanecer preso durante cinco anos – de uma pena de 42 anos de prisão –, Blake conseguiu fugir e se asilou em Moscou em 1966.

Em 1989, Blake escreveu uma autobiografia, em que expôs diversas informações sigilosas obtidas em razão de seu antigo emprego no Serviço Secreto Britânico. Ocorre que, em 1989, as informações já tinham perdido o caráter de sigilo e a revelação de tais informação não tinha potencial de causar danos ao interesse público, mas Blake não requereu autorização prévia da Coroa ou do Serviço de Inteligência para divulgar uma série de informações que demandariam tal cautela. Isso porque Blake assinou um contrato – *Official Secrets Act declaration* – que continha a seguinte previsão:

[...] Eu me comprometo a não divulgar qualquer informação oficial obtida por mim em razão do meu emprego, seja na imprensa ou em forma de livro. Compreendo também que estas disposições se aplicam

¹²⁹ Tradução nossa. No original: “*Restitution like compensation, is a category of response, not a category of causative event*”.

¹³⁰ Tradução nossa. No original: “*Usually when the defendant has committed a wrong against the plaintiff, the plaintiff seeks the response of compensation. Sometimes, though, the defendant has made a profit via the wrong; and in at least some of such cases, the plaintiff can forego the response of compensation and instead seek a response based not on the plaintiff's loss but on the defendant's gain*”.

não só durante o período de serviço, mas também depois de o emprego ter cessado. (REINO UNIDO, 2000).¹³¹

Mesmo assim, Blake fez a publicação contando com diversas informações que ele não teria obtido senão em razão de seu emprego no serviço secreto. Com a venda dos direitos de publicação, Blake gerou ganhos de £150.000,00 a título de *royalties*.

Sequer a Coroa britânica ou o governo tinham ciência da publicação do livro, o que só foi descoberto com a sua disponibilização no mercado.

Quando do ajuizamento da ação pelo procurador geral da Coroa contra Blake, este já havia recebido 60 mil libras esterlinas e ainda tinha 90 mil a receber.

No segundo grau, diante de tal situação fática, a *Court of Appeal* sugeriu que a Coroa prosseguisse com uma pretensão de direito privado para reclamar *restitutionary damages* em razão da quebra de contrato. Esse argumento, entretanto, foi levado à *House of Lords*.

A discussão centrou-se justamente no fato de que os *damages*, até aquele momento, eram vistos apenas em sua função compensatória¹³², mas que a própria *Common Law* já havia identificado em outras searas a possibilidade de restituição com base em ilícitos.

Ao final, a Corte reconheceu que “*In some instances the Common Law itself afforded a wronged party a choice of remedies*”, isto é, em algumas instancias a *Common Law* proporcionou à parte lesada a escolha entre remédios.

Ao final, a *House of Lords* assim decidiu:

O tribunal considerou todas as circunstâncias, incluindo o assunto do contrato, o objetivo da disposição contratual que foi violada, as circunstâncias em que ocorreu a violação, as consequências da violação e as circunstâncias em que se solicita o benefício pretendido. Um guia geral útil, embora não exaustivo, é se o autor tinha um interesse legítimo em impedir a atividade lucrativa do réu e, portanto, em privá-lo de seu benefício. (REINO UNIDO, 2000)¹³³

¹³¹ Tradução nossa. No original: “... *I undertake not to divulge any official information gained by me as a result of my employment, either in the press or in book form. I also understand that these provisions apply not only during the period of service but also after employment has ceased*”

¹³² Consta do acórdão: “The general rule is that, in the oft quoted words of Lord Blackburn, the measure of damages is to be, as far as possible, that amount of money which will put the injured party in the same position he would have been in had he not sustained the wrong: *Livingstone v. Rawyards Coal Co.* (1880) 5 App. Cas. 25, 39. Damages are measured by the plaintiff's loss, not the defendant's gain.” (REINO UNIDO, 2000).

¹³³ Tradução nossa. No original: The court have regard to all the circumstances, including the subject matter of the contract, the purpose of the contractual provision which has been breached, the circumstances in which the breach occurred, the consequences of the breach and the circumstances in which relief is sought. A useful general guide, although not exhaustive, is whether the plaintiff's

A decisão é relevante do ponto de vista que identifica que, de um ilícito, podem surgir outras pretensões remediais que não apenas a compensação. Os *restitutionary damages*, na forma de *disgorgement of profits*, como acima foi deferido ao determinar que Blake abrisse mão dos ganhos que realizou em razão da quebra de contato, passaram a ganhar relevância a partir desse precedente. A referida solução foi inicialmente vista como uma tutela excepcional e discricionária de caráter equitativo, mas acabou ganhando corpo e aplicabilidade na jurisprudência britânica, como se abordou anteriormente:

Indenização tem por finalidade reparar um prejuízo e não restituir ganhos auferidos pelo réu: a função da indenização é muito mais reparar um prejuízo do que prevenir o enriquecimento sem causa do réu. Entretanto, no caso Attorney-General v. Blake (2001) [...], a House of Lords reconheceu que o juiz pode conceder tutelas excepcionais e discricionárias, de caráter equitativo, a fim de desprover o réu de um ganho obtido em decorrência de um descumprimento contratual (ANDREWS, 2012, p. 288-289).

A escolha do remédio pode ficar a cargo da vítima, devendo aquela agir da forma que entender mais eficaz para tutelar seus interesses, ou, em uma interpretação mais agressiva, ser também legada ao juiz, que disporá de flexibilidade na aplicação do direito em vistas a conferir a efetividade da tutela jurisdicional: “A variabilidade e a flexibilidade ora atribuídas aos remédios encontram fundamento positivo mais imediato na garantia constitucional de efetividade da tutela jurisdicional dos direitos” (SILVA, R. G., 2019, p. 267), isto é, “substrato material extraído da previsão, contida no artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal, acerca da inafastabilidade do controle jurisdicional” (SILVA, R. G., 2019, p. 267). Pode, também, deixar ao julgador a escolha do remédio adequado, contudo, em nosso sistema processual, tal medida parece que ofenderia os limites da cognição judicial, já que cabe às partes delimitar as fronteiras do campo em que se travará o debate da lide.

Enfim, a responsabilidade civil deve assumir sua posição de instituto jurídico e dispor de remédios, de suas ferramentas, cada qual adequada a garantir a efetividade das tutelas destinadas a cumprir com cada uma das funções antes referidas. Assim, pela função, define-se a estrutura e confere-se uma possibilidade de se orientar o instituto em direção à efetividade na proteção de situações jurídicas.

had a legitimate interest in preventing the defendant’s profit-making activity and, hence, in depriving him of his benefit.

Dentre as funções, o foco recairá sobre a restitutória, isto é, o olhar voltado a suprimir os benefícios que o ofensor pode auferir com o ilícito. Assim, os remédios restitutórios apresentam-se como os instrumentos de tutela de situações jurídicas, em especial por meio da restituição e/ou remoção dos ganhos obtidos pelo ofensor com o ilícito, no caso da responsabilidade civil.

3.2 A taxonomia birkiana e as diversas fontes obrigacionais de enriquecimento injustificado: a cada patologia, o seu justo remédio

Peter Birks tem apreço profundo pela taxonomia no Direito, o estudo acurado da classificação do objeto de estudo da Jurisprudência¹³⁴. Para ele, o Direito, baseado em uma sistematização racional e lógica, oferece segurança e a possibilidade de ser compreendido em cada um de seus elementos (BIRKS, 1996, p. 3-6).

Em seu principal trabalho, Birks se dedicou a demonstrar que o enriquecimento sem causa tem autonomia e que o enquadramento das hipóteses de enriquecimento em outras categorias ficcionais, como os *quase contracts* e os *trusts*, representa um artifício ilógico e irracional, e que a confusão entre a *law of restitution* e a *law of unjust enrichment* deve ser desfeita, posto que são categorias diferentes entre si.

Birks inicia a obra analisando o caso clássico em que foram estabelecidas as premissas do pagamento indevido de um débito inexistente pela jurisprudência inglesa: o caso *Kelly v Solari*.

O senhor Solari contratou um seguro de vida em favor de sua esposa. Quando o Sr. Solari faleceu, sua viúva, enquanto beneficiária, requereu o pagamento da indenização do seguro de vida e recebeu-a integralmente. Tempos mais tarde, a seguradora descobriu que não havia obrigação de pagar a indenização, isso porque o senhor Solari deixou de pagar um prêmio, o que estava registrado nos arquivos da seguradora, mas isso não fora constatado pelo funcionário responsável por checar o pagamento. A seguradora ingressou judicialmente requerendo a restituição do valor pago à viúva e a Corte de Exchequer determinou àquela que assim o fizesse.

No caso, não se considerou qualquer elemento sobre dolo ou culpa, sequer de boa ou má fé, tampouco do não cumprimento de um dever de cuidado, ou da existência de um risco. A seguradora não arguiu, em momento algum, qualquer

¹³⁴ No sentido de Ciência do Direito (REALE, 2004, p. 62).

violação de um dever, ou comportamento ilícito. O fundamento foi que “aquele que recebeu não tinha direito ao pagamento, sequer deveria ter” (BIRKS, 2005, p. 3).

Como o próprio Birks revela, a ideia de imaginar uma seguradora descuidada reavendo dinheiro de uma viúva inocente parece chocante, mas a reflexão leva à conclusão de que “esta é, de fato, a natureza essencial da responsabilidade no enriquecimento injusto. Qualquer outro regime seria intolerável” (BIRKS, 2005, p. 3)¹³⁵. Isso porque a *law of unjust enrichment* tem autonomia frente à *law of wrong* e outras categorias que justificariam uma restituição, em que a investigação factual poderia considerar outros fatores que não o mero pagamento indevido.

A independência do enriquecimento sem causa como categoria autônoma revela que, onde este estiver presente, não haverá um contrato ou um ilícito civil, como no caso do Sr. Solari: onde não havia um contrato – ele nunca prometeu restituir o dinheiro –, tampouco um ilícito civil, mas apenas um pagamento indevido.

Birks utiliza uma interessante analogia para explicar seu ponto. Segundo ele,

Da mesma forma que ‘cachorro’ reúne labradores, rottweilers, alsatians, pointers, terriers, dálmatas e por aí vai. Em um certo ponto inevitavelmente nos aproximamos de um limite. Limites são quase sempre problemáticos. A área próxima do limite do uso correto da palavra ‘cachorro’ demanda debate, e as pessoas começam a discordar. Exceto no uso especial de se referir ao macho, “cachorro” não é usado para raposas. Não é usado para lobos. Dingos trazem dificuldades, pois são usualmente referidos como cães selvagens, de forma que a selvageria não pode ser a chave da diferenciação. (BIRKS, 2005, p. 10)¹³⁶

O que Birks quer demonstrar é que, ao investigar a razão pela qual uma pessoa deve restituir à outra aquilo que a enriqueceu por meio de um pagamento indevido, pode revelar outras conexões que não sejam ilícitos civis ou contratos que justifiquem o remédio restitutivo.

Assim, consegue-se alocar o que é pagamento indevido, isto é, que deriva da falta de um contrato ou de um ilícito, em uma única categoria: o enriquecimento sem causa.

¹³⁵ Tradução nossa. No original: “*is indeed the essential nature of liability in unjust enrichment. Any other regime would be intolerable*”.

¹³⁶ Tradução nossa. No original: “*Near the boundary of ‘dog’ correct usage requires to be debated, and people begin to disagree. Except in the special usage denoting male, ‘dog’ is not used of foxes. It is not used of wolves. Dingos raise difficulties, for they are regularly referred to as wild dogs, whence wildness cannot be the key*”. Dingo é uma espécie de cão selvagem australiano (MICHAELIS, 2020).

A restituição é uma resposta multicausal e tem, entre as causas da qual emerge o direito de restituição, o pagamento indevido; assim como a compensação emerge de um dano, a restituição emerge de um ganho realizado pelo réu:

O direito do enriquecimento sem causa é o direito de todos os eventos materialmente idênticos a um pagamento indevido de um débito inexistente. Tal pagamento faz emergir o direito a restituição. (BIRKS, 2005, p. 3)¹³⁷

O que se pode dizer, conseqüentemente, é que “o direito de restituição baseada em ganhos é mais abrangente que o direito do enriquecimento sem causa” (BIRKS, 2005, p. 3), isto é, o direito à restituição não necessariamente está totalmente inserido na categoria do enriquecimento sem causa, mas é uma resposta que será aplicada de acordo com o fenômeno causal subjacente que deu origem ao direito à restituição. Já um enriquecimento sem causa terá sempre como resposta uma restituição (VIRGO, 2015, p. 9)¹³⁸, seja um pagamento indevido, um contrato ou um ilícito civil. É um erro afirmar que a restituição é monocausal, isto é, baseada apenas na categoria do enriquecimento sem causa, “a restituição é uma resposta multicausal” (BIRKS, 2005, p. 3)¹³⁹. E é multicausal porque responde a outras causas que não o enriquecimento sem causa, quais sejam, o contrato e o ilícito civil. Há de se ver uma “distinção entre os fatos jurídicos que constituem uma relação obrigacional e as pretensões/remédios que o sistema jurídico apresenta para sancionar um comportamento indevido” (ROSENVALD, 2019b, p. 259).

A investigação deve partir da fonte obrigacional que constitui a relação causal do direito à restituição, isto é, qual o fato jurídico assim qualificado pela lei que dá origem a uma obrigação (GOMES, 2000, p. 25). A restituição será o remédio, mas a classificação da obrigação que dá origem à restituição é essencial, principalmente pelas diferenças significativas entre os fatos jurídicos que acarretam em pressupostos diversos para o reconhecimento do direito do autor.

Tradicionalmente, identifica-se que, no Direito Romano, as obrigações eram, aprioristicamente, divididas em duas categorias: “as que nascem *de contrato (ex contractu)* e que nascem *de delito (ex delicto)*” (CRETELLA JÚNIOR, 2002, p. 183),

¹³⁷ Tradução nossa. No original: “*The law of unjust enrichment is the law of all events materially identical to the mistaken payment of a non-existent debt. Such payment gives rise to a right to restitution*”.

¹³⁸ Virgo afirma o seguinte: “The only remedies which are available for actions founded on the reversal of unjust enrichment are restitutionary [...]”. Em tradução livre: Os únicos remédios disponíveis para ações fundadas na reversão de um enriquecimento injusto são restitutórios”.

¹³⁹ Tradução nossa. No original: “*It is a grave but all too tempting error to suppose that every instance of gain-based recovery is also an instance of unjust enrichment. Restitution is not mono-causal*”.

tal sistematização dualista é atribuída ao jurisconsulto Gaio (GOMES, 2000, p. 27; ZIMMERMAN, 1990, p.11), o qual, no mesmo texto e linhas abaixo, ao discutir um caso de enriquecimento sem causa, deixa claro que este não tem natureza contratual ou delitual (ZIMMERMAN, 1990, p.14). O próprio Gaio, em uma emenda às institutas, reconheceu a necessidade de uma terceira categoria denominada “*várias espécies de causas (ex variis figuris causarum)*” (CRETELLA JÚNIOR, 2002, p. 183) em que tudo aquilo que não era contrato e não era delito deveria ser incluído.

A classificação tripartite de Gaio foi aprimorada nas Institutas de Justiniano em que passou a ser quadripartite, isto é, compreendendo *ex delicto*, *ex contractu*, *quasi ex contractu* e *quasi ex delicto* (GOMES, 2000, p. 27).

A referida classificação foi adotada pelo *Code Francês* de 1804, com a inclusão de uma quinta fonte, a lei.

Como já antes citado, as categorias do *quasi contracto* e do *quasi delicto* foram abandonadas no transcorrer da história jurídica, sendo a primeira apenas abandonada e a segunda absorvida pela teoria dos ilícitos civis. A lei, como fonte obrigacional, também foi objeto de críticas, pois a lei é fonte imediata das obrigações, sua causa eficiente, e isso se aplica a todas as espécies de obrigações. Se a lei não reconhece um fato, atribuindo-lhe qualificação jurídica, tal fato não consistirá, por si só, em uma obrigação. A lei, portanto, é fonte imediata de todas as obrigações, isto é, sua causa eficiente, enquanto o fato é a fonte mediata, ou seja, as condições que determinam o surgimento de uma obrigação (GOMES, 2000, p. 25-26).

A classificação taxonômica de Birks foi pensada de forma a justificar o enriquecimento sem causa como categoria obrigacional autônoma no *Common Law*, contudo seu estudo também é de grande valia para o sistema romano-germânico e permite compreender melhor a diferença entre obrigações, remédios, fatos que originam obrigações e os seus efeitos. Assim, estruturalmente é possível justificar o enriquecimento sem causa como categoria obrigacional autônoma assim como a razão pela qual o remédio restitutivo encontra aplicação também na responsabilidade civil.

Birks foca seu estudo justamente no que Orlando Gomes denominou fontes mediatas das obrigações, isto é, nos eventos causais que dão origem a um vínculo obrigacional a que Birks denomina *events*. Por isso sua classificação, baseada nos fatos jurídicos, é denominada “*event-based classification*”, em que Birks identifica três espécies de eventos causais que dão origem a um direito obrigacional: contrato; ilícito

civil, enriquecimento sem causa, ao qual ele denomina *tertius quid*, um terceiro evento do qual direitos emergem assim como outros eventos causativos (BIRKS, 2005, p. 19-20).

Birks, então, traça um mapa para que seja possível compreender a organização das fontes obrigacionais em razão da sua causa, isto é, da sua fonte mediata.

Os fatos jurídicos “*lato sensu*” podem ser voluntários ou involuntários, isto é, podem decorrer de um liame formado por uma declaração de vontade ou por uma atividade que independe de consenso.

Dessa forma, Birks divide os direitos obrigacionais em quatro colunas: *manifestations of consent*, *wrongs*, *unjust enrichment* e *residual miscellany of events*. Ou seja, três categorias desenvolvidas o bastante para merecer uma classificação taxonômica autônoma, quais sejam, manifestações de consentimento¹⁴⁰, ilícitos e enriquecimento sem causa, e outra quarta categoria em que eventos que não se encaixam exatamente nas outras três categorias e que não demandam organização sistemática autônoma, principalmente frente à simplicidade de tais eventos e o lento processo de independência que o próprio enriquecimento sem causa passou até seu reconhecimento autônomo. Em resumo, a proposição de Birks (2005, p. 24) é: “todo direito que a corte deverá conferir efetividade emerge do consentimento, de um ilícito, de um enriquecimento sem causa ou de algum outro evento”¹⁴¹. No mesmo sentido, é a conclusão de Smith (1991, p. 673) que identifica o enriquecimento sem causa como uma terceira *cause of action*:

Tomo como agora incontroverso que há uma causa de ação independente no enriquecimento sem causa. Sabemos que a causa da ação é independente porque ela pode surgir onde não há nem uma obrigação contratual que possa criar uma causa de ação por violação de contrato, nem qualquer ilícito legal ou equitativo que criaria uma causa de ação em delito ou por violação de um dever equitativo.¹⁴²

¹⁴⁰ Em que pese a tradução literal para tentar manter a originalidade da teoria de Birks, a definição por ele adotada de *manifestation of consense* muito se assemelha ao conceito de negócio jurídico conhecido pelo Direito brasileiro: “*In concreto* negócio jurídico é todo fato jurídico consistente em declaração de vontade, a que o ordenamento jurídico atribui os efeitos designados como queridos, respeitados os pressupostos de existência, validade e eficácia, impostos pela norma jurídica que sobre ele incide” (AZEVEDO, 1986, p. 20).

¹⁴¹ Tradução nossa. No original: “*every right which courts will realize arises from consent, from a wrong, from an unjust enrichment, or from some other event*”.

¹⁴² Tradução nossa. No original: “*I take it as now uncontroversial that there is an independent cause of action in unjust enrichment. We know that the cause of action is independent because it can arise where there is neither a contractual obligation which could create a cause of action in breach of*

A posição de Birks é justamente essa. A diferença fica clara na previsão contida na *Law of Restitutions* inglesa (SMITH, 1991, p. 684):

1 . A imposição da resposta da restituição, nos termos da conclusão de que o autor estabeleceu os elementos da causa da ação em enriquecimento injusto. 2. A imposição da resposta da restituição, nos termos da conclusão de que o autor da ação estabeleceu (i) que o réu cometeu um ilícito contra o autor e (ii) que o réu obteve algum lucro assim.¹⁴³

A hipótese 1 se refere ao enriquecimento sem causa, a hipótese 2, à restituição decorrente de ilícitos. De forma que o enriquecimento sem causa não participa, de forma alguma, da segunda hipótese, são causas diferentes, ainda que com remédios semelhantes (SMITH, 1991, p. 684).

A pergunta “De que eventos os direitos emergem?” responde ao evento causal que dá origem à obrigação e que a classifica em uma das quatro colunas. Já a pergunta “Qual finalidade os direitos pretendem atingir quando, com ou sem litígio, são efetivados?” define qual o remédio que será aplicado para a efetivação do direito conforme sua finalidade (BIRKS, 2005, p. 24).

Essa segunda pergunta dá origem a uma segunda classificação, em linhas, e que entrecorta as colunas antes definidas.

Birks (2005, p. 25) classifica as finalidades (funções) em quatro categorias: *restitution, compensation, punishment, and other goals*. As referidas linhas cruzam as colunas gerando intersecções. Tais intersecções assemelham-se a uma construção silogística, há uma premissa de que é a classificação da obrigação conforme o evento causal que a originou e outra premissa de que é o remédio disponível a realizar referido direito.

Nem sempre a conclusão será verdadeira, quando uma das premissas não admitir a outra. Por exemplo, o enriquecimento sem causa não tem, em hipótese alguma, a possibilidade de dar origem a uma pretensão de punição, logo, a intersecção *unjust enrichment x punishment* leva a uma conclusão falsa. E por qual razão, então, a intersecção entre *torts x punishment* levaria a uma conclusão verdadeira?

contract, nor any legal or Equitable wrong which would create a cause of action in tort or for the breach of an Equitable duty”

¹⁴³ Tradução nossa. No original: “1 *The imposition of the response of restitution, pursuant to the conclusion that the plaintiff has established the elements of the cause of action in unjust enrichment.* 2. *The imposition of the response of restitution, pursuant to the conclusion that the plaintiff has established (i) that the defendant committed a wrong against the plaintiff and (ii) that the defendant procured some profit thereby*”.

Ocorre que, na classificação birkiniana, enriquecimento sem causa agrega todos os eventos que sejam materialmente idênticos a um pagamento indevido de um débito inexistente¹⁴⁴, dessa forma, como no caso *Kelly v Solari*, são indiferentes a boa-fé, má-fé, ignorância ou conhecimento, inclusive a negligência da seguradora, o que interessa é que, não pago o prêmio pelo Sr. Solari, o vínculo obrigacional do contrato de seguro não se formou, de forma que entre as partes não havia um contrato ou qualquer outro negócio jurídico. Ainda, o recebimento pela Sra. Solari do valor da indenização, indevidamente paga, decorrente do seguro não constitui, de forma alguma, a violação de um dever, logo, não constitui um ilícito. A única resposta possível é que a seguradora pagou um valor indevidamente para quitar um débito inexistente. O que justifica a restituição é a referida relação material, e não um ilícito ou a quebra de um contrato.

Não há, nesse caso, qualquer possibilidade de investigação de culpa, dolo, risco, *recklessness standard*, ou algum outro nexo de imputação que demanda uma investigação subjetiva que é própria da aplicação de remédios punitivos, como já investigado anteriormente (ROSEVALD, 2019b, p. 235).

Por essa razão, um pagamento indevido jamais poderia acarretar a aplicação de um remédio como a pena civil. Ao contrário, no interno da responsabilidade civil é possível a análise de culpa, de forma que a pena civil, caso exista previsão legal, para ser aplicada, demandará uma análise de outros requisitos que não cabem no enriquecimento sem causa.

Da mesma forma, não havia entre as partes um contrato. A formação do contrato depende de certos elementos que constituem o negócio jurídico, sendo algum deles inderrogável (AZEVEDO, 1986, p. 45), e, no caso do contrato de seguro, o não pagamento do prêmio impede a sua concretização, de forma que entre as partes não há vínculo contratual formado ¹⁴⁵.

¹⁴⁴ Segundo Birks, a caixa que corresponde à intersecção entre enriquecimento sem causa e restituição “contém a receita do pagamento indevido de um débito não existente e, com este caso nuclear, todo outro evento materialmente idêntico àquela figura central” (BIRKS, 2005, p. 25). Tradução nossa. No original: “*It contains the receipt of the mistaken payment of a non-existent debt and, with that core case, every event materially identical to that central figure*”.

¹⁴⁵ Sobre o contrato de seguro de vida, dispõe Orlando Gomes (1999, p. 415): “O seguro de vida é o contrato pelo qual uma parte, denominada, segurador, em contraprestação ao recebimento de certa soma chamada prêmio, se obriga a pagar à outra parte, ou terceiro, intitulada aquela, segurado, uma quantia determinada, sob a forma de capital ou de renda, quando se verifique o evento previsto”.

A restituição (uma das faixas propostas por Birks) cruza as quatro colunas (manifestações de consenso, ilícitos, enriquecimento sem causa e outros eventos causais). A restituição não é um direito restrito ao enriquecimento sem causa, mas comunica-se com outras categorias obrigacionais, e, se reconhecido como parte do direito, o direito restitutivo reúne os remédios restitutivos que podem ser aplicados em diferentes circunstâncias (VIRGO, 2015, p. 17).

Na primeira intersecção há uma conclusão verdadeira, isto é, verifica-se a obrigação de restituir, como, por exemplo, no contrato de depósito. Tartuce (2014, p. 754) afirma que “pelo contrato de depósito o depositário recebe um objeto móvel e corpóreo, para guardar, até que o depositante o reclame”, assim, a parte final do conceito de contrato de depósito, extraído da obra de Flávio Tartuce, revela a existência de um direito à restituição. Assim, independentemente de uma quebra de contrato, ou da violação deste, o depositante poderá exigir a restituição do bem entregue em depósito quando desejar, se não houver estipulação de termo ou condição.

Na segunda intersecção também há uma conclusão verdadeira, e este é o ponto sobre o qual se debruça este estudo. Quando, por meio de um ilícito, uma parte obtém ganhos, a parte ofendida torna-se titular de um direito à restituição destes danos.

A restituição, na responsabilidade civil, tem por objetivo evitar que o ofensor realize lucros com base na violação cometida, principalmente quando os ganhos superam as perdas do ofendido. O princípio de que *tort must not pay* é uma das hipóteses em que o direito restitutivo atua, e, dessa forma, em certos casos, a vítima de um ilícito pode reclamar a restituição (em sentido amplo) dos ganhos que o ofensor obteve com o ilícito (VIRGO, 2015, p. 11).

Seja o ilícito extracontratual ou contratual, a resposta restitutória restará fundada em um ilícito, portanto, diferencia-se da obrigação nascida de um contrato *per se*, sem qualquer violação, e do enriquecimento injustificado.

Neste ponto, a diferença entre as origens do direito que justificam a pretensão é crucial. Durante muito tempo, o entendimento na *Common Law* foi de que a vítima de um ilícito civil que postulasse a restituição ao invés da compensação haveria praticado um “*waiver of tort*”. “*Waiver*”, na linguagem do *Common Law*, significa “a renúncia ou abandono voluntários – expresso ou implícito – de um direito ou

vantagem” (GARNER, 2009, p. 1717)¹⁴⁶. Dessa forma, a vítima de um *tort* que optasse pela demanda restitutória ao invés da compensatória não estaria escolhendo entre dois remédios para tutelar sua situação jurídica, mas abandonando a opção de defender a caracterização de responsabilidade civil por um ilícito e correndo o risco de insucesso de sua demanda pela via do enriquecimento injustificado.

A visão de que, ao optar pela restituição ao invés da compensação, o autor deveria fundamentar sua pretensão, obrigatoriamente, no *quase-contract* ou no enriquecimento sem causa e não no ilícito civil, é equivocada, na visão de Graham Virgo. Aduz o autor que é cristalino que o autor não tem que renunciar a coisa alguma quando pode optar pelo remédio restitutivo ou pelo remédio compensatório em uma ação que se funda em um ilícito civil (VIRGO, 2015, p. 446).

O direito à restituição ainda encontra uma conclusão verdadeira na quarta e última caixa, a intersecção entre os outros eventos causais e a restituição. Nessa caixa encontra-se, por exemplo, a gestão de negócios que, a propósito, não é uma categoria reconhecida nas jurisdições de *Common Law*, mas própria do sistema romano-germânico como herança do Direito romano para situações como a do “bom samaritano”.

Inclusive, nos ordenamentos de *Civil Law*, a gestão de negócios é comumente indicada como a única outra fonte de obrigações ao lado dos contratos, dos ilícitos e do enriquecimento sem causa (KROETZ, 2005, p. 21).

A gestão de negócios no Código Civil de 1916 estava, impropriamente, inserida no título destinado aos contratos nominados. Contudo, na gestão de negócios, não há um vínculo contratual. Isso porque, a gestão de negócios não se forma mediante uma declaração de vontade bilateral, tanto que, no atual Código Civil, está localizada no título que trata dos atos unilaterais (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2018, p. 882).

A gestão de negócios, portanto, não pode ser inclusa na categoria das manifestações de consenso porque nela não há consenso, mas cooperação (LINS, 2016, p. 61). Também não se encaixa na categoria dos ilícitos civis porque em sua

¹⁴⁶ Tradução nossa. No original: “*The voluntary relinquishment or abandonment express or implied of a legal right or advantage*”. De forma completa, a expressão “*waiver of tort*” significa: “A escolha de acionar com fundamento em um *quasi-contract* para recuperar os ganhos injustos do réu, ao invés de acionar com base em um ilícito para compensar os danos sofridos” (GARNER, 2009, p. 1718). Tradução nossa. No original: “*The election to sue in quasi-contract to recover the defendant's unjust benefit, instead of suing in tort to recover damages*”.

realização não há ilícito algum. Tampouco se confunde com o enriquecimento sem causa, como por muitas vezes ocorreu (GOMES, 1998, p. 50-52).

Em alguns ordenamentos, há a gestão de negócios própria, aquela que remete à passagem bíblica do bom samaritano, em que a gestão dos negócios alheios é efetivada por motivo altruístico (GOMES, 1998, p. 44)

Considerando que o ordenamento estudado por Birks não conhecia o altruísmo que justifica a gestão de negócios própria, aqui trata da gestão de negócios imprópria, isto é, aquela “em que o gestor actua sem qualquer intenção altruísta, mas sim com a intenção de se locupletar à custa alheia, ou, na melhor das hipóteses, desconhecendo tratar-se de negócio alheio” (GOMES, 1998, p. 49), tal reconhecimento se deu na forma de exceções à falta de previsão legal (BIRKS, 2005, p. 23).

A gestão de negócios e o enriquecimento sem causa eram ambos inseridos na categoria do Direito romano de *quasi contratos* (CRETELLA JÚNIOR, 2002, p. 225), contudo, como já antes exposto, não se pode utilizar desta fictícia figura para se organizar o Direito Privado contemporâneo.

Enriquecimento sem causa é fonte autônoma de obrigações, nesse sentido, a doutrina nacional já muito caminhou e identificou que aquele não se confunde com a gestão de negócios (SILVA, R. G., 2018, p. 95).

Inclusive, para Birks (2004, p. 23), o direito do interventor sequer é um direito restitutivo, mas compensatório, por isso não deveria estar sequer na coluna do enriquecimento sem causa, pois com ele não se confunde, sequer na linha da restituição, mas na linha da compensação.

Em arremate, segundo a taxonomia birkiniana, a gestão de negócios (intervenção) “não é um contrato, um ilícito ou um enriquecimento sem causa. Ela pertence à quarta coluna, dos outros eventos causais. Além disso, o direito do interventor não é um direito à restituição” (BIRKS, 2005, p. 23-24).

A taxonomia de Birks permite se enxergar que o Direito dispõe de remédios que podem tutelar diversos direitos, sendo que uma análise estritamente funcional de cada instituto, ao invés de proporcionar uma tutela mais efetiva ao jurisdicionado, restringe as armas em sua defesa.

Se a compreensão é de que as obrigações se resumem em compensatórias, restitórias e executórias (NORONHA, 1999, p. 1085), de acordo com a função que exercem, isso significa que pensar a responsabilidade civil exercendo funções como

a preventiva, precaucional, promocional, punitiva e restitutória é uma utopia. A responsabilidade civil estaria sempre legada a um único e estanque papel: o de reparar o dano. Enquanto isso, outros institutos acabariam hipertrofiados para atender a uma demanda crescente que desafia o Direito: os microdanos¹⁴⁷, os danos enormes, a ilicitude lucrativa, enfim, outras faces da realidade social que demandam resposta pela Jurisprudência.

O próprio Birks (2005, p. 28) reconhece que a classificação taxonômica dos direitos depende do critério no qual é baseada: “se a questão é perguntada quanto às suas finalidades [dos direitos], a resposta é que eles visam à restituição, compensação, punição e outras finalidades”¹⁴⁸. O fato é que algumas classificações permitem uma visão mais ampla e assertiva dos direitos, e a taxonomia birkiniana, baseada em eventos causais, traz esta vantagem, a de enxergar uma gama maior de possibilidades remediais em busca da efetividade da tutela das pessoas.

Os remédios restitutórios, portanto, atuam rumo a dar efetividade aos direitos à restituição de um enriquecimento injusto que tenha por causa um negócio jurídico, um ilícito civil, um enriquecimento sem causa, ou outro instituto com regramento restitutivo próprio.

A perspectiva é tanto estrutural – na classificação por eventos causais – quanto funcional, na classificação dos remédios disponíveis a conferir efetividade aos direitos.

3.3 Entre enriquecimento sem causa e responsabilidade civil

A grande divergência doutrinária quanto à restituição de ganhos ilícitos no Direito romano-germânico reside na inserção da restituição dentro da topografia do Direito Civil, isto é, se inserido na categoria do enriquecimento sem causa, de forma que a tutela dos interesses que envolvessem o ganho ilícito se daria por meio da *actio in rem verso* (GOMES, 2000, p. 251), ou pela responsabilidade civil por meio dos remédios restitutórios aplicáveis (ROSENVALD, 2019b).

¹⁴⁷ Sobre os microdanos, interessante a abordagem de Sèjean (2015, p. 129) quanto às consequências de a experiência francesa permanecer atracada ao paradigma reparatório: “Another area where civil liability is used to make up for a lack of legislation is that of ‘micro damage’ caused to a large number of victims. [...] But case-law has long been thinking about the ways of getting around the absence of legislation to avoid perpetrators of such micro disabilities continuing to make money through the proliferation of cases where the damage caused to victims is so minimal that it is not viable for the latter to pay significant legal fees to seek compensation.”

¹⁴⁸ Tradução nossa. No original: “If a question is asked as to theirs goals, the answer is that they aim at restitution, compensation, punishment and other goals”.

O debate é intenso e coloca frente a frente duas escolas, a alemã e a *Common Law*.

A discussão é ampla, e há bons argumentos para as duas correntes. A restituição está em uma zona de penumbra entre a responsabilidade civil e o enriquecimento sem causa:

Infelizmente a restituição do lucro situa-se numa espécie de limbo ou de “terra-de-ninguém” entre os dois institutos, sendo a sua localização fortemente condicionada pela pré-compreensão de cada um deles e dos seus respectivos pressupostos e funções, acabando, por vezes, por negar-se-lhe qualquer lugar no domínio jurídico-privado. (GOMES, 1998, p. 792)

O fato é que a questão no Brasil, até o momento, ganhou maior relevância sob a ótica do enriquecimento sem causa, sendo que os defensores de uma inserção do remédio restitutivo no âmbito da responsabilidade civil passaram a defender tal posição recentemente.

Um dos principais motivos que impede o alargamento dos horizontes doutrinários quanto ao estudo da restituição na responsabilidade civil é o paradigma reparatório/compensatório:

A dúvida quanto ao enquadramento dogmático ocorre, principalmente, em razão dos institutos apresentarem significativas semelhanças. [...] Estas afinidades acabam por influenciar a doutrina, que se divide em duas correntes. O primeiro posicionamento entende que a restituição deve dar-se por meio da utilização substancial da figura do enriquecimento sem causa, pois parte do raciocínio de que a responsabilidade civil teria apenas o dever de compensar o dano, estando limitada a sua extensão. Por outro lado, o segundo entendimento afirma que a restituição patrimonial do lucro da intervenção deve ocorrer através da responsabilidade civil, seja por meio das regras do lucro cessante, seja pela aplicação das funções preventiva ou punitiva da disciplina no *quantum* indenizatório. (TEFFÉ, 2014, p. 43).

A monofuncionalidade da responsabilidade civil como fundamento para afastar a tutela restitutória do seu interno é um argumento frágil. Mesmo que de forma não estritamente correspondente à melhor técnica, a jurisprudência pátria reconhece que a responsabilidade civil, por meio da indenização, exerce função preventiva e punitiva – que, como concluído anteriormente, deveriam ser realizadas, cada qual, por remédios adequados com estrutura e previsão normativa próprias.

E, mesmo o argumento da corrente que defende a restituição de ganhos ilícitos obtidos com ilícitos praticados contra o direito da personalidade – sobre o lucro da intervenção tratar-se-á no subtópico seguinte –, acaba incorrendo em um equívoco,

já que busca, em remédios destinados a outras finalidades, exercer a função restitutória. O lucro cessante tem caráter compensatório, a prevenção sequer depende do ilícito, mas pauta-se no risco eminente ou no risco em potencial, e a punição não se define diretamente, sua justificativa natural está no comportamento antijurídico, tendo como causa mediata o dano.

A proposta da doutrina nacional mais recente (ROSENVALD, 2019b) é que a restituição se dê pela via da responsabilidade civil com a aplicação de remédios restitutórios e não por meio de outros remédios como os compensatórios, punitivos ou preventivos – que poderiam atuar como equivalentes funcionais, mas incorretamente.

Outro fator que, aparentemente, impede o reconhecimento do remédio restitutório pela via da responsabilidade civil é uma visão que confunde, em um mesmo conceito, o fato jurídico e o remédio de tutela.

Como se demonstrou no item acima, os remédios servem ao Direito para tutelar situações jurídicas subjetivas, estas, por sua vez, decorrem de um fato que é qualificável pelo Direito, isto é, um fato jurídico: “*Facto jurídico* é todo acto humano ou acontecimento natural juridicamente relevante” (PINTO, 1999, p. 353, destaques do autor).

Para a análise da matéria aqui em voga, não basta a confusão conceitual entre fato jurídico e remédio, é necessária uma análise não só dos remédios restitutórios, mas dos fatos que dão origem às situações jurídicas tuteladas, como se demonstrou com a taxonomia birkiniana:

A distinção entre os fatos jurídicos que constituem uma relação obrigacional e as pretensões que o sistema jurídico apresenta para sancionar um comportamento indevido é fundamental para o desenvolvimento da temática. (KUPERMAN; ROSENVALD, 2017, p. 15).

Analisar apenas o efeito “enriquecimento” ou “ganhos ilícitos” não colabora a desvendar a problemática aqui colocada, obviamente que há uma perspectiva funcional, mas a perspectiva estrutural e, principalmente, a taxonômica permitem enxergar um horizonte mais amplo que não o do enriquecimento de forma independente do fato jurídico que o originou.

No Direito inglês somente um estudo pautado na taxonomia permitiu que a restituição fosse reconhecida como uma hipótese autônoma dentro do universo jurídico. Até 1966, reconhecia-se a divisão do direito das obrigações apenas em *torts* e *contracts*, isto é, responsabilidade civil e contratos (KUPERMAN; ROSENVALD,

2017, p. 2017). O que não se encaixasse nas referidas categorias, como um pagamento indevido, era tratado como um *quasi-contract*, isto é, um contrato implícito, ou outras figuras periféricas¹⁴⁹. No referido ano, Goff & Jones publicaram a obra *The Law of Restitution* em que demonstraram que, “no interno da *Common Law* e *equity*, há uma principiologia que reconhece o enriquecimento sem causa como fonte de um remédio restitutivo” (KUPERMAN; ROSENVALD, 2017, p. 14) e, assim, considerando que o uso de figuras aproximadas (*quase contrato* e *quase delito*) traz incertezas, identificaram a autonomia do fenômeno obrigacional do enriquecimento, afastando a noção de quase contrato.

No Brasil, a figura do quase contrato foi igualmente repelida por Orlando Gomes (2000, p. 247): “Repele-se hoje a figura do *quase-contrato* na qual, tradicionalmente, se inseria o *pagamento indevido*”, principalmente porque o quase-contrato demanda a ausência de vontade - não havendo vontade, não há contrato, logo, não há também a figura aproximada. Foi, justamente, a imprecisão técnica da terminologia que acarretou no abandono, pela doutrina, da figura dos *quase contratos* e dos *quase delitos*, que foram incorporados na forma de delitos civis culposos:

As figuras do quase-contrato e do quase-delito foram gradativamente abandonadas por sua falta de precisão técnica. O quase-delito, termo reservado aos atos danosos praticados culposamente, fundiu-se ao delito, que tinha o dolo como elemento essencial, resultando na figura mais abrangente do ato ilícito. De forma semelhante, o quase-contrato foi substituído pela noção dos atos unilaterais de vontade, que a Pandectística germânica inseriu ao lado do contrato como espécies de uma categoria mais ampla denominada negócio jurídico. (SCHREIBER; TEPEDINO, 2008, p. 24).

Ambas as categorias, portanto, encontram, na doutrina pacífica, posição de superação, pelo que desde já são descartadas quanto à configuração da base do direito restitutivo.

O *trust* foi outra categoria objeto de adaptação para suprir a lacuna da supressão de benefícios na doutrina do Direito inglês, principalmente quanto à violação de direitos de propriedades. O *trust*, em si, “foi uma criação do Direito da Equidade [*Equity*] para solucionar situações que não encontravam amparo dentro da *Common Law*” (VIEIRA, 2007, p. 178).

¹⁴⁹ Sobre quase-contratos, toma-se o conceito de Álvaro Villaça Azevedo (2001, p. 43): “O *quase contrato* é o ato lícito, como é o contrato, mas dele não participa o acordo de vontades. É como se o acordo existisse, tal qual na gestão de negócios, instituto jurídico pelo qual o gestor realiza atos em favor do dono da coisa sem autorização deste, sendo, entretanto, presumida essa autorização”.

Por vezes, a Corte, para justificar a restituição, construía entre as partes envolvidas uma relação virtual de fidúcia, mas sem efeitos fiduciários para além da decisão, isto é, uma ficção jurídica que constituía a base hermenêutica que permitia justificar a decisão que condenava o ofensor a restituir a propriedade usurpada ao ofendido, e que recebeu, em inglês, o nome de *constructive trust*, assim definido:

Um remédio de equidade que a corte impõe em face daquele que obteve uma propriedade através de um ato injusto. Um *constructive trust*, imposto para evitar o enriquecimento injusto, não cria uma relação fiduciária. Apesar de sua denominação, não é um *trust* propriamente dito – Também denominado *implied trust; involuntary trust; trust de son tort; trust ex delicto; trust ex maleficio; remedial trust; trust in invitum*; (GARNER, 2009, p. 1649)¹⁵⁰

Trata-se, claramente, de uma ficção jurídica, tal qual o contrato implícito, algo que não pode ser racionalmente explicado e que carece de base teórico-dogmática que a sustente. Na verdade, é um ato puramente discricionário. Por essa razão, Birks (2000, p. 17-19) critica a característica de discricionariedade que o *constructive trust* carrega, já que sua criação, como o próprio indica, decorre, única e exclusivamente, da vontade da Corte, conforme o caso *Atlas Cabinets and Furniture Ltd. v. National Trust Co. Ltd*, citado por Birks (2000, p. 18):

Um *constructive trust* remedial é um *trust* imposto pela corte como um remédio em face de uma injustiça. O direito a esse remédio pode ser uma questão de direito material, mas o *trust* em si não é criado pelas partes, ou mesmo pela obrigação de restituir, mas pela ordem o tribunal. (CANADÁ, 1990)¹⁵¹.

Uma medida que beira ao autoritarismo hermenêutico e que foge daquilo que se procura quando se prega maior flexibilidade interpretativa, como faz o Direito Civil-Constitucional, para ser, na verdade, pura discricionariedade.

Primeiro Goff & Jones e, depois, Birks (2005) demonstraram as desvantagens das categorias pouco seguras do *quase contrato* e do *quase delito* e *constructive trust*, de forma que estas não poderiam ser utilizadas como subterfúgios para justificar tudo aquilo que não é contrato ou não é ilícito ou não é relação fiduciária. A *law of restitution*

¹⁵⁰ Tradução nossa. No original: “An equitable remedy that a court imposes against one who has obtained property by wrongdoing. A constructive trust, imposed to prevent unjust enrichment, creates no fiduciary relationship. Despite its name, is not a trust at all. – Also termed implied trust; involuntary trust; trust de son tort; trust ex delicto; trust ex maleficio; remedial trust; trust in invitum;”

¹⁵¹ Tradução nossa. No original: “A remedial constructive trust is a trust imposed by the court as a remedy for a wrong. The entitlement to that remedy may be a matter of substantive law, but the trust itself is not created by the parties, or even by obligation to make restitution, but by the order of the court”.

tem, no interno da *Common Law* e da *Equity*, uma principiologia própria que reconhece como fonte autônoma de um próprio regime remedial (ROSENVALD, 2019b, p. 48).

A obra de Goff & Jones na Inglaterra foi um marco, por reconhecer a autonomia do Direito Restitutivo como derivado de uma fonte autônoma obrigacional que não os contratos ou os *torts* - “o direito restitutivo era caracterizado como ‘o direito baseado no princípio da reversão do enriquecimento sem causa de um réu às expensas do requerente’” (ROSENVALD, 2019b, p. 49).

Por sua vez, como já explanado, a grande contribuição de Peter Birks foi realizar uma análise taxonômica do Direito Privado, concebendo o enriquecimento injusto como um evento autônomo que gera efeito jurídicos e que demanda a aplicação de um remédio:

Birks delimita a restituição como resposta e o enriquecimento injusto como um evento (fonte de obrigações), mostrando-se partidário a que, em um contexto de direito privado dividido em setores limitados por eventos – *contracts, torts* – novo setor deveria se referir também a um terceiro evento autônomo – *unjust enrichment* – e não a uma resposta jurídica – *restitution* que pode provir tanto desse como de outros eventos e causas. [...] A grande vantagem de se elevar o direito de enriquecimento injusto a uma categoria própria é a de se obter uma melhor panorâmica do direito privado como um todo dividido por eventos que geram remédios. (ROSENVALD, 2019b, p. 50).

Em que pese o Direito Restitutivo ter vasto desenvolvimento na Inglaterra desde o século XVIII, a caracterização do enriquecimento sem causa como categoria autônoma dentro das fontes obrigacionais foi o grande contributo de Birks para que a restituição pelo enriquecimento injustificado recebesse o tratamento adequado na jurisprudência. O enriquecimento sem causa, como categoria autônoma dentro da topografia do Direito Privado da *Common Law*, era desconhecido e inserido nos confins dos contratos (quase contratos) e dos *trusts* (BIRKS, 2005, p. 3)

Após anos de resistência da jurisprudência inglesa (e americana), em 1991, no caso *Lipkin Gorman v. Karpnale Ltd*, a Corte inglesa firmou seu *leading case* em matéria de Direito Restitutivo. No caso, o Sr. Norman Barry Cass, sócio-administrador de um escritório de advocacia, era um jogador compulsivo. Durante um bom tempo, Cass, com a ajuda de um caixa de banco chamado Chapman, praticou saques do escritório sob sua administração que totalizaram, já descontadas algumas devoluções, £222.908,95, isto é, cerca de 223 mil libras esterlinas.

Esse dinheiro era utilizado por Cass em um casino chamado *Playboy Club*, nome fantasia da empresa *Karpnale Ltd*, onde Cass trocava o dinheiro subtraído da

banca de advogados por fichas de jogo de diversos valores. Ao final, Cass poderia trocar as fichas de jogo que comprara e as que ganhara por dinheiro ou por um “cheque vencedor” que poderia ser trocado no próprio clube. Cass sempre voltava e trocava esses cheques ou por cheques administrativos do clube ou por mais fichas de jogo.

Por fim, entre vitórias e derrotas, Cass acabou perdendo, do valor total sacado das contas do escritório, £154.695,00 para o clube nos jogos de azar. O escritório, então, ajuizou uma demanda em face do casino alegando a nulidade dos contratos de jogos de azar e reclamando a restituição dos valores obtidos pela casa com as apostas de Cass. O pedido foi negado em primeiro e segundo graus, entendendo-se que a casa havia agido de boa-fé e não tinha concorrido para o dano (perda de dinheiro) do escritório.

Em sua defesa, o casino alegou “*change of position*”¹⁵², o que limitou o montante a restituir ao valor que Cass efetivamente perdera para o casino, e não o valor total sacado da conta, já que, quando Cass ganhara, o casino já devolvera a ele o dinheiro, desenriquecendo também em razão do dinheiro “sujo” de CASS.

Na *House of Lords*, contudo, que tinha em sua composição na época justamente Lord Goff, pioneiro na doutrina do direito restitutivo inglês, decidiu-se que o casino deveria restituir à sociedade de advogados o valor de £154.695,00 que foi efetivamente apropriado pela casa em razão das apostas de Cass com o dinheiro subtraído das contas do escritório (REINO UNIDO, 1991).

A partir desse caso, a restituição ganhou maior relevo na jurisdição inglesa, até que em 2012 foi editado o *restatement* que redesenhou a lei do enriquecimento injustificado na Inglaterra, contudo sem tratar de hipóteses de restituição que não em razão do enriquecimento injustificado, como, por exemplo, restituição em razão de um ilícito civil (*torts*) ou por vínculo contratual (*contracts*). Explica-se: o *restatement* tratou do enriquecimento injustificado, ou sem causa, como uma área autônoma, digna de tratamento solo, já que os contratos possuem um *restatement* próprio e os *torts* são construídos basicamente pelos precedentes judiciais. Os remédios restitutórios no

¹⁵² A *change of position* é uma defesa contra ações fundadas em *unjust enrichment* em que aquele que se enriqueceu, desde que de boa-fé e que não tenha praticado um ilícito, entre outros princípios e condições, ficará livre da obrigação de restituir ao proprietário original aquilo que havia enriquecido se provar que perdeu a riqueza também injustamente (EDELDMAN, 2012).

Direito da *Common Law* são aplicados às três categorias, e não apenas no que se refere ao enriquecimento sem causa:

Consequentemente, o direito à restituição de ganhos é mais amplo que o evento do enriquecimento sem causa. Sempre que este ocorre surge o direito à restituição, porém a recíproca não é válida, pois frequentemente o direito à restituição de ganhos será a resposta normativa a outro facto jurídico (ROSENVALD, 2019b, p. 265)

O que Birks quer demonstrar é que classificar como restituição todas as situações em que há um remédio restitutivo a ser aplicado é errôneo do ponto de vista taxonômico, pois a restituição pode derivar de um ilícito, de um contrato¹⁵³ ou de um terceiro gênero, que é o enriquecimento sem causa.

Quanto a esse ponto, mesmo a doutrina brasileira compreende que o enriquecimento sem causa é uma fonte obrigacional e que a restituição é uma consequência (NANNI, 2004, p. 202).

O fato é que, como enuncia Rosenvald (2019c, p. 291), quando o objeto de estudo são ganhos decorrentes de um ilícito, isto é, cujo evento causal originário é um ilícito civil ou contratual, o enriquecimento sem causa não é o *locus* adequado para se promover a restituição por três motivos:

a) a restituição por lucros ilícitos não pertence ao terreno do enriquecimento injustificado; b) Na restituição por lucros ilícitos não há enriquecimento na acepção da expressão “à custa de outrem” do art. 884 do CC; c) o enriquecimento injustificado é espécie de enriquecimento independente da existência de um ilícito (ROSENVALD, 2019c, p. 291).

Quanto ao item “a”, a taxonomia birkiniana comprova que, quando o direito à restituição emerge de um ilícito – e a expressão restituição por lucros ilícitos utilizada por Rosenvald tem exatamente o significado de direito à restituição de ganhos decorrentes da prática de um ilícito –, o seu *locus* de classificação é junto à responsabilidade civil, e a realização deste direito se dá pelos remédios restitutórios por meio da responsabilidade.

Quanto ao item “c”, remete-se ao critério de enquadramento definido por Birks para categorizar os eventos como enriquecimento sem causa: o pagamento indevido de um débito não existente e os eventos que a este forem materialmente idênticos. Há outros tipos de enriquecimento, como demonstrou Rosenvald com a

¹⁵³ Para melhor adequação conceitual ao Direito Civil contemporâneo, é prudente compreender que a categoria *contracts*, tal qual trabalhada por Birks, corresponde, na verdade, à categoria dos negócios jurídicos, a qual, como definiu Orlando Gomes (2000, p. 30), é gênero da qual contrato é espécie.

noção de polienriquecimento, o que será tratado no item 3.3.2 abaixo, tais como o enriquecimento por um ilícito ou por um contrato que dão azo a um direito de restituição.

Por fim, quanto à questão “b”, esta será objeto de análise do próximo subtópico.

Aos motivos expostos por Rosenvald, adicionam-se outros dois: d) o caráter multifuncional da responsabilidade civil e a monofuncionalidade do enriquecimento sem causa; e) o caráter residual da *actio in rem verso*, isto é, da ação que permite ao autor reclamar a restituição de danos pela via do enriquecimento sem causa no ordenamento brasileiro.

Quanto ao ponto “d”, o estudo funcional da responsabilidade civil apresentou o panorama básico de sua multifuncionalidade, rompendo com o paradigma reparatório, e que, se à primeira vista parece um contraponto ao direito de danos (foco exclusivo na reparação da vítima), acaba por representar uma análise que coloca à disposição da vítima outros remédios para efetivar seus direitos que não apenas o remédio compensatório. A responsabilidade civil pode se orientar a diversas funções e dispor dos remédios adequados a realizá-las, enquanto que o enriquecimento sem causa, como a própria doutrina admite (SILVA, R. G., 2018, p. 90; NORONHA, 1999; SAVI, 2012, p. 54; LINS, 2016, p. 20), apenas tem por resposta o remédio restitutivo, o que não demanda muita digressão teórica neste momento, pois ponto pacífico mesmo nos defensores da restituição apenas pelo enriquecimento sem causa. Os horizontes da defesa dos direitos das pessoas na sociedade são ampliados, e os espaços para a ganância dos ofensores são diminuídos.

Quanto ao item “e”, o art. 886 do Código Civil de 2002 prevê que “Não caberá a restituição por enriquecimento, se a lei conferir ao lesado outros meios para se ressarcir do prejuízo sofrido”, assim, a ação de restituição fundada em enriquecimento sem causa tem lugar somente quando este enriquecimento não decorrer de um ilícito ou de um contrato, o que será mais bem explorado no subitem 3.3.3.

A união entre função e estrutura permite uma análise completa da responsabilidade civil e do enriquecimento sem causa e demonstra que há caminhos que podem ser percorridos no interno do Direito Civil de forma a garantir às pessoas uma gama maior de instrumentos de defesa de seus direitos.

3.3.1 A composição interna do enriquecimento sem causa

Reconhecido que toda obrigação decorre de uma manifestação de consentimento, de um ilícito, de um enriquecimento sem causa ou de outro evento causal, é necessário definir alguns elementos do enriquecimento sem causa.

No Direito brasileiro, o enriquecimento sem causa é tratado no Código Civil brasileiro como fonte autônoma de obrigações e está fundamentado em uma cláusula geral assim enunciada: “Art. 884. Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários”:

De acordo com a cláusula geral do art. 884 do Código Civil brasileiro, teríamos então os seguintes pressupostos constitutivos do enriquecimento sem causa: a) existência de um enriquecimento; b) obtenção desse enriquecimento à custa de outrem; c) ausência de causa justificativa para o enriquecimento. (LEITÃO, 2004, p. 25)

A fórmula, ainda que com algumas diferenças, se aproxima do sentido com que Birks trabalha o instituto. Ele desenvolve seu raciocínio de forma a entender quando o enriquecimento do réu às custas do autor é injusto (BIRKS, 2005, p. 49). Mesmo porque, ainda que até o caso *Lipkin Gorman v Karpnale Ltd* o Direito Inglês não conhecesse o direito de restituição proveniente de enriquecimento sem causa propriamente dito, nos Estados Unidos da América os *Restatement of Restitution* de 1937 previam uma cláusula geral que se aproxima da formulação do Direito brasileiro: “*a person who has been unjustly enriched at the expense of another is required to make restitution to that other*” ou, em tradução livre, “uma pessoa que tenha se enriquecido injustamente à custa de outro é obrigada a restituir a este aquilo que enriqueceu”.

O enriquecimento sem causa, na classificação de Birks, abrange os eventos em que há um pagamento indevido de um débito inexistente e todos os outros eventos que sejam, a este, materialmente idênticos (BIRKS, 2005, p. 31).

Segundo Birks, são três as principais diferenças que permitem classificar internamente ao enriquecimento sem causa o pagamento indevido e as hipóteses materialmente idênticas a ele: a) quanto à natureza do enriquecimento; b) quanto à natureza da relação entre o requerente e o enriquecimento; c) quanto à natureza da razão pela qual o enriquecimento é sem causa (BIRKS, 2005, p. 38).

Para perquirir se determinado elemento do mundo jurídico pertence ou não à coluna do enriquecimento sem causa, Birks (2005, p. 39) propõe que se realize um

teste de cinco perguntas: “(i) O réu se enriqueceu? (ii) Foi às expensas do autor? (iii) Foi injusto [“sem causa”]? (iv) Que tipo de direito o autor adquiriu? (v) O réu tem alguma defesa?”¹⁵⁴. Com essas perguntas, Birks estrutura o restante de sua obra. No caso, interessam as três primeiras, a quarta pergunta será respondida adiante no primeiro item do quarto capítulo do trabalho e a quinta pergunta está além do objeto de pesquisa e, por isso, será desconsiderada para os fins desta investigação.

A primeira pergunta pode dar causa a um direito restitutivo tanto do enriquecimento sem causa quanto por um ilícito. Enriquecimento, em geral, significa o aumento da fortuna do réu, assim considerada como um único fundo capaz de ser medido em valores monetários (BIRKS, 2005, p. 71). Da mesma forma, a teoria na *Civil Law* tem posição majoritária no sentido de que o enriquecimento se caracteriza pela análise patrimonial do enriquecido, isto é, “para o cálculo do enriquecimento patrimonial, compara-se a verdadeira situação do patrimônio do enriquecido com aquela hipotética que se verificaria caso o enriquecimento não tivesse ocorrido” (SAVI, 2012, p. 59).

O próprio Birks, em sua obra, discorre sobre o conceito de enriquecimento demonstrando que a identidade ao pagamento indevido tem mais relação com a análise do patrimônio do enriquecido antes e depois do enriquecimento do que com o deslocamento patrimonial em si (BIRKS, 2005, p.49-72).

A segunda pergunta remonta à própria previsão normativa do enriquecimento sem causa no Direito brasileiro. A expressão *at the expense of the claimant* corresponde ao elemento *à custa de outrem* presente no art. 884 do Código Civil brasileiro.

Este elemento é o que define a conexão entre quem enriqueceu e a pessoa que poderá fazer jus à restituição deste enriquecimento, isto é, o liame de causalidade que justifica a restituição do enriquecimento em favor de alguém.

A expressão *à custa de outrem* recebeu por muito tempo o significado de empobrecimento de uma das partes (GOMES, 2000, p. 251), e esse empobrecimento correspondia a um deslocamento patrimonial (SAVI, 2012, p; 60).

¹⁵⁴ Tradução nossa. No original: “(i) Was the defendant enriched? (ii) Was it at the expense of this claimant? (iii) Was it unjust? (iv) What kind of right did the claimant acquire? (v) Does the defendant have a defence?”

A doutrina brasileira contemporânea, contudo, tem defendido a posição de que o empobrecimento não é necessário para que se caracterize o enriquecimento sem causa com base na cláusula geral do art. 884 do Código Civil:

O novo Código Civil brasileiro não situa o empobrecimento como um requisito específico para a configuração do enriquecimento sem causa, condicionando-o à obtenção à custa de outrem. Esse termo, como visto, pode ou não, dependendo da circunstância, tipificar o empobrecimento sem prejuízo da pretensão citada. (NANNI, 2004, p. 250).

O mesmo posicionamento é encontrado na tese de doutoramento de Sérgio Savi (2012, p. 61): “não há, no ordenamento jurídico brasileiro, qualquer regra estabelecendo ser o empobrecimento do titular do direito um requisito para a configuração do enriquecimento sem causa” e na pesquisa de Rodrigo da Guia Silva (2018, p. 167): “as considerações enunciadas parecem indicar a insubsistência teórica em se exigir que o enriquecimento seja acompanhado por um correspectivo empobrecimento”.

Realmente não é necessário que o empobrecimento esteja presente para que se caracterize o enriquecimento sem causa. O que é mister é que este enriquecimento – independentemente de haver empobrecimento – não tenha se originado em uma relação de consenso (negócio jurídico > contrato) ou em um ilícito civil (extracontratual ou contratual), e, neste caso, o remédio restitutivo será aplicado com fundamento nas regras do enriquecimento sem causa.

É o significado da expressão “à *custa de outrem*” que define os limites do enriquecimento sem causa, é ela que estabelece uma conexão suficiente entre o pretense enriquecido e o pretense titular do direito à restituição (BIRKS, 2005, p. 73).

Este termo pode ter o sentido de um ilícito, como no já delineado caso *Attorney General v Blake*. No caso, Blake se enriqueceu à custa da Coroa britânica, visto que o benefício que teve foi em detrimento das informações que obtivera quando trabalhara no MI6 – o Serviço Secreto Britânico. Deste ilícito, entretanto, não exsurge uma pretensão de enriquecimento sem causa, mas um direito da Coroa aos ganhos realizados por Blake com fundamento em um ilícito contratual (*breach of contract*).

O que a expressão traz, na verdade, é a relação de causalidade entre a parte que enriqueceu e aquela que visa à restituição. Isto é, de alguém que enriqueceu a partir do centro de interesses jurídicos de outrem. Birks se utiliza do substantivo *from*, isto é, *a partir de*, mas não no sentido de empobrecimento, de forma que uma redução

patrimonial na esfera jurídica daquele a partir de quem houve o enriquecimento não é requisito *sine qua non* (BIRKS, 2005, p. 79).

O enriquecimento sem causa e sem a consideração de um prejuízo pode ser observado em *FC Jones (Trustee in Bankruptcy) v Jones*. No caso, a Sra. Jones era proprietária da empresa FC Jones e transferiu dinheiro da conta da empresa para sua conta pessoal antes de ser reconhecido o estado de insolvência. Com o dinheiro em sua conta pessoal, a Sra. Jones investiu em *commodities* (mercado futuro de batatas) e quintuplicou o dinheiro que havia retirado da conta da pessoa jurídica. Quando a empresa entrou em estado de recuperação judicial (*bankruptcy*), o administrador judicial (*trustee in bankruptcy*) reclamou a restituição não só do valor transferido, mas do quántuplo alcançado com o investimento e assim foi deferido pela *Court of Appeals*.

O produto com que Mr. Jones enriqueceu a partir da FC Jones, e não apenas a soma retirada da conta da empresa, também está sujeito à restituição, pois, como se houvesse ocorrido um pagamento indevido por meio do investimento, a pessoa física recebeu um valor que, na verdade, deveria estar adstrito ao patrimônio jurídico da pessoa jurídica.

Mesmo que o dinheiro não houvesse sido transferido entre contas, mas apenas os lucros obtidos com base nele, os lucros deveriam ser restituídos por meio do enriquecimento sem causa.

Inclusive, o benefício perseguido pode estar em uma terceira parte, como no caso *Lipkin Gorman v Karpnale Ltd*, em que o dinheiro retirado da sociedade de advogados, por fim, foi restituído pelo cassino e não pelo sócio e apostador Cass.

A ideia de *a partir de* parece ser mais adequada, pois não indica a necessidade inderrogável de que o titular do direito à restituição tenha sofrido uma perda. A doutrina majoritária é nesse sentido, tal qual se extrai do Enunciado nº 35 da I Jornada de Direito Civil do Conselho Federal de Justiça e do Superior Tribunal de Justiça: “A expressão ‘se enriquecer à custa de outrem’ do art. 884 do novo Código Civil não significa, necessariamente, que deverá haver empobrecimento”¹⁵⁵.

Compreende-se, portanto, que é dispensável o prejuízo, bem como que à custa de outrem representa, na verdade, a partir do patrimônio alheio.

¹⁵⁵ Há, contudo, posicionamento em sentido contrário no entender de que o enriquecimento sem causa tem como requisito de caracterização o “empobrecimento, de outra ponta, que se verifica diante da perda de patrimônio” (NEVES, 2018, p. 43).

Por fim, as expressões *unjust* ou *injusto* ou *injustificado*¹⁵⁶ ou *sem causa*¹⁵⁷, que não são sinônimos entre si, merecem esclarecimento, mas sobre uma ideia única de *ausência de justa causa*.

A *causa* depreende a necessidade de se investigar se existe justificação para o enriquecimento (GOMES, 1998, p. 469): “justificação esta que, normalmente, se deve procurar fora dos quadros do ‘enriquecimento sem causa’ como fonte autónoma de obrigações”.

A existência de um instituto jurídico preocupado em evitar o enriquecimento injustificado é compatível com uma ordem constitucional solidária. Por outro lado, caso o ordenamento não reconhecesse enriquecimentos fundados em causas justificadas, isso poderia levar ao colapso de institutos como o contrato que é, por natureza, uma operação econômica pela qual as partes regulam relações jurídicas (ROPPO, 2009, p. 11). Ao se compreender que qualquer transferência patrimonial demandaria a possibilidade de um remédio restitutivo, criam-se instabilidade e insegurança.

Justa causa usualmente remete à ideia de justo título, isto é “título jurídico idôneo, em tese, à transmissão da vantagem patrimonial” (SILVA, R. G., 2018, P. 175).

Nesse aspecto, a doutrina em geral reconhece como justo título a lei e o negócio jurídico (GOMES, 1998, p. 471)¹⁵⁸.

¹⁵⁶ Quanto a este ponto, apresenta Lerner (2012, p. 137) a diferenciação entre *unjust* e *unjustified*: “*Yet, distinctions do exist between unjust and unjustified enrichment. While unjust enrichment refers to an unfair enrichment caused by an unjust factor (such as mistake, compulsion, failure of consideration, etc.), the idea underlying unjustified enrichment is the lack of legal ground for the enrichment*”. Tradução livre: “No entanto, existem distinções entre enriquecimento injusto e injustificado. Enquanto o enriquecimento injusto se refere a um enriquecimento causado por um fator injusto (como erro, compulsão, falha de consideração etc.), a ideia subjacente ao enriquecimento injustificado é a falta de fundamento legal para o enriquecimento”.

¹⁵⁷ Sobre a diversidade de terminologias adotadas e a reunião delas em torno de um significado comum: “Pocas instituciones del derecho moderno han sido objeto de tanta controversia como el enriquecimiento injustificado. De él se ha discutido incluso su denominación, claramente emparentada con el fundamento que finalmente se atribuya a la figura, así como los mayores o menores problemas de encaje del término “causa” en el concreto derecho de que se trate. Tal es así que, mientras en algunos ordenamientos jurídicos se ha utilizado el término «injusto» para referirse al enriquecimiento producido, intentando asociar esta institución a la idea de equidad, desde la perspectiva de una atribución o desplazamiento patrimonial reprochable y en contra de criterios de justicia; en otros, los términos «sin causa», «injustificado» o «indebido», utilizados todos ellos en el mismo sentido, aparecen asociados a la ausencia de una razón de ser admitida por el derecho que justifique la atribución o desplazamiento patrimonial producido.” (GIL, 2017, p. 6).

¹⁵⁸ Não se confundindo aqui com a *causa* do próprio negócio jurídico, que sequer faz parte da estrutura do instituto, tal qual adverte Antônio Junqueira de Azevedo (1986, p. 170): “A causa é um fato externo ao negócio, mas que o justifica do ponto de vista social e jurídico, enquanto que o elemento categorial objetivo é justamente a referência, que se faz a esse fato, no próprio conteúdo do negócio. [...] o elemento inderrogável objetivo faz parte, isto é, é integrante da estrutura do negócio, e a causa, não”.

A causa diz respeito à justificação para atribuição patrimonial: “Para saber se houve enriquecimento sem causa, indagará o intérprete se a vantagem patrimonial obtida é atribuída por uma razão justa, por um título legítimo, por um motivo lício” (GOMES, 2000, p. 251). A *causa* é no sentido de fato juridicamente qualificável que justifique a operação econômica, “a causa é o fim jurídico do ato, ou a sua razão e econômica e social” (NEVES, 2018, p. 41).

Em interessante abordagem sob a ótica da metodologia civil-constitucional, Rodrigo Guia da Silva apresenta um giro conceitual do enriquecimento sem causa ao enriquecimento injusto. Tal qual a responsabilidade civil acompanhou a virada conceitual do ato ilícito para o dano injusto, proporcionando a expansão da noção de dano indenizável, em uma visão funcionalizada, o autor propõe que,

[...] sem abandono da noção tradicional de *justo título* – que há de seguir como relevante indício da ponderação realizada em abstrato pelo legislador e que se reflete ou bem na previsão legal específica da restituição ou na legitimidade, *a priori*, de certo negócio jurídico à transmissão patrimonial – poder-se-ia complementar a investigação sobre a deflagração do dever de restituir mediante a consideração da tábua axiológica constitucional, com destaque para os valores mais diretamente relevantes em cada hipótese fática. (SILVA, R. G., 2018, p. 183-184)

Certamente a definição do caráter de injustiça do enriquecimento não pode ficar legada ao arbítrio judicial, sob pena de incorrer em subjetivismos desnecessários, e sob a ótica do Direito-Civil Constitucional de que a ressignificação de *injusto* com base na tábua de princípios constitucionais mostra-se adequada. O enriquecimento sem causa no Código Civil está fundado “no princípio da eticidade, visando ao equilíbrio patrimonial e à pacificação social” (TARTUCE, 2014, p. 324), de forma que “toda atribuição ou deslocamento patrimonial deve apoiar-se em alguma razão de ser que o ordenamento jurídico considere suficiente” (GIL, 2017, p. 4)¹⁵⁹. Assim, quando falta causa ou quando esta é, conforme a tábua axiológica constitucional, injusta, o enriquecimento deve ser restituído (GOMES, 2000, p. 251).

Pode-se afirmar, portanto, que “todo enriquecimento ilícito é sem causa, mas nem todo enriquecimento sem causa é ilícito” (TARTUCE, 2014, p. 325), o que pode ser interpretado da seguinte forma: o enriquecimento ilícito não merece reconhecimento como *a justo título* pelo ordenamento jurídico, principalmente sob a ótica do princípio constitucional da solidariedade, mas isso não faz dele uma hipótese

¹⁵⁹ Tradução nossa. No original: “Toda atribución o desplazamiento patrimonial debe apoyarse en alguna razón de ser que el ordenamiento jurídico considere suficiente”.

de enriquecimento sem causa na ótica birkiniana, porque o fato que origina a pretensão restitutória é um ilícito; de outro lado, quando o enriquecimento carece de justo título e não é originário de um ilícito, nesta situação se estará diante de um enriquecimento sem causa propriamente dito.

No *Common Law*, o enriquecimento sem causa aproximou-se da noção de *sine causa*¹⁶⁰ (*no basis*), adotada pelos ordenamentos de tradição germano-romanista para propor que a expressão *unjust* seja deduzida a partir do preceito de que, “na falta de um contrato ou um ilícito, um enriquecimento à custa do autor foi injusto quando o autor não desejava que o enriquecido o houvesse recebido” (BIRKS, 2005, p. 105)¹⁶¹

A aproximação entre o conceito de enriquecimentos derivados de diversos fatos pode gerar zona *gris*, onde, segundo Birks (2005, p. 83) aquele a partir de quem houve o enriquecimento poderá sustentar sua pretensão, seja na responsabilidade civil, seja no enriquecimento sem causa, devendo, contudo, observar a caracterização dos pressupostos de cada modalidade, o ônus probatório, e outras consequências de sua escolha. Ao se optar pelo enriquecimento sem causa, ignora-se a prova em juízo dos elementos do *tort*, como, por exemplo, a presença de *fraud*, e no enriquecimento sem causa resta provar o liame que conecta o enriquecimento do réu ao autor e a falta de base jurídica. É uma visão que amplia os remédios disponíveis ao autor, mas que encontra limitação na subsidiariedade do enriquecimento sem causa.

Por isso que, do ponto de vista estrutural, admitidas a multifuncionalidade da responsabilidade civil e, em especial, a função restitutória, o remédio restitutivo estará, taxonomicamente se falando, no interno da responsabilidade civil.

3.3.2 O polienriquecimento

Na linha do pensamento de Nelson Rosendal (2019b), esta pesquisa adota uma análise remedial da restituição, isto é, enxergando a restituição como um meio

¹⁶⁰ Tal virada ocorreu principalmente na década de 1990 em razão de uma enxurrada de ações envolvendo contratos de *swap* nulos. O posicionamento até então era de que um contrato nulo, quando já performado por ambas as partes, não poderia dar azo à restituição das partes ao *status quo ante*, já um contrato a performar ou de performance incompleta permitiria tal restituição. A *House of Lords*, contudo, para justificar a restituição decorrente dos contratos de *swap* nulos teve de alterar sua posição quanto à caracterização da presença de algum fator de injustiça na base do enriquecimento (SIRENA, 2012, p. 118). Birks (2005, p. 108-115) trata com propriedade dessa mudança, mostrando que, na verdade, os *unjust factors* a que se referiu a *House of Lords* durante o *swap litigation* são uma *absence of cause*, isto é, *sine causa* ou sem causa, assim como na tradição do *civil law*.

¹⁶¹ Tradução nossa. No original: “*na enrichment at the claimant’s expense was unjust when the claimant had not intended the recipient to have it*”.

de tutela, voltado a conferir efetividade, mas sem descuidar também de um olhar estrutural fundado na taxonomia do Direito Privado, conforme a classificação baseada em eventos causais de Birks, de forma que do direito à restituição que pode emergir, na quase totalidade dos casos, de uma manifestação de consenso, de um ilícito ou de um enriquecimento sem causa.

Rosenvald (2019b, p. 309) alerta para a necessidade de se fragmentar uma visão unitária do enriquecimento sem causa “em favor de grupos de casos e tratamento das questões por tipos”.

Assim como o Brasil, a grande parte da Europa continental tem seus alicerces jurídicos fundados no Direito romano-germânico. A partir do desenvolvimento do enriquecimento sem causa no Direito romano por meio da *condictio* (CRETELLA JÚNIOR, 227-228) e do princípio enunciado por *Pomponius* “*aequum est neminem cum alterius detrimento fieri locupletioem*”, isto é, a ninguém é dado locupletar-se em detrimento de outro (SIRENA, 2012, p.114), o direito do enriquecimento sem causa na Europa seguiu basicamente dois modelos: o francês e o germânico.

O modelo francês é de regulação fragmentária e casuística, fundado nas hipóteses previstas no *Code* e na noção de *quase contratos* (GIL, 2017, p. 6). O surgimento do enriquecimento civil no Direito Civil francês remonta à necessidade de se suprir lacunas deixadas no *Code* de 1804 como forma de fechamento do sistema (GOMES, 1998, p. 141). Tomando-se por base que o sistema francês entendia a causa como elemento essencial do contrato, a falta de uma causa válida dava lugar à nulidade do contrato, de forma que o recurso a *condictio* era apenas residual (GIL, 2017, p. 13). A utilização, em regra, do enriquecimento sem causa carecia de sentido:

Mesmo quando se considera constituir a causa um elemento essencial indispensável desse mesmo negócio, o eventual controlo é efetuado, por assim dizer, dentro dos muros da teoria do negócio jurídico, não subsistindo, aparentemente, qualquer espaço para um controlo complementar (que se revelaria supérfluo e abusivo) em sede de ‘enriquecimento sem causa’. (GOMES, 1998, p. 144-145)

Na verdade, o enriquecimento sem causa surge de decisões baseadas na equidade para casos que não encontravam guarida na legislação positivada, isso acabou acarretando na proliferação casuística ao invés da construção de um regime geral de enriquecimento sem causa como fonte de obrigações (GOMES, 1998, p. 152), mesmo topograficamente, este foi inserido no campo do pagamento indevido, incorretamente (ROSENVALD, 2019b, p. 305). A ação de enriquecimento sem causa somente tinha lugar ao empobrecido – sendo que uma das condições era a existência

de uma perda pelo autor, isto é, de deslocamento patrimonial – quando não havia nenhum outro tipo de ação disponível para tutelar seu direito (GIL, 2017, p. 13).

Foi somente em 1982 que a França reconheceu a diferença entre o enriquecimento sem causa e outras figuras próximas – como a gestão de negócios – e que derivava do princípio de que é proibido se enriquecer à custa de outrem (GOMES, 1998, p. 153). A doutrina havia demonstrado o enriquecimento sem causa como uma terceira categoria de quase contratos, definindo uma ação própria que visava a restituir ao autor aquilo que o réu enriqueceu, a partir do patrimônio daquele (GIL, 2017, p. 7).

O Direito francês o fazia com base em um princípio geral de equidade, não em uma cláusula geral positivada, e isso deu ao instituto a característica de subsidiariedade (LERNER, 2012, p. 137). Somente com a reforma do *Code Civil* em 2016 foi reconhecido o enriquecimento injustificado como fonte obrigacional e regulado pelo art. 1.303. Permaneceram, contudo, a necessidade de empobrecimento e a subsidiariedade da ação de enriquecimento frente a outras ações do ordenamento francês (GIL, 2017, p. 14)¹⁶².

Na verdade, a reforma apenas positivou o que antes era decidido com base na doutrina e nos princípios de equidade.

De outro lado, a escola germânica é a raiz do segundo tronco de formação do enriquecimento sem causa no Direito da Europa continental.

Ao contrário do fragmentário e desregulamentado sistema francês, por influência da escola Pandectística (*usus modernus pandectarum*) (SIRENA, 2012, p. 115) que enunciou o princípio geral de vedação ao enriquecimento sem causa, o sistema alemão formou-se ao redor de uma cláusula geral a partir do reconhecimento do enriquecimento sem causa como fonte de obrigações:

Precursor de uma regulação geral desta figura, o Código Civil alemão (*Bürgerlicher Gesetzbuch*, adiante *BGB*), contempla o enriquecimento injustificado («*Ungerechtfertigte Bereicherung*») como um remédio que permite sanar o desequilíbrio produzido como

¹⁶² Nesse aspecto, Michelon Jr. (2007, p. 256) discorre sobre a subsidiariedade do enriquecimento sem causa: “A regra de subsidiariedade é adotada pela maior parte dos sistemas jurídicos de direito continental. [...] É comum afirmar que sistemas de *common law*, de modo geral, não reconhecem a regra de subsidiariedade. Smith recentemente demonstrou, porém, que, ainda que a ‘subsidiariedade’ não seja conhecida ‘by name’, elementos de relação de subsidiariedade estão também presentes em ordenamentos da *common law*”.

consequência de um deslocamento patrimonial desprovido de causa. (GIL, 2017, p. 7) ¹⁶³

Diferentemente do ordenamento jurídico francês, o Direito germânico não conhece da causa como elemento essencial do contrato e, com isso, as questões envolvendo restituição em razão da teoria das invalidades dos contratos demandavam a criação de um remédio que permitisse evitar deslocamentos patrimoniais injustificados e restituir as partes ao *status quo* (ROSENVALD, 2019b, 304). Além disso, em razão do modelo de transmissão abstrata de propriedade, o Direito alemão reclamava um remédio que pudesse suprir a impossibilidade de reivindicação, no caso, a restituição (GOMES, 1998, p. 428).

Outra razão que permite compreender a necessidade de refinamento do enriquecimento sem causa é o regime de responsabilidade civil extracontratual na Alemanha. O *BGB* não traz uma cláusula geral de dano extracontratual ressarcível, mas um modelo casuístico de responsabilidade civil. Como explica Schmidt (2011, p. 732),

Assim, o dispositivo básico no âmbito da responsabilidade civil por ato ilícito (§823, I, BGB) não requer apenas a ocorrência de algum dano, mas também a violação de bens jurídicos determinados, na doutrina também chamados de “bens jurídicos absolutos” (absolute Rechtsgüter). Esses bens jurídicos que gozam de proteção pelo §823, I, BGB são a propriedade, a integridade física, a liberdade pessoal e “demais bens jurídicos”(sonstige Rechte) [...]. Por isso, a jurisprudência alemã sempre interpretou o conceito dos “demais bens jurídicos” de forma restrita. A sua aplicação mais importante teve lugar no campo dos direitos da personalidade. O que é interessante para o tema desta contribuição é o fato de o patrimônio em si nunca ter sido reconhecido como bem jurídico tutelado pelo §823, I, BGB. Em consequência, salvo hipóteses específicas, no regime da responsabilidade extracontratual não se indenizavam danos de caráter exclusivamente patrimonial (reine Vermögensschäden)

O *BGB* recebeu a sistematização e organização da Pandectística em uma extremamente organizada reunião de conceitos do Direito romano e do *ius commune*, e a referida escola compreendia a responsabilidade civil sob a ótica de dois pressupostos: a ilicitude em razão da violação de uma norma jurídica e a culpa, sob o prisma de reprovabilidade da conduta (FRAZÃO, 2011, p. 20). Ao contrário do sistema francês, denominado principiológico ou conceitualístico, que se centrava no conceito

¹⁶³ Tradução nossa. No original: “Precursor de una regulación general de esta figura, el Código Civil alemán (Bürgerlicher Gesetzbuch, en adelante BGB), contempla el enriquecimiento injustificado («Ungerechtfertigte Bereicherung») como un remedio que permite paliar el desequilibrio producido como consecuencia de un desplazamiento patrimonial carente de causa”.

flexível de *faute*¹⁶⁴ como forma de enunciação de uma cláusula geral de responsabilidade (PEREIRA, 2001, p. 7), o Direito alemão não continha uma cláusula geral ou um princípio geral de responsabilidade, mas casos típicos:

Por essa razão, o BGB, que entrou em vigor em 1900, além de conter disciplina mais pormenorizada e técnica do que a francesa, previu três cláusulas gerais de responsabilidade, que abarcavam os seguintes tipos de atos ilícitos: "(i) uma cláusula central, que considerou dano suscetível de reparação a violação dolosa ou culposa praticada contra a vida, o corpo, a saúde, a liberdade, os bens ou outros direitos de um indivíduo fixados pela lei (§ 823, I); (ii) uma cláusula supletiva, que considerou dano suscetível de reparação o decorrente da violação culpável de norma de proteção estabelecida em favor de outrem (§ 823, II), e (iii) uma cláusula residual²⁵ que considerou dano a conduta dolosa e violadora dos bons costumes (§ 826), assim considerados também a ordem econômica, a ordem jurídica e o interesse público. (FRAZÃO, 2011, p. 20-21)

O sistema de responsabilidade civil alemão se aproximava, então, muito mais do sistema de ilícitos típicos do Direito romano¹⁶⁵ (CRETELLA JÚNIOR, 2002, p. 234-235) do que de um princípio geral de responsabilidade, influenciado pelo racionalismo iluminista (STOCO, 2005, p. 13) e também pela escola jusnaturalista (NORONHA, 1999, p. 33)¹⁶⁶.

O Direito alemão encontrava, portanto, mais dificuldade em expandir a responsabilidade civil dado as amarras do *BGB*. Isso fez com que outros institutos, como o enriquecimento sem causa, fossem refinados para suprir as lacunas que a legislação criou (ZIMMERMANN, 2017, p. 342), diferente do que ocorreu, por exemplo, no sistema francês, em que, em razão da responsabilidade civil baseada em uma cláusula geral flexível (*faute*), permitiu-se a adaptação conforme as transformações sociais e manteve-se o enriquecimento sem causa somente como elemento de fechamento do sistema, *ultima ratio*, fundado no princípio da equidade e aplicável quando não se tratasse de responsabilidade civil ou obrigação contratual

¹⁶⁴ “Nesse sentido, o Código Civil francês de 1804 baseou-se essencialmente em duas cláusulas gerais que, em seu conjunto, refletiram o princípio básico da culpa (*faute*) como fundamento da responsabilidade civil, tornando desnecessária a tipificação dos atos ilícitos civis, tal como havia no Direito romano (FRAZÃO, 2011, p. 18).

¹⁶⁵ Esclarece Fernando Noronha (1999, p. 33) que, mesmo com o advento da *Lex Aquilia*, não houve grande influência sobre o sistema fechado de ilícitos civis no Direito romano: “Todavia, a respeito dessa famosa lei, é preciso enfatizar que no direito romano a responsabilidade por culpa nunca chegou a constituir um princípio geral, ficando a sua aplicação restrita a hipóteses limitadas”.

¹⁶⁶ “Consolidado o direito romano pelo *Corpus Juris Civilis*, somente na chamada Idade Moderna se registrou o segundo momento, que agora importa destacar. Ele é representado pela formulação do princípio geral da ‘não responsabilidade sem culpa’, que se deve essencialmente aos juristas da escola de direito natural dos séculos XVII e XVIII, a dita ‘escola jusracionalista’, porque se empenhava em construir um direito fundado na razão” (NORONHA, 1999, p. 33).

(ROSENVALD, 2019b, p. 386). No mesmo sentido, é a visão de Michelon Jr. sobre o tema:

Essa cláusula geral cumpre duas funções, nomeadamente: (a) irradia efeitos sobre os demais institutos jurídicos, completando algumas lacunas em sua regulamentação específica e orientando a sua interpretação; e (b) serve como a fonte residual de obrigações no direito brasileiro. Note-se: o direito restitutivo na legislação brasileira não se restringe ao enriquecimento sem causa. [...] Mas a cláusula geral (a) tem um papel informativo na interpretação e aplicação das regras dos institutos específicos e (b) funciona como forma residual e geral para o desfazimento de atribuições patrimoniais sem causa. (MICHELON JR., 2007, p. 180).

Por esses motivos, o enriquecimento sem causa na Alemanha, justamente pela necessidade remedial, sofreu um refinamento que não foi visto nos países de base jurídica francesa quanto ao enriquecimento sem causa. Inicialmente, fundamentou-se na teoria do modelo unitário de Savigny (GOMES, 1998, p.166), segundo o qual, para que se caracterize a pretensão de enriquecimento sem causa dois pressupostos devem estar presentes, quais sejam o deslocamento patrimonial direto entre as pessoas, representando, respectivamente, um enriquecimento e um empobrecimento, e a ausência de causa jurídica para tal deslocamento (SAVI, 2012, p. 96). A teoria de Savigny influenciou, sobremaneira, outros ordenamentos como o holandês, o brasileiro e o italiano, mas não prosperou no próprio Direito alemão.

O título 26 do *BGB* trata do enriquecimento sem causa em cerca de dez artigos bem estruturados e que compreendem diferentes hipóteses de enriquecimento. A ação de enriquecimento é uma só, mas o enriquecimento é sistematizado em diferentes tipologias. A sistematização teve início com Walter Wilburg (*apud* GOMES, 1998, p. 186-191) que diferenciou duas situações em que há o enriquecimento sem causa: quando o enriquecimento resulta de uma prestação e quando não decorre de uma prestação, mas de “outros motivos” (GOMES, 1998, p. 186). A sistematização de Wilburg revela, em seu segundo grupo especialmente, uma cláusula aberta, cujo conteúdo semântico é preenchido pela experiência e pelo desenvolver da sociedade, de forma que a possibilidade de novas hipóteses de enriquecimento depende da demanda social e do trabalho da doutrina e jurisprudência em construí-los.

Da tipologia dual de Wilburg, procedeu-se a um refinamento por meio de Ernst Von Caemmerer (*apud* GOMES, 1998, p. 191-196) que sistematizou o enriquecimento sem causa em dois grandes grupos: a) enriquecimento baseado em uma prestação;

b) outros tipos de enriquecimento. Quanto ao primeiro grupo, trata-se de desfazer ou inverter uma prestação. Já o segundo grupo é aberto e permite o encaixe de outras espécies de enriquecimento, entre elas, b.1) – a mais relevante – o enriquecimento por intervenção; b.2) o enriquecimento por liberação de uma dívida paga por terceiro; b.3) o enriquecimento resultante de despesas efetuadas em coisas alheias (JANSEN, 2016, p. 137).

Foi o trabalho de Wilvurg e Von Caemmerer que propiciou o refinamento do enriquecimento sem causa no Direito alemão. A partir dele, uma construção tipológica foi realizada, principalmente pelo trabalho de König (ARRUE, 2018a, p. 21). König sistematizou o enriquecimento em três fundamentos distintos: prestação, intromissão e inversão. Destacou-se, majoritariamente, o enriquecimento por intromissão, construído com base na teoria de Fritz Schulz que, em confronto à teoria de Savigny, entendia que não poderia o deslocamento patrimonial ser o cerne do enriquecimento injustificado, mas um ilícito, isto é, uma ação contrária ao Direito:

Assim, pela referência a um conceito de ilicitude delitual, dirigida à ação, Schulz aproxima o enriquecimento sem causa da responsabilidade civil, qualificando a obrigação de restituir o enriquecimento como uma sanção para todo o tipo de comportamentos ilícitos. [...] Na doutrina de Schulz, o enriquecimento sem causa deixa assim de ser visto como fundado nas deslocamentos patrimoniais sem causa e passa a ser considerado com base na violação de um direito alheio. (LEITÃO, 2004, p. 26)

A referida aproximação foi o posicionamento até agora predominante nos estudos realizados no Brasil sobre a restituição de lucros obtidos a partir de ilícitos, considerando-se que uma intervenção ilícita em direito alheio levaria ao enquadramento de suas consequências na cláusula geral de enriquecimento sem causa, sob o título de enriquecimento por intervenção. O pequeno comparativo acima traçado, contudo, demonstra que o ordenamento jurídico brasileiro está muito mais próximo da realidade francesa do que da alemã. Como um dos pioneiros no tema admite em sua obra, “diante da ineficácia das tradicionais regras da responsabilidade civil para lidar com o problema do lucro da intervenção, buscou-se no ordenamento jurídico brasileiro uma solução alternativa” (SAVI, 2012, p. 92). No contexto do sistema de responsabilidade civil germânico, a referida afirmação tem plena justificativa, o que se comprova pela necessidade de Schulz aproximar o enriquecimento sem causa dos atos ilícitos para justificar restituições patrimoniais onde o sistema alemão não apresentava alternativa. Para o sistema brasileiro, porém, a realidade é de uma

cláusula de responsabilidade civil geral e aberta, que foi, durante o século XX, repetidamente transformada, absorvendo novas funções, rompendo paradigmas e se conformando segundo a necessidade do espaço-tempo em que esteve inserida.

Assim, diante desse quadro, não parece que o Direito brasileiro se aproxima do alemão no que tange às razões estruturais do sistema que justificam o recurso ao enriquecimento sem causa para toda e qualquer restituição, especialmente quando o motivo da restituição for um ilícito civil.

O Direito alemão também funda o enriquecimento sem causa em um princípio geral de equidade, o princípio enunciado por Pomponius, assim com o fazem o sistema francês e a *Common Law*, de forma que este é o fio condutor axiológico que conecta as três escolas (LERNER, 2012, p. 137). Assim, com o reconhecimento do enriquecimento sem causa pela jurisdição inglesa nos casos do *swap litigation*, deu-se início à possibilidade de unificação do direito do enriquecimento sem causa europeu (SIRENA, 2012, p. 119).

A partir da visão unitária de enriquecimento sem causa, foi elaborado o *Draft Common Frame of Reference* (DCFR) que, em seu livro sétimo, trata do enriquecimento sem causa (ARRUE, 2018a, p. 6). O artigo base é uma formulação genérica próxima da redação do art. 884 do Código Civil, veja-se: “A person who obtains an unjustified enrichment which is attributable to another’s disadvantage is obliged to that other to reverse the enrichment”, em tradução livre, “a pessoa que obtém um enriquecimento injustificado que decorre da desvantagem de outra é obrigada a reverter o enriquecimento”.

A crítica à adoção pela teoria unitária pelo DCFR foi sonora, principalmente por parte de Jansen (2016, p. 3) que reconheceu a dificuldade de tratamento unitário do enriquecimento sem causa ante a diferença de tratamento do assunto entre os diversos países membros. Superar a teoria unitária de Savigny e propiciar um estudo analítico voltado a identificar hipóteses diversas de enriquecimento e seus meios de tutela, tal qual a escola alemã realizou, é um avanço que o Direito brasileiro pode buscar.

O “polienriquecimento” (ROSENVALD, 2019b, p. 310) é a ideia de que os diferentes tipos de enriquecimento não podem merecer tratamento idêntico. Dentro da taxonomia birkiana, isso é plenamente possível, e é correto que se sistematizem os tipos de enriquecimento sem causa que se enquadrem na terceira coluna. Igualmente correto é, porém, compreender a taxonomia do Direito privado, seu mapa e os

caminhos a serem traçados, a partir da autonomização dos fatos jurídicos que dão causa a diferentes obrigações e das diferentes pretensões remediais que darão efetividade aos direitos emergentes de uma violação de um contrato ou de ilícitos civis extracontratuais. Somente essa compreensão sistemática é que permite se afrouxar as amarras e libertar-se da teoria do enriquecimento sem causa como único meio de se buscar a restituição de enriquecimento.

Nesse aspecto, a doutrina nacional tem elegido a teoria do lucro da intervenção como o meio adequado para se remover ganhos auferidos por meio da violação de direitos, tal qual prevê o enriquecimento por intromissão pensado por Schulz e sistematizado por König, o que será enfrentado no subtópico seguinte, principalmente quanto às obras de Savi (2012) e Silva (2018).

No caso da remoção e/ou restituição de ganhos decorrentes de ilícitos, entretanto, a resposta continua na responsabilidade civil (JANSEN, 2016, p. 27).

3.3.3 A teoria do lucro da intervenção

Inicialmente, vale aqui esclarecer que o tema do lucro da intervenção merece um trabalho acadêmico à parte, como já brilhantemente realizado na doutrina nacional. Não se pretende aqui esgotar o assunto, mas apenas destacar pontos que, em confronto com a teoria de Birks, reforçam a posição de que o enriquecimento sem causa não é o local adequado para a remoção de lucros do ofensor e que já foram ou serão rebatidos neste trabalho.

Como acima exposto, o sistema germânico de enriquecimento inicialmente foi construído sob a forma de uma cláusula geral, mesmo que inicialmente o projeto abarcasse uma série de outras *condictiones* (ALVIM, 2011, p. 914)¹⁶⁷. O Direito alemão, ao contrário de outros ordenamentos, desenvolveu o conceito romano de

¹⁶⁷ Sobre a *condictiones*, toma-se a lição de Carlos Alberto Dabus Maluf (1998, p.116): “As *condictiones* fundadas no enriquecimento injusto eram conhecidas pela designação geral de *condictiones sine causa*. O gênero, porém, comportava diversas espécies: 1. *conditio indebiti* era o direito de exigir o que se pagou indevidamente. 2. *conditio causa data causa non secuta* era o direito de reclamar o que se deu com intuito de alcançar um fim que não se realizou. Seria a hipótese do terceiro que forneceu o dote e que pede de volta, por não haver se realizado o casamento. 3. *conditio ob finitam causam* – verifica-se, quando se pagou por uma razão que existia e que deixou de existir. Seria o exemplo do pai que presta pensão alimentícia à mulher, pelo filho do casal. Se o filho morrer, a razão de pagar não mais existirá. Assim, pode o cônjuge varão pleitear através dessa *conditio* as importâncias pagas depois do falecimento do menor. [...] 4. *conditio ob turpem vel injustam causam* – cabia em Direito Romano para repetir o que se deu por uma causa honesta da parte de quem deu, mas desonesta ou injusta da parte de quem recebeu. Assim, o *accipiens* estava obrigado a restituir o que recebera por causa imoral. No mesmo sentido dispôs o Código Civil alemão. [...] 5. *conditio furtiva* era a imaginada contra o ladrão”.

condictio para se obter a restituição¹⁶⁸. A partir disso, diferentes formas de *condictio* foram desenvolvidas. A ideia de que essa é a forma pela qual a restituição deve dar-se é, entretanto, altamente questionável (KREBS, 2001, p. 27).

O enriquecimento por intromissão deriva da teoria alemã desenvolvida, como visto, principalmente por König e Schulz, sendo que este instituto foi idealizado para proteger posições absolutas, ou seja, direitos que concedem ao seu titular faculdades de exclusão e monopólio, como o direito de propriedade (BOURIE, 2010, p. 17). Antes mesmo da publicação do *BGB*, a jurisprudência alemã aplicava o enriquecimento por intromissão como meio de tutela em face de violações a direitos da personalidade (MENDES, 2019, p. 391).

Dentro da tipologia do enriquecimento injustificado alemão, a categoria que acabou por receber maior relevo nos estudos além das fronteiras germânicas foi o enriquecimento por intromissão ou enriquecimento por intervenção. O enriquecimento por intromissão é um dos tipos de enriquecimento derivados da cláusula geral prevista no ordenamento alemão e que contribuiu para o rompimento do modelo unitário proposto por Savigny. Quanto ao seu substrato fático-jurídico, Arrue (2018a, p. 30) assim constata: “O pressuposto de fato da *condictio* por intromissão contempla o uso, gozo e disposição de bens alheios sem o consentimento do titular [...]”.¹⁶⁹ Por sua vez, Gil (2017, p. 10) entende que o enriquecimento por intromissão abarca os casos “*quando se hace un uso indebido de la facultad de disposición sobre un bien que pertenece a un tercero*”, isto é, “quando é feito uso indevido da faculdade de disposição de um bem (direito) que pertence a um terceiro”.

No Brasil, por influência portuguesa, especialmente da obra de Pereira Coelho, adotou-se a terminologia “lucro da intervenção”, que, segundo Savi (2012, p. 7), significa “o lucro obtido por aquele que, sem autorização, interfere nos direitos ou bens jurídicos de outra pessoa e que decorre justamente dessa intervenção”. De forma geral, é identificado como “qualquer vantagem patrimonial obtida indevidamente com base em direito alheio” (KONDER, 2017, p. 233). Esse lucro decorre da

¹⁶⁸ É esse o relato encontrado na obra de Thomas Krebs (2001, p. 27): “*When the drafters of the BGB started work on their code in the latter quarter of the last century, they thus used the Roman law of condictions as a blueprint for the German law of unjust enrichment*”. Em tradução livre: “Quando os elaboradores do BGB começaram a trabalhar em seu código no último quarto do século passado, eles então se utilizaram da lei romana das *condictiones* como um modelo para a lei germânica do enriquecimento sem causa”.

¹⁶⁹ Tradução nossa. No original: El supuesto de hecho de la *condictio* por intromisión contempla el uso, disfrute y disposición de bienes ajenos sin el consentimiento del titular [...]”.

“intervenção não autorizada nos bens ou direitos alheios” (SAVI, 2012, p. 8). A mesma definição é compartilhada por Rodrigo da Guia Silva (2018, p. 300) que afirma estarem reunidas, sob a terminologia *lucro da intervenção*, as “situações nas quais uma determinada pessoa auferir vantagem patrimonial a partir da exploração não autorizada de bens ou direitos alheios”. Thiago Lins (2016, p. 15) define o lucro da intervenção como “o lucro obtido a partir da intervenção em bens, trabalho ou direitos alheios”. E, por fim, Aline de Miranda Valverde Terra e Gisela Sampaio da Cruz Guedes (2018, p. 8) assim conceituam o lucro da intervenção:

O lucro da intervenção consiste, pois, no incremento patrimonial obtido por aquele que, sem autorização, interfere em situação jurídica subjetiva alheia, e pode resultar tanto de efetivo aumento do ativo, quanto de diminuição do passivo ou poupança de certa despesa

Essa é a teoria que tem recebido maior recepção na doutrina brasileira quando o tópico em debate é a restituição e/ou remoção de ganhos obtidos pelo ofensor.

Há um conceito chave para se compreender como a taxonomia birkiniana permite demonstrar que o enriquecimento sem causa não é *lucus* para a aplicação dos remédios restitutórios em face do ofensor, que é o significado de *intervenção*.

Intervenção decorre da teoria construída por Franz Schultz que tratou das hipóteses, no Direito alemão, de enriquecimentos por interferência no direito alheio (*Eingriffserwerb*). Para Júlio Manuel Vieira Gomes (1998, p. 181), a intervenção significa “qualquer actuação num direito alheio, [seja através da destruição desse direito seja através da alteração da relação jurídica] em cujo contexto esse direito existe”.

Em sua monografia sobre o tema do enriquecimento sem causa, Júlio Manuel Vieira Gomes advertiu que o conceito acima é demasiado amplo e pode abarcar tanto intervenções lícitas quanto ilícitas. De forma que, para Schulz, os pressupostos básicos para a caracterização do lucro da intervenção são a) a existência de uma intervenção; b) a existência de um resultado (enriquecimento); c) a existência de um nexo entre resultado e intervenção. A ilicitude, em que pese não constituir na tese de Schultz um requisito necessário, pode ou não estar presente, contudo está presente na grande maioria dos casos (GOMES, 1998, p. 181-183):

Para Schultz o parentesco entre a pretensão de entrega do lucro da intervenção e a obrigação de indenizar estaria em que ambas pressupõem, em regra, uma intervenção ilícita na esfera jurídica alheia [...], mas o nascimento desta última não exclui a gênese ou aparecimento simultâneo da primeira. De acordo com a visão deste autor, existe um concurso de pretensões, cabendo ao credor a escolha

da pretensão que quer fazer valer. (GOMES, 1998, p. 183, nota de rodapé).

Nota-se de plano que a ideia de intervenção está intrinsicamente ligada à de um ilícito, tanto que o próprio autor da teoria acaba por admitir a possibilidade de o lesado – sobre quem se deu o enriquecimento – optar entre a ação indenizatória ou a restitutória pela via do enriquecimento sem causa.

O lucro da intervenção tem, ainda, como substrato a teoria do conteúdo de destinação jurídica dos bens¹⁷⁰:

Segundo esta [referindo-se à doutrina do conteúdo de destinação dos bens – *Zuweisungslehre*], o enriquecimento será obtido à custa do empobrecido quando lhe pertencia, lhe estava reservado em face do conteúdo de destinação do direito ou bem jurídico violado. O lucro obtido mediante intervenção em direito alheio é realizado à custa do titular desse direito sempre que se apresenta como realização do valor econômico, que lhe pertence, do mesmo direito, e isto ainda que, de outro modo, o titular do direito nunca tivesse obtido lucro. Decerto que o lucro não é então obtido à custa do patrimônio do titular do direito, mas é alcançado à custa da sua esfera jurídica absolutamente protegida. O que é necessário é o direito violado querer, segundo o seu conteúdo de destinação (*Zuweisungsgehalt*), reservar para o respectivo titular o seu aproveitamento econômico. (CAMPOS, 1982, p. 43 *apud* SAVI, 2012, p. 101)

Isto é, em sua enunciação tradicional, “todas as vantagens patrimoniais geradas por um bem devem refletir em proveito do seu titular” (SILVA, R. G., 2018, p. 170)¹⁷¹. Ocorre que a referida teoria, por si só, não é suficiente para justificar o lucro da intervenção (ROSENVALD, 2019b, p. 400). Que os proveitos obtidos a partir da propriedade de outrem devem ser direcionados ao titular é um fato, o evento causal que deu origem ao enriquecimento e, portanto, ao direito à restituição é outro, e é nesse segundo fato que se enquadra a obrigação.

A adoção da teoria do lucro da intervenção na doutrina nacional depende em muito da adoção de uma noção funcionalista da classificação das obrigações. Segundo a referida teoria (NORONHA, 1999), as obrigações podem ser classificadas entre compensatórias, restitutórias e executórias, base teórico-doutrinária do trabalho mais recente em matéria de lucro da intervenção (SILVA, R. G., 2018, p. 89).

¹⁷⁰ Sobre a doutrina da destinação jurídica dos bens: “A regra, portanto, é de que o lucro da intervenção seja transferido para o titular do bem ou direito. E isso é consequência de aceitar-se que as atribuições patrimoniais efetuadas por meio de concessão de posições jurídicas ativas (p. ex. de direitos subjetivos) possuem um conteúdo que inclui o monopólio da exploração desses direitos subjetivos” (SAVI, 2012, p. 115).

¹⁷¹ Importante ressaltar que tanto Savi (2012) quanto Silva, R. G. (2018, p. 170) ressaltam o necessário temperamento da doutrina citada a noção constitucionalizada de função social da propriedade.

A classificação, entretanto, mistura os conceitos de remédios e direitos. Enquanto os remédios são instrumentos que o Direito dispõe para tutela e para efetivar direitos, direitos são a base das situações jurídicas tuteladas. A análise funcional é pura e exclusivamente no efeito do remédio principal de cada categoria obrigacional e limita a própria compreensão das obrigações e seu correto enquadramento dogmático; o reconhecimento funcional das obrigações é importante, como já investigado no segundo capítulo, mas abandonar totalmente a análise estrutural pode também ser um limitador quanto aos institutos frente aos desafios contemporâneos.

Quando se fala em restituição, está se tratando de remédios, as linhas de Birks, e não de fonte de obrigações, que são representadas pelas colunas.

Ao afirmar que a restituição/remoção dos ganhos ilícitos deve ser alocada no enriquecimento sem causa sob a batuta da teoria do lucro da intervenção, a classificação funcional ignora a origem da obrigação e foca-se na finalidade remedial¹⁷² aplicada ao caso, como se essa a razão da obrigação fosse.

O enriquecimento sem causa não se origina da necessidade de se restituir, mas de um acréscimo patrimonial sem justo título.

Quando o acréscimo patrimonial da parte decorre da violação de um direito, está diante de um ilícito. Enquanto Schulz enunciava que “em princípio ninguém, deve poder retirar um lucro de uma intervenção ilícita num direito alheio” (GOMES, 182), o *Common Law* fundamenta os remédios restitutórios na máxima *tort must not pay*, isto é, o ilícito não pode compensar, os brocardos são equivalentes, mas uma característica entre ambos é comum: o caráter de ilicitude da conduta que gera o enriquecimento e que, portanto, justifica a recuperação deste pela responsabilidade civil. Nesse aspecto, a doutrina reconhece o ilícito como cerne da teoria do lucro da intervenção - “A ‘Teoria da Illicitude’ desenvolvida por Schulz afirma que o fundamento do enriquecimento sem causa não é o deslocamento patrimonial sem causa jurídica, mas sim uma ação contrária ao direito” (SAVI, 2012, p. 103); até esse ponto a ação contrária ao direito pode ser em razão de ser ilícita ou desprovida de base jurídica, contudo em sequência fica claro o ponto fulcral que embasa o enriquecimento por

¹⁷² Na experiência israelense, Lerner (2012, p. 7) adverte que “*if we focus on a remedial approach to unjust enrichment, there is no room to distinguish between restitution and unjust enrichment*”, isto é, a visão limitada à abordagem remedial impede que se possa distinguir restituição de enriquecimento sem causa, os dois conceitos se fundem em uma coisa só.

intromissão - “sempre que alguém efetuasse uma intervenção objetivamente ilícita nos bens ou direitos de outrem, deveria restituir o resultado da intervenção” (SAVI, 2012, p. 103), isto é, em outros termos, sempre que alguém violasse um interesse jurídico tutelado, praticando um ato ilícito em face de outrem, deveria restituir os benefícios que colhera diretamente do ilícito. O enriquecimento por intromissão é, na verdade, enriquecimento decorrente de um ilícito.

A ilicitude que sustenta o enriquecimento por intromissão, ou lucro da intervenção, seria uma aquisição (enriquecimento) contrária ao direito, sendo que a referida contrariedade “equivaleria à ausência de causa jurídica” (SAVI, 2012, p. 104). Neste ponto, a noção de *absence of basis* e a de *sine causa* se misturam. O enriquecimento decorrente de um ilícito tem uma causa antecedente, ilícita, mas existente. Já o enriquecimento sem causa não encontra justificativa no ordenamento. Nesse sentido, explica Rosenvald (2019b, p. 389): “se me aproprio de algo que pertença a outrem e obtenho lucros com a exploração desse bem, o enriquecimento é justificado por um ato ilícito”. Isso porque, no enriquecimento sem causa, o acréscimo patrimonial não depende da ocorrência de um ilícito ou de qualquer outro vínculo, basta, na verdade, o aspecto negativo – a ausência de causa que o justifique. Para tal compreensão, é necessário tomar “justificado” como “um ganho cuja restituição é ‘fundamentada’ em outro setor do direito obrigacional, dispensando a aplicação residual do enriquecimento sem causa” (ROSENVALD, 2019b, p. 389).

A análise taxonômica birkiana demonstra que o enriquecimento pode advir de diferentes eventos causais e que o local em que cada um desses eventos se manifesta define o instituto no qual será classificado. Após, conforme cada uma das categorias obrigacionais, são aplicados os remédios disponíveis.

Segundo o mapeamento de Birks, o ilícito nunca estará subjacente a um enriquecimento sem causa, e a injustiça – enquanto contrariedade geral ao princípio de que ninguém deve se enriquecer à custa de outrem – é o que fundamenta a pretensão restitutória no enriquecimento, ou a falta de causa jurídica subjacente ao acréscimo patrimonial (*sine causa* ou *absence of basis*):

O requisito da ilicitude é indiferente ao remédio restitutivo no setor do enriquecimento sem causa, consistindo o benefício injustificado em fato objetivo que não pressupõe um juízo de antijuridicidade. Mesmo que o receptor do ganho tenha atuado licitamente e demonstrado um comportamento irretocável haverá a restituição no *unjust enrichment* e a recomposição do patrimônio injustificadamente beneficiado. (ROSENVALD, 2019b, p. 383)

Dessa forma, a teoria do lucro da intervenção – a par de seu refinamento, da força de seus argumentos e dos louváveis trabalhos já desenvolvidos sobre o tema no Brasil e no exterior – não se adequa ao conceito de classificação a partir dos eventos causais, proposto por Birks.

O que leva grande parte da doutrina nacional a inclinar-se em prol do enriquecimento sem causa como lugar de remoção/restituição dos lucros obtidos por um ofensor – teoria do lucro da intervenção – são dois argumentos.

Tanto Rodrigo da Guia Silva (2018, p. 105-106) quanto Sérgio Savi (2012, p. 45), Kroetz (2005, p. 145), Konder (2017, p. 244) e Cruz e Terra (2015, p. 5) identificam que a responsabilidade civil tem como função única a reparação de danos, seja pela compensação ou qualquer outro meio de reparação. Segundo os autores, com argumentos dotados de fundamentos sólidos, a responsabilidade civil contemporânea sofreu o denominado “giro conceitual do ato ilícito para o dano injusto” (GOMES, 1980, p. 293 *apud* CRUZ; TERRA, 2015, p. 3).

Isso significa que a responsabilidade civil atuaria não quando houvesse um ato ilícito, mas uma lesão a um interesse jurídico que se repute injusta.

Nota-se nisso que a proximidade entre os institutos do enriquecimento sem causa e da responsabilidade civil é gritante. A lesão que encontra respaldo no ordenamento jurídico seria somente a decorrente de uma conduta que não encontra respaldo no ordenamento jurídico, seja porque ele não a reconhece como justa, seja porque ele a proíbe, ou seja, uma lesão injusta¹⁷³.

Ocorre que, em que pese a doutrina utilizar-se da terminologia “dano”, as próprias Cruz e Terra (2015, p. 6) revelam que, na verdade, está-se tratando de lesão a um interesse jurídico: “O dano injusto não se identifica, portanto, com antijuridicidade, com violação de direito ou norma; a injustiça do dano está, sim, na lesão a interesse jurídico merecedor de tutela”. Quando se lesa um interesse jurídico que merece tutela, há um dano injusto.

Outro argumento que surge fortemente é a ideia de que a condenação de um ofensor a abrir mão dos lucros obtidos com o ilícito ou restituir aquilo que enriqueceu a partir dele representa uma *punição* e não uma mera restituição, posto que a

¹⁷³ A conduta lícita, em que pese poder levar ao dever de indenizar (p. ex. art. 188, II, parágrafo único do Código Civil), em regra não traz responsabilidade, como, por exemplo, quando um médico realiza uma traqueostomia em uma pessoa desconhecida que está se engasgando ao seu lado. A conduta é lícita, e não há dever de reparação de danos, em que pese existir, sem dúvidas, uma lesão ao direito da personalidade, qual seja, o direito à integridade física.

indenização mede-se pela extensão do dano e o dano é sempre um *minus*, nunca um *plus* (SILVA R. G., 2018, p. 107-109; SAVI, 2012, p. 46; CRUZ; TERRA, 2015, p. 6; LINS, 2016, p. 28-29; KONDER, 2017, p. 240).

Nesta breve explanação, emergem dois fundamentos, um funcional e um estrutural: a) monofuncionalidade reparatória da responsabilidade civil (repulsa à punição e/ou restituição; b) a responsabilidade civil tem como evento causal o dano injusto, isto é, a lesão a um interesse jurídico merecedor de tutela.

A monofuncionalidade já foi analisada no capítulo 2 e ficou claro que os ordenamentos jurídicos que têm a mesma tradição jurídica que o ordenamento brasileiro estão abrindo as portas para a multifuncionalidade da responsabilidade civil, como no caso do italiano e do francês, o que aparentemente é adequado frente ao momento histórico-social presente.

A ideia de que a restituição é uma punição é equivocada. A taxonomia de Birks demonstra que, para um ilícito, múltiplos remédios são aplicáveis: reparação, restituição, compensação. Cada um destes tem uma finalidade e estrutura próprias.

É igualmente equivocado se hipertrofiar um remédio para que este cumpra a finalidade de outro. Por exemplo, elevar a condenação reparatória com base em um critério punitivo, o que, conforme já se concluiu no Brasil (PUSCHEL, 2011), é uma cortina de fumaça.

A punição por meio da responsabilidade civil, se fosse aplicada, dar-se-ia por meio de instituto autônomo, como a pena civil, “pautada pela tipicidade, determinação e taxatividade” (ROSENVALD, 2017, p. 80) e não como um *plus* (que na realidade sequer existe) nas condenações indenizatórias. A estruturação dos instrumentos remediais de forma autônoma, organizada e ampla traz não só segurança jurídica, mas efetividade para a proteção dos tutelados, que é a razão última do Direito: garantir a tutela das pessoas.

Quanto ao argumento estrutural, este foi analisado no item 1.3 e concluiu-se que dano injusto e responsabilidade civil não são sinônimos, os ilícitos podem ter outros efeitos que não o dano-prejuízo.

A teoria do lucro da intervenção é incompatível com a classificação das obrigações de Birks e com a perspectiva remedial nela fundamentada, de forma que, conforme a base teórico-doutrinária adotada neste trabalho, a restituição/remoção de ganhos decorrentes de um ilícito no campo do enriquecimento sem causa é inadequada:

O Direito restitutivo é mais amplo que o Direito do enriquecimento sem causa. Todo enriquecimento sem causa faz surgir um direito à restituição e, portanto, pertence ao Direito restitutivo. A proposição, porém, não pode ser invertida, porque, muitas vezes, o direito à restituição de ganhos é a resposta do direito a outro evento causativo. É um grave, mas tentador equívoco supor que toda instância de restituição de ganhos é também uma instância de enriquecimento sem causa. Restituição não é monocausal. (BIRKS, 2005, p. 3) ¹⁷⁴

A restituição é uma resposta possível aos direitos que emergem de diferentes eventos causais.

Parece que conceder às vítimas uma maleta de ferramentas é mais útil que ofertar apenas um canivete. Assim, a visão remedial cumpre com esse objetivo, influenciando na adoção de uma responsabilidade civil multifuncional, dotada de diferentes remédios aptos a cumprir diferentes finalidades.

Outro problema que cerca o lucro da intervenção são os limites que ele oferece no que tange à tutela do ofendido.

Há, na teoria do lucro da intervenção, a clara preocupação de que o valor a ser restituído não tome caráter punitivo quando supere aquilo que o interventor enriqueceu, isto é, no caso de intervenção, normalmente, o que deixou de gastar. O critério proposto por Savi (2012, p. 140) possui uma condicionante:

É importante destacar que o montante a ser restituído ao titular do direito jamais poderá ser inferior ao enriquecimento real do interventor, ou seja, ao preço de mercado do bem ou do uso do bem objeto da intervenção

Segundo Arrue (2018a, p. 121), quanto à ação de enriquecimento sem causa (na modalidade de intromissão), “su función es la de reintegrar el derecho usurpado con la restitución de su valor a quien está atribuido por el ordenamiento jurídico”, ou seja, a finalidade é apenas restituir ao titular do direito objeto de intervenção o valor que o ordenamento jurídico lhe atribui. Em outro texto, Arrue (2018b, p. 64-65) esclarece que restituir o valor atribuído pelo ordenamento jurídico é, no exemplo por ele proposto e que envolve a exploração indevida de uma música, o valor de mercado da licença, sendo que os lucros líquidos da intervenção, se restituídos, representariam punição para o interventor e não restituição. Isso se dá justamente porque o que o

¹⁷⁴ Tradução nossa. No original: “*The law of gain-based recovery is larger than the law of unjust enrichment. Every unjust enrichment gives rise to a right to restitution and therefore belongs in the law of restitution. But that proposition cannot be turned around, because, quite often, a right to gain-based recovery is the law’s response to some other causative event. It is a grave but all too tempting error to suppose that every instance of gain-based recovery is also an instance of unjust enrichment, Restitution is not mono-causal.*”

Direito protege no lucro da intervenção é o uso, gozo, fruição ou alienação de um interesse jurídico absoluto (propriedade/personalidade, por exemplo). A noção de que o lucro da intervenção se restringe ao valor de mercado que deveria ser pago pela cessão ou autorização por parte do titular do direito também está presente no estudo de Teffé (2014, p. 39) - “no momento em que se obriga que o interventor devolva integralmente o valor, estimula-se a celebração de contratos para obtenção de bens e direitos de forma lícita”. Assim, ao invés de operar tanto com o *give up (restitution)* como com o *give back (disgorgement)*, o enriquecimento sem causa restringe-se à primeira hipótese:

Enquanto no modelo da *restitution for wrongs*, James Edelman desenvolveu uma dicotomia para os *gain-based damages* envolvendo *disgorgement damages* e *restitutionary damages* (ou *reasonable fee*), cada qual perseguindo funções bem delineadas (restituição em um caso e dissuasão em outro), o critério alemão do monopólio da exploração indica que o alcance da restituição levará em conta que a ausência do consentimento do titular a uma intromissão colocará em marcha um mecanismo obrigacional pelo qual se restituirá a ele um ‘preço de mercado’ pela cessão da faculdade usurpada, com fundamento a *posteriori* na ideia de um contrato, pautado nas teorias de Larenz e Canaris sobre um ‘contrato fático’ ou um ‘comportamento social típico’, reequilibrando a situação patrimonial de quem tivesse que adquirir no mercado a faculdade usurpada perante o seu titular. (ROSENVALD, 2019b, p. 403).

O enriquecimento sem causa, na modalidade do lucro da intervenção, visa a recuperar uma faculdade, um interesse jurídico passível de aferição econômica, que foi usurpado por terceiros sem o consentimento do titular. O interventor é aquele que se vale de uma intromissão na esfera jurídica alheia, em direitos absolutos que garantem o monopólio e o direito de exclusão a seu titular, e daí retira benefícios.

Arrue (2018b, p. 65) deixa claro que o direito do enriquecimento não é preciso sobre quando deve se aplicar um ou outro remédio, havendo uma área turva quanto a esse aspecto. O grau mínimo de restituição é o valor objetivo da coisa (LINS, 2016, p. 190).

O fato é que, pela teoria alemã, o que se remunera é justamente o valor objetivo da intromissão sobre a coisa, assim, no caso, um piloto da Sauber vencendo uma corrida com um carro da McLaren, seria descontado o valor de uso do bem e o restante do prêmio ficaria com o piloto. É muito difícil e impreciso definir qual o limite de contribuição de cada parte no lucro auferido, como propõem Lins (2016) e Savi

(2012). Rodrigo da Guia Silva (2018, p. 327)¹⁷⁵ apresenta, corretamente, como equivocada a adoção da teoria da equivalência das condições como vinculação causal entre o enriquecimento e a intervenção, de forma que todo e qualquer benefício, por mais longa que a cadeia causal fosse, deveria ser revertido em prol da vítima.

Há, contudo, uma problemática com a teoria da equivalência das condições quando a análise é de enriquecimento por omissão – tipo de ilícito que não se exclui dentro da teoria birkiana de que a restituição de um enriquecimento derivado de um ilícito se inclui na responsabilidade civil, de forma que os ilícitos podem se dar por omissão, quando, por exemplo, há falta para com um dever de cuidado, é o evento do qual emerge o Direito. Sobre os problemas quanto à aplicação da teoria da equivalência das condições, Pablo Malheiros da Cunha Frota alerta que, em regra, a verificação do nexo de causalidade na teoria da equivalência das condições se dá da seguinte forma:

(i) analisam-se os antecedentes causais responsáveis para a ocorrência do dano; (ii) visto tais antecedentes, separam-se as condições que são juridicamente relevantes para viabilizar a imputação da responsabilidade ao agente, como feito no direito penal (FROTA, 2013, p. 65)

Como exposto, o problema aparecerá não só, mas principalmente, quanto às condutas omissivas quando se torna impossível a realização do juízo hipotético de eliminação:

Essa metodologia é modificada nos casos de conduta omissa, por ser impossível se realizar um juízo hipotético de eliminação, uma vez que tal causa não adentrou ao mundo fático, pois o não agir é o motivo gerador do fato danoso, devendo o lesante ter interrompido o processo causal. Faz-se, então, um juízo hipotético de acréscimo e não de eliminação, ou seja, acresce-se a conduta a ser praticada e se verifica a conservação do resultado danoso. Caso a resposta seja afirmativa, a omissão não causou o evento danoso; caso a resposta seja negativa, a omissão é causa do resultado danoso. (FROTA, 2013, p. 65)

A dificuldade de diferenciar causa de condição é outro empecilho dessa teoria, além de uma indesejada abordagem que aproxima a causa de uma noção metafísica, distribuindo por todos o mal existente na sociedade (CARBONNIER, 1985, p. 381 *apud* FROTA, 2013, p. 66).

¹⁷⁵ Segundo Pablo Malheiros da Cunha Frota (2013, p. 61), “A teoria da equivalência das condições é a que mais se aproxima da causalidade fática ou natural, tendo em vista que o nexo causal é demonstrado por meio de todos os eventos considerados condições necessárias <<*conditio sine qua non*>> para o dano, a viabilizar a responsabilização do agente. Isso porque cada condição por si só não é eficaz para vincular evento danoso e dano”.

Por fim, Rodrigo da Guia Silva (2018, p. 328-329) acaba por se valer da análise do grau de contribuição causal de cada um dos fatores concorrentes para averiguar a responsabilidade sobre o enriquecimento, a exemplo da diferenciação entre causalidade direta e imediata, ressaltando que o montante que efetivamente foi obtido à custa de outrem é aquele puramente derivado da vítima, sendo que aportes decorrentes da própria técnica e qualidades do interventor devem ser desconsiderados.

Por fim, Silva (2018, p. 329) sugere um aporte do princípio da boa-fé subjetiva, o que, como o próprio reconhece, poderia acarretar em um juízo de reprovabilidade subjetivo que aproximaria a restituição de uma punição, o que não deve ser buscado.

Nota-se que a restituição por meio do enriquecimento sem causa demanda os pressupostos típicos da responsabilidade civil: avaliação de causalidade, avaliação de ilicitude da conduta, inclusive reaproximação do conceito de culpa por meio do aporte de uma avaliação da (má) boa-fé subjetiva.

Tais dados comprovam que, na verdade, o que o lucro da intervenção tenta é se apropriar de uma estrutura própria da responsabilidade civil – ilícito < nexa > resultado – para justificar a aplicação da teoria alemã, que nasceu em um contexto diferente do que se observa no ordenamento jurídico brasileiro.

3.3.4 *A subsidiariedade de ação do enriquecimento sem causa*

Se a doutrina nacional em grande parte é partidária da tese de que a restituição de ganhos obtidos pelo ofensor a partir de um ilícito deve se dar por meio do enriquecimento sem causa, recentemente a obra de Rosenvald (2019b) abriu o caminho para uma absorção da teoria dos *gain-based damages* de forma a que a restituição de ganhos auferidos em razão de um ilícito seja restituída a partir da responsabilidade civil.

Um dos argumentos de Rosenvald é o caráter subsidiário do enriquecimento sem causa. A subsidiariedade aqui não é propriamente a de ação, mas a histórica subsidiariedade do enriquecimento sem causa dentro da teoria das obrigações:

[...] restituição por enriquecimento injusto e restituição por ilícitos deitam raízes em diferentes setores do direito de obrigações e, conseqüentemente demandam pressupostos distintos por parte do ordenamento. Em comum a ambas as situações, há o fato do enriquecimento. Todavia, enquanto a restituição por ilícitos é um remédio próprio a um comportamento objetivamente antijurídico por parte daquele que obteve um benefício (mesmo que não

subjetivamente culposo), a restituição por enriquecimento injusto é uma pretensão que se relaciona a todas as situações geradoras de enriquecimento, porém alheias à violação de um pacto ou a um ilícito. (ROSENVALD, 2019b, p. 383)

O trabalho de Birks se desenvolveu para dar reconhecimento ao enriquecimento sem causa como uma fonte autônoma de obrigações, justamente porque até então o Direito da *Common Law* tinha nos contratos e nos *torts* as suas duas principais fontes de obrigações, quando um evento não correspondia a nenhuma das referidas fontes, os mais diversos artifícios jurídicos eram utilizados para tentar justificar a restituição, como, por exemplo, os já citados *constructive trusts* e a construção de outras relações fiduciárias hipotéticas sobre propriedade de forma a preencher o vácuo do enriquecimento sem causa naquele sistema jurídico.

O propósito foi justamente tirar o enriquecimento sem causa da quarta coluna – *miscellany* – e dar-lhe autonomia, estrutura e remédio. O enriquecimento sem causa aparece, portanto, como um elemento de fechamento do sistema. Onde há um benefício indevido a alguém, mas não há contrato nem ilícito, estará o enriquecimento sem causa:

Eu sugiro enxergar o enriquecimento sem causa tanto como um quadro flexível como um convite para um questionamento normativo. Por um quadro flexível eu quero dizer um mero espaço para organizar e classificar regras jurídicas que envolvem responsabilidade baseada em benefícios ou recomposição de benefícios e que – por qualquer razão que seja – não encontram um lar confortável em outro campo do Direito. (DAGAN, 2004, p. 26) ¹⁷⁶

O professor Dagan mostra bem como o enriquecimento sem causa exerce a função de preenchimento das lacunas do sistema das obrigações. Isto é, ele deve ser flexível – polienriquecimento –, contudo só atuará onde não houver outro campo jurídico confortável que abarcar o direito tutelado.

O enriquecimento sem causa não teve caminho muito diferente nos sistemas de *Civil Law*. E por isso o primeiro ponto quanto à subsidiariedade do enriquecimento sem causa é a própria subsidiariedade do instituto como *ultima ratio*, “servindo como um elemento residual no direito das obrigações para o conjunto de atribuições patrimoniais que não tenham como causa um ato consensual ou um comportamento antijurídico” (ROSENVALD, 2019b, p. 384).

¹⁷⁶ Tradução nossa. No original: “I suggest viewing unjust enrichment as a loose framework as well as an invitation for a normative inquiry. By a loose framework I mean a mere placeholder for arranging and classifying legal rules that involve benefitbased liability or benefit-based recovery and that – for whatever reason – do not find a comfortable home in another legal field.”

O enriquecimento sem causa no Brasil ganhou tratamento autônomo somente no Código Civil de 2002. O Código Civil de 1916 tratava apenas do pagamento indevido, que chegou a encontrar na doutrina o reconhecimento como fonte autônoma de obrigações (GOMES, 2000, p. 247); ocorre que o pagamento indevido é um dos eventos que está contido no alcance do enriquecimento sem causa (MONTEIRO, 2003, p. 439) e não uma fonte obrigacional apartada.

As principais fontes de obrigações no Brasil sempre foram o ilícito e o contrato, aos quais se somava a declaração unilateral de vontade. Já o Código Civil de 2002 “apresentou, como fonte de obrigações, os contratos, os negócios unilaterais e ato ilícito” (AZEVEDO, 2001, p. 45). O enriquecimento sem causa foi considerado mais um princípio geral com o qual “visa-se a garantir o equilíbrio patrimonial e evitar uma inequidade” (NEVES, 2017, p. 41). Inclusive, encontra-se na doutrina entendimento de que o enriquecimento sem causa seria uma espécie de ato ilícito e não uma fonte autônoma (NEVES, 2017, p. 45). Esse não parece, com base na teoria de Briks, o posicionamento correto.

A mesma noção do enriquecimento sem causa como fonte de obrigações, quando não presentes um contrato ou um ilícito, encontra-se na doutrina do Direito argentino:

O enriquecimento sem causa, na atualidade, deve ser considerado como uma fonte autônoma de obrigações. É claro que se trata de obrigações “ex lege”, já que provém direta e imediatamente da lei e não da vontade lícita (contrato), ou ilícito (delitos e quase-delitos) das partes. (ESPANÉS, 1979, p. 4)

Não se nega ao enriquecimento sem causa uma posição como fonte autônoma obrigacional, mas seu papel no Direito é residual, de fechamento, cobrindo as lacunas onde não houver um ilícito ou um contrato.

Isso se deve muito à compreensão do enriquecimento sem causa a partir de uma construção na forma de cláusula geral, permitindo que seu conteúdo se adapte às lacunas do sistema e as colmate. Diferente disso é a experiência alemã, que, desde a formulação do *BGB*, tomou como base as *condictiones* romanas e criou um sistema tipológico do enriquecimento sem causa, contudo, ante a necessidade de responder a situações que o modelo semifechado de responsabilidade civil do *BGB* não abarcava, desenvolveu um braço do enriquecimento sem causa, fundado na prática de ilícitos, dessa forma, sobrepondo-se estruturalmente à responsabilidade civil como meio de tutela.

Ocorre que o sistema jurídico brasileiro bebeu na fonte do Direito francês¹⁷⁷ e a responsabilidade civil também foi construída sob a égide de cláusulas gerais, isto é, um sistema aberto, principiológico e conceitual: “Foi a concepção cristalizada nesse princípio geral da não responsabilidade sem culpa que passou para os códigos civis modernos, incluindo o nosso” (NORONHA, 1999, p. 33). Por óbvio que o trecho do estudo de Fernando Noronha se refere à absorção, pelo Brasil, da cláusula geral de responsabilidade civil subjetiva, fundada na *faute* por meio do Código Civil de 1916. Como abordado no primeiro capítulo, as principais influências do Brasil quanto ao Direito Civil foram do Direito francês, sendo que o Direito alemão influenciou, principalmente, na organização do Código.

No Brasil, dessa forma, o enriquecimento sem causa – sequer positivado durante a vigência do Código Civil de 1916, mas inserido no pagamento indevido – sempre exerceu o papel de *last resource*, isto é, de último recurso como instrumento de fechamento do sistema, tal qual no Direito inglês e no Direito francês:

Em qualquer caso, todos os sistemas jurídicos baseados neste modelo acabaram por "completar" o seu panorama restitutivo com uma ação geral de "enriquecimento sem causa" ou "enriquecimento injustificado", de criação jurisprudencial (alguns casos chegaram a ser codificados, como aconteceu na França em 2016), que funciona como uma cláusula de fechamento para resolver conflitos restitutivos não abrangidos por regras específicas, tais como casos de "enriquecimento indireto" (o enriquecido recebe o enriquecimento de alguém que não tem obrigação de compensar, mas obteve-o à custa de um terceiro que ele é obrigado a compensar - por exemplo, por contrato - e não o fez; a questão é saber se o terceiro é concedido ação contra o enriquecido) (ARRUE, 2018a, p. 37).

E justamente em razão do seu caráter fragmentado (ARRUE, 2018a, p. 36) e de fechamento do sistema é que o enriquecimento sem causa não foi adotado pela doutrina francesa como a área do Direito em que o *disgorgement* de lucros ilícitos deveria ser positivado:

A remoção dos lucros ilícitos é objeto de muito debate acadêmico. Quaisquer que sejam as suas opiniões, às vezes amplamente divergentes, os autores têm alguns pontos em comum. Em primeiro lugar, todos defendem um quadro jurídico para pôr fim à incerteza jurídica resultante da falta de transparência na remoção de lucros ilícitos. Em segundo lugar, todos depositam as suas esperanças na responsabilidade civil como um instrumento para a remoção de lucros

¹⁷⁷ “No Código Civil francês, tem a legislação moderna o modelo e inspiração. Antes, porém, que surgisse esse monumento jurídico, o direito francês já exercia sensível influência nos outros povos. De interesse geral, portanto, recordar que, aperfeiçoando, a pouco e pouco, as idéias românicas, ele estabeleceu nitidamente um princípio geral da responsabilidade civil, abandonando o critério de enumerar os casos de composição obrigatória” (AGUIAR DIAS, 1994, p. 33. t. 1)

ilícitos. Uma tendência está, portanto, em desenvolvimento, afastando-se do monopólio da compensação integral e para outros fins atribuídos à responsabilidade civil e assumidos em plena luz do dia. O terceiro ponto que os autores têm em comum é a ideia de que, para combater eficazmente a obtenção de lucros ilícitos, é necessária legislação com âmbito geral e não de uma abordagem setorial que conduza a uma proliferação de textos com âmbito limitado. Finalmente, o quarto ponto em que os autores concordam é o termo escolhido para se referir à infração que garante o descarregamento de lucros ilícitos: "ilícito lucrativo" (SÉJEAN, 2015, p. 130).¹⁷⁸

Dotado de uma cláusula geral de responsabilidade que permite ser flexibilizada para abarcar a necessidade de remoção dos lucros ilícitos, o sistema francês não tem razão para buscar no enriquecimento sem causa o espaço dentro da topografia do Direito Privado em que as normas sobre restituição e remoção de lucros obtidos a partir de um ilícito devam ser positivadas (SÉJEAN, 2015, p. 128). O enriquecimento sem causa no Direito francês continua a ocupar o lugar subsidiário que sempre ocupou, de fechamento do sistema:

Do ponto de vista comparativo, a França tem tradicionalmente se filiado ao modelo de subsidiariedade - ou seja, o enriquecimento injusto só é aplicado quando não há outros fundamentos (contrato, delito) e não como uma forma de superar um impedimento legal. (LERNER, 2012, p. 9)¹⁷⁹

Diferentemente do que, como abordado, ocorreu na Alemanha, onde o enriquecimento sem causa foi aplicado, inclusive, para casos de ilícitos civis (LERNER, 2012, p. 10), como forma de superar as dificuldades de um sistema tipificado de violações de direitos que deflagravam a resposta pela via da responsabilidade civil.

Como se abordou acima, é salutar o refinamento doutrinário do enriquecimento sem causa, visto que, pelas mesmas razões sociais e históricas pelas quais a responsabilidade civil se transformou e se adaptou para solucionar os conflitos

¹⁷⁸ Tradução nossa. No original: "*The disgorgement of illicit profits is the subject of much scholarly debate. Whatever their views, sometimes widely diverging, authors have some points in common. Firstly, they all argue for a legal framework to end the legal uncertainty resulting from the lack of transparency in disgorging illicit profits. Secondly, they all pin their hopes on tort law as an instrument for disgorging illicit profits. A trend is therefore developing, moving away from the monopoly of full compensation and towards other purposes assigned to tort law and assumed in broad daylight. The third point authors have in common is the idea that to effectively combat illicit profit-making, legislation with general scope rather than a sectoral approach is required that leads to a proliferation of texts with limited scope. Finally, the fourth point on which authors agree is the term chosen to refer to the offence warranting disgorgement of illicit profits: 'profitable tort'*".

¹⁷⁹ Tradução nossa. No original: "*From a comparative point of view France has traditionally ascribed to the subsidiarity model—i.e., unjust enrichment is applied only when there is no other grounds (contract, tort) and not as a way to overcome a legal impediment'*".

de seu tempo, uma grande gama de casos se torna passível de resolução sem se recorrer a ficções jurídicas como relações fiduciárias, quase contratos ou contratos hipotéticos a preço de mercado:

Em suma, um sistema com uma normativa autônoma do enriquecimento sem causa incrementa a sua racionalidade em geral, porque adquire uma melhor compreensão do mapa do direito; em terceiro lugar, a racionalidade interna das categorias baseadas no consentimento é aperfeiçoada pela remoção de matéria não consensual para a lei do enriquecimento sem causa (ROSENVALD, 2019b, p. 391)

O enriquecimento sem causa, dessa forma, assume o seu papel de fechamento do sistema para tratar de todos os casos que não estejam fundados em ilícitos ou contratos e que demandem a restituição com base no princípio de justiça que o informa desde *Pomponius*.

Outro limite do enriquecimento sem causa, destacado por Nelson Rosenvald (2019b, p. 394) e que justifica a não opção deste regime como competente para a reversão de ganhos ilícitos, é a “regra conhecida como ‘double-cap’ ou ‘double-ceiling rule’” e no Brasil como “teoria do duplo limite” (SILVA, R. G, 2018, p. 160). A referida regra foi inserida no art. 1.303 do renovado *Code Civil* francês, quando de sua reforma em 2016, e prevê o seguinte:

Para além dos casos de gestão de negócios e do pagamento indevido, aquele que se beneficia de um enriquecimento injustificado em detrimento de outrem deve, àquele que resta empobrecido, uma indenização igual ao menor dos dois valores de enriquecimento e de empobrecimento.¹⁸⁰

Isto é, a quantificação do enriquecimento sem causa no Direito francês tem quase uma finalidade compensatória¹⁸¹, ou seja, de existência de uma relação de causalidade entre o enriquecimento do réu e o empobrecimento do autor, requisito que, como já exposto, não permanece na grande parte da doutrina. O que se destaca, porém, é a limitação do valor da “indenização”, no máximo, àquilo que o autor

¹⁸⁰ Tradução nossa. No original: “*En dehors des cas de gestion d'affaires et de paiement de l'indu, celui qui bénéficie d'un enrichissement injustifié au détriment d'autrui doit, à celui qui s'en trouve appauvri, une indemnité égale à la moindre des deux valeurs de l'enrichissement et de l'appauvrissement.*”

¹⁸¹ No Direito espanhol, essa finalidade compensatória é, por vezes, expressamente admitida: “Si bien, de manera generalizada, la indemnización se refiere a la forma de reparación del daño causado mediante un acto ilícito civil, que es presupuesto de la responsabilidad civil, mientras que el resarcimiento o la restitución hacen referencia a la función reparadora en el sentido de restituir al patrimonio del empobrecido en aquello que formaba parte del patrimonio del enriquecido”. Tradução nossa. No original: “Embora a indenização se refira geralmente à forma de reparação de danos causados por um delito civil, que é um pressuposto da responsabilidade civil, tanto o ressarcimento ou a restituição se refere à função reparadora no sentido de restaurar o patrimônio do empobrecido no que fazia parte do patrimônio do enriquecido”.

empobreceu. Dessa forma, a atuação do enriquecimento sem causa fica limitada apenas àquilo que o réu obteve às custas do autor, na medida em que o autor sofreu uma perda.

A mesma previsão é encontrada no art. 479 do Código Civil de Portugal:

1. A obrigação de restituir fundada no enriquecimento sem causa compreende tudo quando se tenha obtido à custa do empobrecido ou, se a restituição em espécie não for possível, o valor correspondente.
2. A obrigação de restituir não pode exceder a medida do locupletamento à data da verificação de algum dos factos referidos nas duas alíneas do artigo seguinte.

A redação do dispositivo da lei civil portuguesa muito se aproxima da nova redação do art. 1033 do Código Civil francês. Em Portugal, contudo, a doutrina há muito defende que o correspondente empobrecimento não seja requisito para a configuração do enriquecimento sem causa (GOMES, 1998), o que também ocorre no Brasil (SAVI, 2012, p. 61).

Para superar a necessidade de empobrecimento, a doutrina construiu a ideia de que o *quantum* deverá se pautar pelo enriquecimento do réu, sem qualquer vinculação com o empobrecimento do autor (SILVA, R. G., 2018, p. 163), isso, contudo, é contrário à própria natureza do enriquecimento sem causa como regra de equidade, que sempre se pautou pelo equilíbrio patrimonial (MONTEIRO, 2003, p. 439-440).

O argumento que justifica a teoria do duplo limite é que, quando o autor – às custas de quem o réu se enriqueceu – recebe mais do que seu empobrecimento, haverá um enriquecimento às avessas, assim, fica violado o regime de equidade que é, em último raciocínio, o fio condutor que une os diferentes ordenamentos em torno do enriquecimento sem causa (LERNER, 2012, p. 2). A quantificação do lucro da intervenção, por exemplo, se superior ao valor de mercado, incorrerá nesse pecado, como antes debatido. O abandono da necessidade de empobrecimento é reconhecido pela doutrina nacional já há décadas (GOMES, 2000, p. 251) e realmente não é esse o critério diferenciador. O fato é que, pela via do enriquecimento, ao se restituir mais do que o valor médio do interesse lesado – como ocorre no *disgorgement*, por exemplo –, a regra de equidade que sustenta a cláusula geral de vedação ao enriquecimento restará violada, criando, dessa forma, uma verdadeira ruptura axiológica do sistema.

Quanto à subsidiariedade, no Brasil o art. 886 do Código Civil prevê o seguinte: “Não caberá a restituição por enriquecimento, se a lei conferir ao lesado outros meios para se ressarcir do prejuízo sofrido”. O referido dispositivo permite duas

leituras críticas que esclarecem o quadro da subsidiariedade do enriquecimento sem causa para o Direito brasileiro.

A subsidiariedade inserida no Código Civil usualmente é apontada como mecanismo para coibir que o instituto do enriquecimento sem causa seja utilizado de forma indiscriminada para burlar outros mecanismos legais específicos em todos os casos em que haja um acréscimo patrimonial que, dentro de um alto grau de abstração, se considere injusto (SILVA, R. G., 2018, p. 201). Tal disposição, entretanto, decorre da própria concepção unitária e sistemática do ordenamento jurídico, pelo que sua previsão normativa expressa acarretaria redundância desnecessária (SILVA, R. G., 2018, p. 205).

Muito do que se desenvolveu quanto à subsidiariedade do enriquecimento sem causa é tributário da doutrina portuguesa. Como relata Júlio Vieira Gomes, segundo Diogo Leite Campos, o enriquecimento sem causa assenta-se em um princípio geral que permeia todo o ordenamento e justifica muitas das soluções previstas. Em razão desse caráter transversal do princípio geral de vedação ao enriquecimento injustificado, haveria um conflito todas as vezes em que este princípio colidisse com outros instrumentos de regência dos deslocamentos patrimoniais no ordenamento jurídico. A subsidiariedade, então, resolveria em favor dos institutos mais complexos (responsabilidade civil, contratos, gestão de negócios etc.) (GOMES, 1998, p. 422-423). Na verdade, não se pode considerar o enriquecimento sem causa um instituto menos complexo, não é esse o argumento. Justificar a subsidiariedade por uma fraqueza do enriquecimento sem causa, ou por falta de complexidade – sendo que ambas não passam de uma suposição permeada de falsidade –, é um argumento deveras frágil. Tanto que, de forma correta, Gomes (1998, p. 424) e Silva (2018, p. 208-29) rebatem esse argumento.

Mais uma vez, é a taxonomia que socorre.

Como visto, o enriquecimento sem causa foi concebido como um *tertium genus*, isto é, como um terceiro evento do qual emergem direitos, ou seja, como uma terceira fonte de obrigações. A característica do enriquecimento sem causa é a de colmatar lacunas que outras áreas do Direito Privado não conseguem alcançar, garantindo, assim, a efetividade da regra de equidade que a sustenta.

Quando há o direito à restituição em razão de um enriquecimento injusto, deve-se perguntar: está fundamentado em um negócio jurídico? Se não, a pergunta seguinte é: decorre da prática de um ilícito? Se não, então a pergunta é: ao fato que

deu origem falta base jurídica legítima que o justifique? Se sim, então o enriquecimento sem causa será a resposta. Diferentemente, por exemplo, se dá quanto aos casos típicos e excepcionais, como a gestão de negócios que guarda caracteres e requisitos próprios não compatíveis com nenhuma das três perguntas, esses casos específicos são regidos por regras próprias.

A subsidiariedade, vista como função de fechamento do sistema, não decorre na verdade de um papel menor ou de menor complexidade estrutural do enriquecimento sem causa, mas da própria classificação das obrigações conforme os eventos causais que dão origem aos direitos tutelados. É fato que haverá muito mais casos de contratos e ilícitos civis, como aconteceu no Direito francês e no Direito inglês, como já relatado, mas o enriquecimento sem causa será subsidiário porque não é antecedido por um ilícito nem por um negócio jurídico válido.

Não se trata aqui de especificidade, mas de adequada alocação dos direitos e atribuição dos respectivos remédios.

Não se deve, ainda, tratar da subsidiariedade sob o ponto de vista de ação. Comentando o art. 886 do Código Civil, Leitão (2004, p. 25) aduz que “A referida norma pretende estabelecer que a ação de enriquecimento seja o último recurso a utilizar pelo empobrecido”. Não parece ser esse também o ponto de vista mais adequado. Trata-se, na verdade, de um critério de adequação. Sendo a restituição decorrente de um evento que não seja um contrato ou um ilícito civil e que demande restituição, o remédio adequado é na seara do enriquecimento sem causa.

A visão da subsidiariedade é, portanto, nada mais nada menos que reflexo da experiência social, que, pelo próprio papel relegado ao enriquecimento sem causa por séculos – carecendo até de previsão legislativa no Código Civil de 1916 –, revela seu caráter de subsidiariedade na vida cotidiana frente aos negócios jurídicos e aos ilícitos. A subsidiariedade é real, e não virtual ou normativa.

Fundado na tripartição funcional das obrigações, Rodrigo da Guia Silva (2018, p. 209) propõe a substituição da “noção de *subsidiariedade do instituto da vedação ao enriquecimento sem causa* em prol da noção de *subsidiariedade da cláusula geral do dever de restituir*”, dessa forma, quando não fosse o caso de execução específica de uma obrigação ou de reparação, atuaria o enriquecimento sem causa com a finalidade restitutória, salvo as hipóteses de regramento específico previstas no ordenamento (como pagamento indevido, gestão de negócios, restituição de frutos do possuidor de má-fé etc.). Propõe, assim, com base em Pietro Sirena, que a subsidiariedade é um

“pressuposto negativo de incidência da cláusula geral do dever de restituir, de modo a assegurar o respeito à disciplina própria dispensada pelo legislador ordinário a hipóteses específicas de restituição” (SILVA, R. G., 2018, p. 212). Isso, contudo, não afasta o fato de que toda pretensão restitutória no Direito Civil restará vinculada ao regime de vedação ao enriquecimento sem causa (SILVA, R. G., 2018, p. 213).

Isto é, colocam-se em uma mesma categoria situações com traços diferentes entre si. Cita-se, por exemplo, o art. 61, §1º do Código Civil:

Art. 61. Dissolvida a associação, o remanescente do seu patrimônio líquido, depois de deduzidas, se for o caso, as quotas ou frações ideais referidas no parágrafo único do art. 56, será destinado à entidade de fins não econômicos designada no estatuto, ou, omissa esta, por deliberação dos associados, à instituição municipal, estadual ou federal, de fins idênticos ou semelhantes.

§1º Por cláusula do estatuto ou, no seu silêncio, por deliberação dos associados, podem estes, antes da destinação do remanescente referida neste artigo, receber em restituição, atualizado o respectivo valor, as contribuições que tiverem prestado ao patrimônio da associação.

Quando da dissolução de uma associação, é possível que os associados, por previsão estatutária ou por deliberação, recebam em restituição o valor atualizado das contribuições prestadas ao patrimônio da associação.

Pois bem, a natureza jurídica do ato constitutivo de uma associação é controvertida, havendo posições no sentido de ostentar natureza de contrato plurilateral e outras no sentido de que se trata de um ato coletivo (MAIELLO, 2012, p. 102), ainda, encontra-se interessante estudo que conclui pela natureza de negócio jurídico organizativo, uma espécie de negócio jurídico (MAIELLO, 2012, p. 128-129)¹⁸², isto é, um fato jurídico que, no caso, envolve consenso¹⁸³. Tome-se, portanto, a natureza de negócio jurídico.

¹⁸² Quanto à noção de negócio jurídico organizativo, esclarece Maiello (2012, p. 128-129): “Deixamos claro, portanto, que ao estudarmos as associações de direito privado brasileiras estamos tratando de uma categoria específica de negócio jurídico, qual seja um negócio jurídico organizativo. [...] O ato constitutivo das associações possui caráter consensual e função programática, pois organiza, de acordo com a vontade dos associados, a atividade necessária para satisfação dos seus interesses”.

¹⁸³ Segundo Emilio Betti (2008, p. 88), o negócio jurídico pode ser considerado “o ato pelo qual o indivíduo regula, por si, os seus interesses, nas relações com outros (ato de autonomia privada): ato ao qual o direito liga os efeitos mais conformes à função econômico-social e lhe caracteriza o tipo (típica neste sentido)”. Ou seja, o negócio jurídico é uma forma de vinculação jurídica a partir de uma expressão de autonomia privada. A autonomia privada, por sua vez, se manifesta a partir de um comportamento ou declaração que revelem o conteúdo do negócio jurídico. Sendo uma declaração de vontade à qual o ordenamento jurídico atribui efeitos vinculantes, conforme o regramento do tipo no qual o negócio é classificado, podendo ser unilateral ou bilateral. Negócio jurídico envolve, portanto, declaração de vontade (PINTO, 1999, p. 379).

Supondo-se que o estatuto da associação preveja, no caso de sua dissolução, a restituição aos associados das contribuições ao patrimônio do ente, devidamente atualizadas.

A pretensão, nesse caso, é de enriquecimento sem causa? A resposta parece ser negativa. Isso porque houve um justo título para a transmissão patrimonial do associado para a associação que foi a relação associativa (em última análise com natureza de negócio jurídico). Quando da dissolução, não há uma declaração de nulidade da associação, tampouco esta deixa de existir imediatamente. Há um direito à restituição que nasce de um negócio jurídico, portanto, classificado na primeira coluna do mapa de Birks. Em havendo resistência da associação em cumprir com o programado no estatuto, restará configurado o enriquecimento e, certamente, caberá ao associado ação para tutelar seu direito à restituição fundado na força negocial do estatuto, e não na falta de causa jurídica ou na injustiça da permanência do patrimônio junto à associação.

Há base jurídica para a transferência patrimonial que é o dever de o associado contribuir, na proporção de sua quota, com as melhorias patrimoniais da associação. Pela mesma razão, não há como afirmar que a contribuição proporcional à quota patrimonial é hipótese análoga a um pagamento indevido. E há base jurídica para a restituição, quando da dissolução da associação, seja pelo negócio jurídico organizativo representado pelo estatuto, seja pelo negócio jurídico coletivo representado pela deliberação dos associados em assembleia específica.

Na visão puramente funcional, em se tratando de restituição, seria pela categoria “enriquecimento sem causa” que o tema seria resolvido. Veja-se, contudo, a dificuldade de inserção conceitual de uma situação como a acima ilustrada em uma ideia de enriquecimento injusto, sem base jurídica.

No caso se aplicaria um remédio restitutivo compreendido como meio de se efetivar direitos constituídos por meio de um negócio jurídico. Essa seria a solução correta e coerente com o substrato doutrinário em que se apoia esta pesquisa.

A subsidiariedade do enriquecimento sem causa deve ser compreendida, portanto, em sua conformação dentro dos parâmetros da taxonomia birkiana, isto é, limitando o seu alcance às hipóteses de enriquecimento que não decorram de um negócio jurídico ou de um ilícito civil, devendo-se, em uma segunda perspectiva, observar a subsidiariedade frente a outras tipologias de restituição com regramento próprio, como a gestão de negócios.

4 PROSPECTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL FRENTE AO LUCRO ILÍCITO NO DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL: FUNDAMENTOS DOS REMÉDIOS RESTITUTÓRIOS

Não é de todo estranha ao Direito brasileiro a aplicação de remédios restitutórios. Ocorre que, pelos motivos já expostos neste trabalho, a jurisprudência acaba por vincular referidas situações a outras searas do Direito Civil que, na verdade, não correspondem ao objeto tratado na norma. Usualmente dois conceitos acabam entrando em rota de colisão com os remédios restitutórios na jurisprudência brasileira: a) o conceito de lucros cessantes; b) a teoria do lucro da intervenção.

Sobre o segundo conflito, a devida abordagem foi realizada no capítulo anterior. Sobre o primeiro, será objeto de análise no decorrer deste capítulo.

A tutela do direito da propriedade intelectual e dos direitos autorais é a seara em que as previsões normativas de remédios restitutórios encontram maior recorrência.

O art. 210 da lei nº 9.279/96 (Lei da Propriedade Industrial) traz a seguinte redação:

Art. 210. Os lucros cessantes serão determinados pelo critério mais favorável ao prejudicado, dentre os seguintes: I - os benefícios que o prejudicado teria auferido se a violação não tivesse ocorrido; ou II - os benefícios que foram auferidos pelo autor da violação do direito; ou III - a remuneração que o autor da violação teria pago ao titular do direito violado pela concessão de uma licença que lhe permitisse legalmente explorar o bem.

Como será demonstrado, não se trata de lucros cessantes, mas de verdadeiros remédios restitutórios.

O inciso II é claramente uma previsão de remoção do lucro ilícito (*disgorgement of profits*), já que visa a privar o ofensor dos benefícios que obteve com a prática do ato ilícito, isto é, dos lucros que teve com a violação. O inciso III é a típica hipótese de restituição de ganhos ilícitos (*restitutionary damages*), já que corresponde à restituição ao lesado do valor do interesse indevidamente transferido ao réu em razão do ilícito, nesse caso, o interesse corresponde ao direito intelectual protegido. Nesse sentido, reconhece-se a possibilidade de “tutela contra o ilícito e tutela contra o dano” (ROSENVALD, 2019b, p. 414). Somente a hipótese do inciso I pode assumir caráter de lucros cessantes propriamente ditos, sendo que, a depender da interpretação conferida, também é possível abordar a redação do dispositivo de forma a justificar o remédio como restitutivo.

Afora a possibilidade de aplicação dos remédios restitutórios, a violação de direito intelectual (direito de autor ou propriedade industrial) de caráter personalíssimo¹⁸⁴ enseja indenização por danos morais, dessa forma, há, de um lado, uma compensação pela lesão ao direito intelectual, de outro, a restituição dos lucros lícitos.

Outro exemplo de previsão normativa que traz a possibilidade de aplicação de remédios restitutórios está no art. 103 da lei nº 9.610/98 (Lei de Direitos Autorais): “Quem editar obra literária, artística ou científica, sem autorização do titular, perderá para este os exemplares que se apreenderem e pagar-lhe-á o preço dos que tiver vendido”; a parte final do dispositivo claramente é um *give up*, isto é, a obrigação de que o ofensor (ou a pessoa a ele associada que responde solidariamente nos termos do art. 104 da Lei de Direitos Autorais) entregue à vítima os ganhos que realizou com a venda dos produtos fruto do ilícito. É, claramente, uma hipótese de *disgorgement*, não se trata do pagamento do preço razoável de mercado pela licença ou de *royalties*, mas da total desistência dos ganhos obtidos ilicitamente em favor da vítima. Novamente, em se tratando de direito da personalidade¹⁸⁵, por óbvio que cabe na dimensão reparatória a respectiva indenização por danos morais, esta correspondente à violação de direito personalíssimo.

No âmbito do direito concorrencial, por remissão à exploração abusiva de direitos da propriedade industrial, intelectual, tecnologia e marca (art. 36, §3º, XIX, da lei nº 12.579/11), igualmente é possível a aplicação dos remédios restitutórios. Isso em razão de que a lei nº 13.665/18 adiu ao decreto-lei nº 4.657/42 o art. 27 que traz a seguinte redação:

A decisão do processo, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, poderá impor compensação por benefícios indevidos ou

¹⁸⁴ Sobre a inserção dos direitos de propriedade industrial no conceito de direitos da personalidade, acolhem-se as lições de Bittar (2015, p. 212-213): “Destinadas à sensibilização ou à transmissão de conhecimentos (obras estéticas) e, de outro lado, à aplicação industrial (obras utilitárias) [...]”. As obras estéticas encontram regramento no direito autoral, já as obras utilitárias no direito da propriedade industrial. O direito do autor é mais conectado ao aspecto moral do que o direito industrial, mas conexo à exploração econômica, entretanto ambos são bens jurídicos incorpóreos, de natureza eminentemente moral. “A *ratio legis* é, assim, em última análise, a do resguardo à personalidade do homem-criador de obras estéticas ou utilitárias” (BITTAR, 2015, p. 214). O Superior Tribunal de Justiça entende, inclusive, que a violação de marca ou outro direito de propriedade industrial dá azo à indenização por danos morais de caráter *in re ipsa* (REsp 1.327.773/MG, Quarta Turma. Relator Ministro Luis Felipe Salomão, 28 nov. 2017).

¹⁸⁵ É com a seguinte frase de Antônio Chaves (1987, p. 4) que se compreende a relevância do tema: “Se algum direito natural existe, nenhum poderá ser mais ‘natural’ do que o direito de autor”. No mesmo sentido: “Os direitos autorais, como direitos intelectuais que são, podem ser adequadamente tratados como direitos fundamentais da pessoa humana” (BITTAR, E, 2004, p. 132).

prejuízos anormais ou injustos resultantes do processo ou da conduta dos envolvidos. §1º A decisão sobre a compensação será motivada, ouvidas previamente as partes sobre seu cabimento, sua forma e, se for o caso, seu valor.

Trata-se de caso de *sham litigation*¹⁸⁶, isto é, “o abuso dos procedimentos judiciais ou administrativos com efeitos anti-concorrenciais [sic]” (RENZETTI, 2017, p. 159). O que o art. 27 da LINDB permite é que, tanto na esfera administrativa quanto na esfera judicial, o juiz aplique a medida – que, apesar de nominada como compensatória, é verdadeiro remédio restitutivo – para extirpar os benefícios indevidos obtidos pela parte que pratica o ilícito concorrencial por meio do *sham litigation*, desde que caracterize um dos efeitos previstos no art. 36 da Lei Antitruste (ROSENVALD, 2019b, p. 424).

Os remédios restitutivos não são, portanto, de todo desconhecidos do Direito brasileiro, muito menos da responsabilidade civil, acontece que, nos casos acima, o que há são categorizações genéricas, que pecam pela correta aferição epistemológica do instituto tratado, o que implica em diferentes regimes principiológicos, aspectos de operabilidade, pressupostos, requisitos, efeitos etc.

Resta assentar alguns aspectos para sua operabilidade no Direito brasileiro. Primeiramente, ressignificando-se o princípio da reparação integral, para além do dogma reparatório, em segundo lugar, definindo-se as fronteiras entre os remédios restitutivos (resgate do lucro ilícito – indenização restitutiva – *restitutionary damages*, de um lado, e remoção do lucro ilícito – *disgorgement of profits*, de outro).

Por fim, no que tange à tutela de ilícitos praticados em face de direitos da personalidade, a conclusão é a mesma. O art. 12 do Código Civil prevê o seguinte: “Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei”. Claramente a parte final do artigo, ao se referir a outras sanções previstas em lei, apresenta textura aberta que deve ser preenchida com os dados culturais, sociais, históricos, enfim, conforme a necessidade de cada tempo-espço e em acordo com as políticas legislativas adotadas. Aqui se permite, também, a aplicação de remédios restitutivos (sanções).

¹⁸⁶ Bruno Polônio Renzetti aponta as incongruências na definição exata do significado do termo *sham litigation*, de forma que critérios puramente econômicos podem não ser os mais adequados à sua caracterização. Em resumo, o instituto reflete em uma das suas conceituações a “litigância predatória ou fraudulenta com efeitos anti-concorrenciais - isto é, o uso indevido dos tribunais e outros órgãos governamentais contra rivais com o objetivo de atingir efeitos contra a livre concorrência” (RENZETTI, 2017, p. 157)

Enfim, respeitando-se o princípio de operabilidade do Código Civil, buscando conferir ao instituto meios de aplicação no ordenamento pátrio, por meio da aferição da necessidade (ou não) de culpa para a imputação, da caracterização do nexo de causalidade, dos limites de seu alcance e das formas de quantificação dos ganhos que serão restituídos ou removidos.

4.1 Revisitando o princípio da reparação integral

Um grande entrave à incorporação é o paradigma reparatório, isto é, compreender que a responsabilidade civil apresenta um único e estrito objetivo: reparar a vítima.

O paradigma monofuncional e reparatório da responsabilidade civil foi o principal motivo pelo qual o Superior Tribunal de Justiça no *leading case* da restituição de ganhos ilícitos se inclinou à teoria do lucro da intervenção, realizando a restituição por meio do enriquecimento sem causa:

a inclusão do lucro da intervenção na indenização devida àquele que tem o seu direito violado aparenta conflitar com o princípio da reparação integral e com o disposto no art. 944 do Código Civil – segundo o qual a indenização se mede pela extensão do dano –, não se mostrando a responsabilidade civil o instituto mais apropriado para lhe dar guarida. (BRASIL, 2018, p. 6).

No acórdão não há nenhuma abordagem profunda sobre aspectos estruturais, somente a limitação pelo princípio da reparação integral referido no excerto acima e a pressuposição de uma monofuncionalidade reparatória da responsabilidade civil, de forma que sua única finalidade é reparar a vítima, sendo qualquer outro efeito meramente secundário.

Quanto à monofuncionalidade da responsabilidade civil, já foi objeto de estudo a existência de outras funções típicas, autônomas, com regramento e principiologia próprios, que se realizam por meio de diferentes instrumentos e que têm finalidades únicas. Assim, a responsabilidade civil contemporânea é polifuncional ou multifuncional.

Resta, portanto, um obstáculo: a concepção do princípio da reparação integral que justifica, para a doutrina do lucro da intervenção, a limitação da responsabilidade civil à reparação de danos, de forma que, se os ganhos superam os danos causados a responsabilidade, restaria de mãos atadas quanto à restituição ou remoção desses benefícios (KROETZ, 2005, p. 160).

Fazem-se válidas, assim, a crítica de Rosenvald (2019d, p. 1) e sua visão da responsabilidade civil contemporânea:

O grave problema da responsabilidade civil brasileira consiste na miopia de preservar o paradigma puramente compensatório, em detrimento de um modelo plural e aberto que possa albergar a civilizada convivência de remédios reparatórios, restituitórios e punitivos, cada qual dentro de seus pressupostos objetivos. O esquema monolítico de reparação de danos é exclusivamente focado na fictícia restituição da vítima ao estado anterior à lesão, quando na verdade, o direito pode ir além de simplesmente resgatar o passado pela “camisa de força” compensatória, transcendendo a epiderme do dano, para alcançar o ilícito em si, seja para preveni-lo, remover os ganhos indevidamente dele derivados ou, em situações excepcionais, punir comportamentos exemplarmente negativos.

O rompimento do paradigma reparatório demanda o abandono da visão monofuncional (capítulo 2), a visão de que o ilícito indenizatório é uma das espécies de ilícitos (capítulo 1), de que os remédios podem assumir diferentes finalidades de acordo com a função exercida pela responsabilidade civil (capítulo 3) e da ressignificação dos limites da indenização na responsabilidade civil (capítulo 4).

Neste ponto, a ressignificação do princípio da reparação integral perpassa por três momentos: a) redescoberta da justiça aristotélica em sua bilateralidade; b) aplicação dos filtros principiológicos constitucionais; c) compreensão da necessidade de tutela contra ilícitos.

Não será possível, na delimitação temporal e de espaço desta pesquisa, um aprofundamento específico em cada um dos tópicos acima listados, mas tentar-se-á apresentar os posicionamentos recorrentes na *Common Law* quanto ao fundamento filosófico da restituição, aos princípios que orientam a responsabilidade civil contemporânea do ponto de vista constitucional e à visão tipológica de ilícitos e à necessidade de uma dupla tutela pela responsabilidade civil.

Sob a visão monofuncional e pautada no dogma reparatório da responsabilidade civil, ganha relevância, neste aspecto, a previsão do art. 944 do Código Civil vigente, que traduz o denominado princípio da reparação integral.

O referido dispositivo foi precedido pelo art. 1.059 do Código Civil de 1916 que tinha a seguinte redação: “Salvo as exceções previstas neste Código, de modo expresso, as perdas e danos devidos ao credor, abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar”, isto é, a clássica definição de perdas e danos aplicáveis aos prejuízos materiais e às frustrações de

expectativas concretas de ganhos pelo lesado passíveis de quantificação econômico-monetária.

Segundo Washington de Barros Monteiro (2003, p. 481), tanto o artigo supracitado quanto o novel art. 944 do CC/02 trazem a mesma delimitação, a extensão do dano: “O novo Código Civil continuou a adotar o critério de extensão do dano causado para fixação da indenização, no art. 944, que já era estabelecido no Código Civil, no que se refere aos danos materiais, em seu art. 1.059”. Tornou-se, assim, comum, referir que “o limite máximo da indenização é sempre a extensão do dano” (MONTEIRO, 2003, p. 482). O referido dano, abordado por Washington de Barros Monteiro, corresponde ao dano enquanto prejuízo, diminuição patrimonial, tanto que o doutrinador aponta que a referida norma teria aplicação restrita às hipóteses de danos patrimoniais, aos quais se aplica o ressarcimento:

O dispositivo é, no entanto, voltado especialmente para o dano material, ao referir-se à extensão do dano no cálculo da indenização. [...] Desse modo, o critério da extensão do dano aplica-se perfeitamente à reparação do dano material, que tem caráter ressarcitório. (MONTEIRO, 2003, p. 482)

A tendência patrimonial do referido dispositivo é deduzível também da definição de Bittar (2001, p. 95) quanto aos limites da indenização na responsabilidade civil: “Outro princípio básico é o de que a indenização deve corresponder ao prejuízo sofrido pelo lesado, traduzindo-se na percepção de importância equivalente”¹⁸⁷; nota-se que o autor refere-se a “prejuízo sofrido” e “importância equivalente”, traduzindo clara e manifesta tendência patrimonialista que permeava o Direito Civil moderno-liberal e que influenciou, sobremaneira, a construção do sistema de responsabilidade civil brasileiro no século XIX e início do século XX. Quanto a esse aspecto, destaca-se:

[...] a responsabilidade civil foi construída como o ramo dogmático do direito com a missão de estruturar os pressupostos do dever de indenizar e preocupado com a reparação do dano e retorno ao status quo ante, com enfoque inicialmente patrimonialista. (RODRIGUES, 2018, p. 625).

O enfoque patrimonialista tanto significa a restrição à reparação de danos de natureza não patrimonial quanto a presença de filtros (como a culpa) cuja função mediata acabava por representar a proteção patrimonial dos indivíduos frente ao

¹⁸⁷ No mesmo sentido: “A indenização é proporcional ao dano sofrido pela vítima, já que o objeto da indenização – tornar indene – é reparar o dano o mais completamente possível” (CAVALIERI FILHO, 2007, p. 107).

estado, acarretando, de forma imediata, na irreparabilidade de diversos danos, ante a dificuldade das vítimas em se desincumbir do pesado ônus probatório de um estado anímico.

A limitação da indenização sempre correspondeu a uma preocupação com o enriquecimento do lesado, de forma que qualquer valor que ultrapassasse a exata extensão do prejuízo representaria uma fuga à função compensatória e a realização de uma nova injustiça¹⁸⁸:

A indenização deve guardar equivalência com a totalidade do dano causado, mas não pode ultrapassá-lo para que também não sirva de causa para o seu enriquecimento injustificado, constituindo os prejuízos efetivamente sofridos pelo lesado o parâmetro para avaliação concreta da indenização (SANSEVERINO, 2010, p. 57)

O referido temor do enriquecimento da vítima se faz presente não só na doutrina brasileira, verifica-se também em Portugal:

Destarte, a atenção dedicada em sede indemnizatória à situação económica do lesado acaba por ir de encontro às importantes exigências regulativas do princípio do ressarcimento integral do lesado, uma vez que permite tomar em consideração circunstâncias relevantes para averiguar em que medida a vítima se pode considerar ressarcida. Para além disso, e como a consideração da situação económica do lesado tem de ser necessariamente confrontada com a do agente, então não se corre o risco da compensação por danos não patrimoniais corresponder à satisfação de caprichos da vítima, ou constituir um meio ilegítimo para o seu enriquecimento (MATOS, 2017, p. 48-49)

A referida preocupação decorre da denominada função indenitória do princípio da reparação integral, assim identificada por Paulo de Tarso Sanseverino (2010, p. 59), segundo a qual, a extensão do prejuízo identificado por meio do dano representaria não só a régua de medição da reparação, mas também seu teto.

Em uma visão contemporânea, contudo, o princípio da reparação integral ganha outra acepção. Seu *status* não é só em um aspecto limitativo, mas de concretização da efetiva tutela da pessoa humana, a qual, por excelência, representa o fim último do Direito Civil:

Mais do que simples diretriz de quantificação da indenização, a regra contida no art. 944, *caput*, exprime relevante garantia da vítima: ter o dano reparado *em toda a sua extensão*. Esta noção foi consagrada pela doutrina sob a fórmula de um “princípio da reparação integral do

¹⁸⁸ A influência de referido princípio é francesa, como se extrai do trecho a seguir: “Por isso o brocardo francês *tout le dommage, mais rien que le dommage*” (‘todo o dano, mas não mais que o dano’). Qualquer reparação que vá além da extensão do próprio dano ultrapassa o espectro da função reparatória e ruma para uma função punitiva ou preventiva, que sai do campo da reparação integral. (FAMPA; SILVA, 2017, p. 137).

dano”, embora sua natureza principiológica seja, no mínimo, duvidosa. (SCHREIBER, 2019b, p. 629)

Foi a partir das necessidades da expansão tecnológica do século XX que a noção de expansão dos danos e da priorização da tutela da vítima, enquanto função única e máxima da responsabilidade civil, se desenvolveu (ALSINA, 1997a, p. 15). A ideia de um direito de danos emergiu principalmente na doutrina argentina. Um dos expoentes da corrente, Ghersi (1992, p. 26) reflete a referida preocupação ao buscar uma unificação da responsabilidade civil sob uma teoria geral que vise integralmente a reparação dos danos: “la meta es la elaboración de una teoría general de reparación de las situaciones de daños”. Para referida doutrina, a importância da reparação é tamanha que o dano se torna o elemento caracterizador por excelência do Direito de Danos, sem o dano, não há responsabilidade civil (MADERO, 2002, p. 168)¹⁸⁹.

O trabalho realizado pela doutrina do Direito de Danos é de suma importância na identificação de novas espécies danosas, na busca pela tutela efetiva das pessoas em sua integralidade, contudo, se ela foi resposta à evolução tecnológica da metade do século XX em diante, no século XXI a concepção de que a responsabilidade civil se limita na função reparatória é insuficiente ante a complexidade social.

Não só a realidade social reclama que a responsabilidade civil encontre limites além da reparação, mas a própria metodologia do Direito Civil constitucional demanda que a realização dos princípios constitucionais nas relações privadas possa se servir de outros instrumentos igualmente eficazes e com funções distintas: “[...] com a constitucionalização do Direito Civil, a redução da atuação desse ramo a regular e reparar danos que decorram de ilícitos se mostra insuficiente” (RODRIGUES, 2018, p. 625).

Mesmo em autores clássicos, ainda que essa não fosse exatamente a intenção, percebe-se que há uma noção subconsciente de que a responsabilidade pode ir além da reparação de prejuízos: “A reparação deve ser integral, importando,

¹⁸⁹ Madero anuncia uma virada epistemológica da responsabilidade civil, de forma que a responsabilidade civil pautada no ilícito e estruturada a partir do *Code Civil* francês restava substituída por uma responsabilidade por danos, o Direito de Danos: “El principio aquel ‘*ne pas responsabilité sans faute*’ ha mudado su centro de atención para este Derecho de Daños que hoy nos rige: no hay responsabilidad si no hay daño; este último en la actualidad es el elemento clave de la responsabilidad” (MADERO, 2002, p. 168). No mesmo sentido, é a doutrina de Zannoni (1998, p. 1): “No hay responsabilidad jurídica si no hay daño [...]”. E da mesma forma Jorge Bustamente Alsina (1997b, p. 98): “En efecto, el daño es el presupuesto central de la responsabilidad civil; de ahí que “puede hablarse de un ‘derecho de daños’ o de una responsabilidad por daños al referirse a ella”. Hoy puede decirse *pas de responsabilité sans dommage* [...]”.

pois, a indenização em plena realização dos direitos do lesado, mediante a vinculação dos bens do lesante” (BITTAR, 2001, p. 92). Realização dos direitos do lesado é uma expressão abrangente, que pode absorver outras formas de realização que não a reparação.

O temor da quebra do paradigma reparatório representa, hodiernamente, fator de ineficiência da tutela da vítima, e não de maximização da tutela integral da pessoa. Se se recolher todo o plástico do oceano, mas não se conscientizar a população mundial de que o plástico não deve ser jogado do oceano, recolher-se-á plástico do oceano até o fim dos tempos. É necessário, além de reparar integralmente o dano, se valer de instrumentos com efeito dissuasório mais efetivo que a reparação: “O caráter desmotivacional, por ser aquele que evita o dano, deveria ser a principal função da responsabilidade civil, mas jamais assumirá posição de destaque enquanto utilizado um limitador inadequado de reparação” (WERNER, 2019, p. 72).

A racionalidade reparadora, assim limitada, estimula a possibilidade de comportamentos parasitários, baseado na racionalidade econômica e na lógica de custos e benefícios:

Em outras palavras, se para um sujeito é mais vantajoso economicamente praticar a atividade nociva ainda que cause dano a outrem, a tendência, segundo a já mencionada ‘teoria dos jogos’, é que irá sempre atuar nesse sentido, mesmo porque se não o fizer seu oponente ou concorrente o fará. (WERNER, 2019, p. 72)

Se o protagonismo do dano foi o *leitmotiv* da responsabilidade civil no último quarto do século XX, é a busca pela redução de comportamentos nocivos que movimenta o ideário da responsabilidade civil no século XXI. A busca pela tutela integral da pessoa não é mais um aspecto limitado à reparação e ao teto indenizatório estabelecido pela extensão dos prejuízos. Se houve uma virada de foco da culpa do ofensor para o dano da vítima, é necessária uma lente bifocal para fazer frente aos desafios contemporâneos, uma (prioritária) voltada à tutela de interesses dignos de tutela à luz dos princípios constitucionais e outra (concomitante) voltada à dissuasão e prevenção de comportamentos ilícitos:

A discussão, portanto, não deve ser de limites, mas de função. O que parece essencial, em outras palavras, não é refletir sobre tetos indenizatórios ou áreas imunes à responsabilidade civil, mas sobre critérios que permitam a seleção de interesses tutelados pela responsabilidade civil à luz dos valores constitucionais. (SCHREIBER, 2013, p. 167)

Assim, ao se revisitar o princípio da reparação integral conforme os objetivos acima delineados, o que se buscará demonstrar é a possibilidade dessa aplicação bifocal, sob o ponto de vista filosófico, axiológico e estrutural.

Do ponto de vista filosófico é a justiça¹⁹⁰ aristotélica que justifica a responsabilidade civil e especialmente o princípio da reparação integral: “O fundamento do princípio da reparação integral, acolhido pelo art. 944 do CC, é a noção de justiça corretiva desenvolvida por Aristóteles em sua *Ética a Nicômaco*” (SANSEVERINO, 2010, p. 51).

Em *Ética a Nicômaco*, Aristóteles desenvolve seu conceito de justiça. Inicialmente Aristóteles identifica “uma justiça geral relativa à consecução do bem comum de forma ampla, e, a justiça particular” (BONNA, 2018, p. 98). No âmbito da justiça particular, Aristóteles realiza uma divisão, mais especificamente, bifurcando-a em duas tipologias: justiça corretiva e justiça distributiva:

Da justiça particular e do que é justo no sentido correspondente, (A) uma espécie é a que se manifesta nas distribuições de honras, de dinheiro ou das outras coisas que são divididas entre aqueles que têm parte na constituição (pois aí é possível receber um quinhão igual ou desigual ao de um outro); e (B) outra espécie é aquela que desempenha um papel corretivo nas transações entre indivíduos (ARISTÓTELES, 1991, p. 100)

A primeira hipótese Aristóteles denomina justiça distributiva, a segunda, justiça corretiva. A justiça distributiva está relacionada, na concepção aristotélica, a um âmbito mais amplo que a corretiva. A distribuição refere-se às relações entre o indivíduo e o todo, isto é, às relações sociais:

A justiça distributiva tem por objeto, diretamente, a repartição dos bens sociais. E, só indiretamente, a dos encargos. Ela distribui os encargos, enquanto essa repartição é, de certa forma, um bem para os membros da comunidade. (MONTORO, 2000, p. 188)

Em uma visão contemporânea, a justiça distributiva pode ser definida como o “conjunto de exigências de colaboração que intensificam o bem-estar e as oportunidades de florescimento do ser humano a partir da distribuição de recursos,

¹⁹⁰ Justiça pode abarcar diversas definições filosóficas e conceituais. A previsão de sociedade justa é um dos objetivos da República do Brasil. Adota-se, para a palavra justiça, em sentido amplo quando desacompanhada de um qualificativo, a definição conferida por Miguel Reale (2009, p. 371-372) no sentido de “Constante coordenação nacional das relações intersubjetivas, para que cada homem possa realizar livremente seus valores potenciais visando atingir a plenitude de seu ser pessoal, em sintonia com os valores da coletividade. É por todas essas razões que cumpre reconhecer que a justiça, condicionante de todos os valores jurídicos, funda-se no valor da pessoa humana, valor-fonte de todos os valores”.

oportunidades, lucros, ônus, vantagens, papéis, responsabilidades e encargos” (BONNA, 2018, p. 98).

No âmbito da justiça distributiva, o fiel da balança que define a caracterização do justo e do injusto é a proporcionalidade:

Eis aí, pois, o que é o justo: o proporcional; e o injusto é o que viola a proporção. Desse modo, um dos termos torna-se grande demais e o outro demasiado pequeno, como realmente acontece na prática; porque o homem que age injustamente tem excesso e o que é injustamente tratado tem demasiado pouco do que é bom (ARISTÓTELES, 2001, p. 102)

O justo é a realocação de recursos em uma abordagem geométrica, isto é, espacial, voltada não só às posições, mas às dimensões das alocações de bens jurídicos. O injusto é quando há desproporcionalidade na distribuição desses recursos. A partir dessa concepção, pode-se afirmar, por exemplo, que “uma boa vida é uma vida adequada às circunstâncias em que os recursos estejam distribuídos de forma justa” (DWORKIN, 1993, p. 135)¹⁹¹.

Na segunda rota originada da bifurcação está a justiça corretiva. A justiça corretiva tem um âmbito de justificação mais restrito em relação à justiça distributiva. Seu *locus* de atuação é nas relações interpessoais, tanto em transações voluntárias como nas involuntárias (ARISTÓTELES, 2001, p. 102). A justiça corretiva é vocacionada à igualdade, dessa forma, a injustiça restará caracterizada no antônimo daquela, isto é, na desigualdade. Diferentemente, contudo, da justiça distributiva, a aferição se dá não geometricamente, mas de forma aritmética (ARISTÓTELES, 2001, p. 103).

A concepção de justiça corretiva, assim, orienta que, nas relações interpessoais, a balança deve restar sempre equilibrada, as trocas, voluntárias ou involuntárias, devem corresponder aritmeticamente. Quando há um desequilíbrio, há injustiça e a atuação do juiz será no sentido de retomar o equilíbrio rompido:

Logo, o igual é intermediário entre o maior e o menor, mas o ganho e perda são respectivamente menores e maiores em sentidos contrários; maior quantidade do bem e menor quantidade do mal representam ganho, e o contrário é perda; e intermediário entre os dois é, como vimos, o igual, que dizemos ser justo. Por conseguinte, a justiça corretiva será o intermediário entre a perda e o ganho. [...] Ora, o juiz restabelece a igualdade. E como se houvesse uma linha dividida em partes desiguais e ele retira a diferença pela qual o segmento maior excede a metade para acrescentá-la menor. E quando o todo foi

¹⁹¹ Tradução nossa. No original: “una buena vida es una vida adecuada a las circunstancias en las que los recursos están distribuidos de una forma justa”.

igualmente dividido, os litigantes dizem que receberam "o que lhes pertence" — isto é, receberam o que é igual. (ARISTÓTELES, 2001, p. 103-104)

Aristóteles, em sua concepção de justiça corretiva, aborda que o igual, isto é, o justo, é o fiel central, assim, o que for menos que igual ou mais que igual é injusto. A concepção de Aristóteles fundamenta-se na relação formal entre duas pessoas em pé de igualdade. A qualidade que essas pessoas ostentam não são consideradas para aferição do meio termo, "na justiça corretiva, é irrelevante a índole boa ou má das pessoas envolvidas" (SANSEVERINO, 2010, p. 52). Originalmente, então, Aristóteles compreende a relação na qual há um ilícito – que acarreta uma lesão – de forma bilateral, como um *synallagma*:

a essência da ideia de Aristóteles foi a necessidade de restaurar o equilíbrio em uma relação prejudicada por uma ação injusta. A teoria da média exige que a parte que tem mais dê à parte que tem menos. As duas partes estão conectadas pelo conceito de *synallagma* como o agente e a vítima do ilícito. (GIGLIO, 2007, p. 193)¹⁹²

Não há dúvidas de que a fórmula de justiça corretiva, assim enunciada, representa o receptáculo próprio para a realização de uma função reparadora da responsabilidade civil. Quando o equilíbrio entre as partes vinculadas pelo *synallagma* é rompido, a responsabilidade civil age, em realização da justiça corretiva, para afastar o desequilíbrio, tendo por finalidade retornar as partes ao estado de equilíbrio anterior, isto é, ao *status quo ante*; o que a indenização realiza, quando repara o dano, é justamente realocar os recursos que pertenciam ao ofendido novamente em seu patrimônio:

o direito de obter a devida indenização concedida àqueles que sofrem danos pelo fato de outro, é suficientemente baseado no princípio da justiça que impõe a necessidade de reestabelecer o estado anterior à lesão injustamente causada (ALSINA, 1997b, p. 82)¹⁹³

A indenização, que se dá por meio de uma reposição natural da parcela diminuída ou do equivalente em dinheiro, é a forma pela qual a reparação integral, fundada na justiça corretiva, se realiza ¹⁹⁴. Conquanto Aristóteles tenha tomado uma

¹⁹² Tradução nossa. No original: "the gist of Aristotle's idea was the need to restore the balance in a relationship impaired by an unjust action. The theory of mean requires that the party who has more gives to the party who has less. The two parties are connected by the concept of *synallagma* as the doer and the sufferer of the wrong".

¹⁹³ Tradução nossa. No original: "el derecho a obtener la debida indemnización reconocida a quien sufre un daño por el hecho de otro, halla suficiente fundamento en el principio de justicia que impone la necesidad de restablecer el estado anterior a la lesión causada injustamente".

¹⁹⁴ Não se deve confundir aqui a reparação integral com a *restitutio in integro*, a primeira é o meio de concretização da função reparadora da responsabilidade civil, a segunda faz referência à restituição

noção neutra quanto ao foco da justiça no sinalagma, aduzindo tanto a ganhos quanto a perdas, bem como não focando nas noções de culpabilidade do ofensor, mas em um juízo de equidade entre as pessoas que se relacionam¹⁹⁵, historicamente a justiça corretiva se inclinou a justificar a reparação dos danos.

Por essa razão, por vezes a responsabilidade civil como um todo, e reduzido este todo à reparação, é tomada como tendo por única justificação a justiça corretiva, em uma visão monista de seus alicerces filosóficos:

A responsabilidade civil tem como propósito fundamental regular comportamentos, e faz isto impondo ou fazendo cumprir normas de conduta, sendo, em si mesma, uma instituição de justiça corretiva (FONSECA, 2019, p. 59-60).

É a partir do conceito aristotélico de justiça corretiva que o princípio da reparação integral se construiu histórica e doutrinariamente. Há, entretanto, certa seletividade quanto ao objeto de desenvolvimento. Quanto à justiça corretiva, Aristóteles apresentava uma visão neutra quanto aos agentes, de forma que a ideia de retribuição (punição) foi inspirada na filosofia tomista, não fazia parte dos conceitos de justiça aristotélicos, pelo menos não enquanto objetivo imediato. Por sua vez, sendo o *synallagma* o elo que vincula uma relação bilateral, o olhar doutrinário voltou-se somente e sempre para o polo da perda, mas não para o ganho.

Consta da obra de Aristóteles (2001, p. 95): “O justo, portanto, é em certo sentido um meio termo entre o ganho e a perda nas ações que não se incluem entre as voluntárias, e consiste em ter um quinhão igual antes e depois da ação”. As ações não voluntárias são os ilícitos. A partir dessa reflexão aristotélica é que se interpretou que a justiça corretiva recoloca as partes no *status quo ante*. Quanto a essa retificação, entendendo que o *synallagma* da justiça corretiva comporta, além da perda, ganhos, alguns jusfilósofos anglo-saxões defendem a justificação da restituição de ganhos decorrentes do ilícito com fundamento na justiça corretiva, já que a

decorrente do enriquecimento sem causa (SANSEVERINO, 2010, p. 61). A propósito, na doutrina comumente os conceitos são usados como sinônimos: “*Restitutio*, expressão latina, do verbo *restituere* que, por sua vez, significa restituir, restabelecer, devolver. A locução latina *in integrum* tem o significado de “na íntegra”, “inteiramente”. *Restitutio in integrum* tem o sentido de “restituição na íntegra”, por inteiro, completa. É o princípio da reparação integral, o restabelecimento ao *status quo ante*, conforme o estado original” (DAUD, 2018, p. 169).

¹⁹⁵ Foi a partir dos trabalhos de São Tomás de Aquino que a filosofia aristotélica, quanto à justiça corretiva, foi redesenhada e adaptada aos caracteres da fé cristã – como a justiça retributiva pela relação entre injusto – pecado – expiação – em uma época em que a responsabilidade civil e a penal ainda se comunicavam em alguns interstícios. Segundo Giglio (2007, p. 194), pode-se dizer que “São Tomé e depois a Escolástica Tardia impuseram uma ideia de justiça corretiva focada no ofensor”.

remoção de ganhos e/ou restituição de ganhos também coloca as partes no estágio original.

Se a justiça pode ser alcançada se a vítima sofreu uma perda financeira, mas o agente não obteve um ganho financeiro correspondente, pode-se inferir que também será alcançado se o agente obteve um ganho financeiro que não corresponde a uma perda patrimonial da vítima. (GIGLIO, 2007, p. 194)¹⁹⁶

Giglio, dessa forma, defende que ambos os polos da relação formada pelo ilícito – relação não voluntária – podem ser alcançados pelo conceito aristotélico de justiça corretiva. Dessa forma, se quando o polo da vítima sofre um prejuízo, mas o polo do agente não auferir ganho (danos morais puros, por exemplo), a justiça corretiva é acionada, também quando o inverso ocorre - há um ganho, mas não uma perda, deveria ser aplicado o mesmo raciocínio.

Em seu texto, Aristóteles se refere à perda como dor (*pain*). Para Giglio, o conceito moral de dor (*pain*) corresponde ao sofrimento imposto pela vítima não pelo resultado da ofensa, mas pelo simples fato de ser vítima de um ilícito. Tal raciocínio deságua na conclusão de que, quando se enuncia o princípio pomponiano, mas relacionado a um ilícito, a palavra detrimento (*em detrimento de outrem*) corresponderia à supracitada dor:

Detrimento é a tradução normativa do conceito moral de 'dor' adotado por Aristóteles e não pressupõe uma perda patrimonial [...]. 'Detrimento' é o termo normativo que qualifica a vítima como sofridora de um ato jurídico ilícito. (GIGLIO, 2007, p. 194)¹⁹⁷

Considerando que tanto o enriquecimento quanto o prejuízo são ilícitos, Giglio (2007, p. 195) afirma que o enriquecimento ilícito é um produto do ilícito que criou um *synallagma* entre o ofensor e o ofendido como agente e vítima deste ilícito. Dessa forma, a restituição desse enriquecimento provocado pelo ilícito, uma relação sinalagmática, encontra fundamento na própria justiça corretiva, que realocará o recurso indevidamente obtido pelo ofensor no patrimônio do ofendido. No mesmo sentido é o raciocínio de Izhak England (2009, p. 8), para quem,

O objetivo da justiça corretiva é restaurar as posições originais tanto da pessoa que sofreu a perda quanto da pessoa que ganhou o lucro

¹⁹⁶ Tradução nossa. No original: “*If justice can be attained if the victim has suffered a financial loss but the agent has not obtained a corresponding financial gain, one can infer that it will also be attained if the agent has obtained a financial gain which does not correspond to a patrimonial loss of the victim*”.

¹⁹⁷ Tradução nossa. No original: “*Detriment is the normative translation of the moral concept of ‘pain’ adopted by Aristotle and does not presuppose a patrimonial loss. [...] ‘Detriment’ is a normative term which qualifies the victim as the sufferer from a legal wrong.*”

às custas do outro. Aristóteles descreve a "corretivamente justa" como a média aritmética entre a parte do ganhador e a parte do perdedor ¹⁹⁸

O raciocínio acima, novamente, mostra-se aprioristicamente correto quando se está tratando da restituição de ganhos, em que, apesar de não haver efetivo deslocamento patrimonial, há uma transferência de valor. Em momento algum Aristóteles restringe a perda a uma diminuição patrimonial, na verdade, ele se refere mais à consequência do delito de forma abrangente do que como dano-prejuízo. A partir disso, a restituição das transferências de valor decorrentes de um ilícito – que é o que ocorre nos *restitutionary damages*, como se verá adiante – encontraria, no mesmo princípio de justiça corretiva que fundamenta a reparação integral, também o seu fundamento, contudo com um olhar para o outro polo da relação sinalagmática. Na linha desse raciocínio, Edelman (2002, p. 96) afirma que a necessidade por justiça corretiva sugere que as transferências ilícitas (de valor) não deveriam ser ratificadas pelo Direito, mas deveriam ser sempre revertidas. É no mesmo sentido a posição de Virgo (2015, p. 4):

A concessão de tais remédios restitutórios ao requerente pode ser justificada no fundamento de que, quando o réu obteve um benefício às custas do requerente, a justiça exige que isso seja restaurado ao requerente. Isso é conhecido como "justiça corretiva". ¹⁹⁹

O excerto acima trata dos remédios restitutórios de forma geral, sem diferenciar sua origem (se na ausência de justa causa, ou em razão de um ilícito). O raciocínio lógico que forma o substrato da ideia apontada, entretanto, é o mesmo. Quando a restituição consistir em um *give back*, portanto, estará fundada em critérios de justiça corretiva, contudo no polo do sinalagma oposto no qual a doutrina se debruçou nos últimos cinco séculos.²⁰⁰ A justiça corretiva visa a corrigir injustiças. Para

¹⁹⁸ Tradução nossa. No original: "*Corrective justice's aim is to restore the original positions of both the person who suffered the loss and the person who gained the profit at the other's expense. Aristotle describes the "correctively just" as the arithmetic mean between the part of the earner and the part of the loser*"

¹⁹⁹ Tradução nossa. No original: "*The award of such restitutionary remedies to the claimant can be justified on the ground that, where the defendant has obtained a benefit at the claimant's expense, justice demands that this should be restored to the claimant. This is known as 'corrective justice'*".

²⁰⁰ Jules Coleman, um dos grandes expoentes da justiça corretiva na *tort law* inicialmente tinha uma posição pela qual a justiça corretiva demandava um efeito anulatório sobre o ilícito, apagando suas consequências em vistas a retificar a posição das partes e reestabelecer o equilíbrio rompido: "*La justicia correctiva demanda que las ganancias arbitrarias (o injustas) y las pérdidas sean rectificadas, eliminadas o anuladas*". Posteriormente, contudo, e sem maiores razões (CANE, 1997, 115-121), Coleman passou a inadmitir que a relocação de lucros ilícitos estivesse fundada em conceitos de justiça corretiva: "I call my earlier view the annulment thesis. In the annulment thesis, corrective justice requires annulling wrongful gains and losses. I now reject this view. In its place I defend the view that corrective justice imposes a duty to repair the wrongful losses for which one is responsible. (COLEMAN, 1992, p. 645).

Aristóteles (2001, p. 108), “na ação injusta, ter demasiado pouco é ser vítima de injustiça, e ter demais é agir injustamente”, assim, para se reestabelecer a justiça aquele que tem demais, deve ser removido o excesso.

Se o princípio da reparação integral é realmente um princípio, este apresenta uma textura aberta e sua densidade normativa difere da de uma regra, de forma que o preenchimento de seu conteúdo pode variar, desde que fundamentado em um processo de argumentação racional válido (DIMOULIS, 2006, p. 55):

[...] a natureza de princípio não impede seja a reparação integral ponderada quando em jogo se fizerem presentes outros princípios e valores igualmente caros ao ordenamento brasileiro. Numa palavra, pode-se afirmar que a expressão não detém caráter absoluto, apesar da gigantesca importância que lhe atribui o sistema. De maneira que deverá ceder se outro congêneres se mostrarem preponderantes no caso concreto, o que, de resto, só evidencia mesmo o seu caráter principiológico. (MONTEIRO FILHO, 2018, p. 4)

Considerando que restou demonstrado que a relação nascida de um ilícito compõe um *synallagma* em que, de um lado, há um ganho e, de outro, uma perda, sendo que ambos podem concretamente estar presentes ou não, a justificação filosófica na restituição de ganhos (enquanto transferências de valor) decorrentes de um ilícito está demonstrada. Sua aplicação, por segurança jurídica, demandaria adaptação no texto da regra, mas, se o que o princípio da reparação integral visa é a restituição das partes ao *status quo*, tal retificação deve, igualmente, considerar o polo de ganhos na relação sinalagmática. A ressignificação desse princípio para abarcar também o polo oposto da relação sinalagmática e justificar a restituição de ganhos ilícitos funda-se nos valores constitucionais derivados do princípio da solidariedade.

Quando o tema é a remoção de lucros ilícitos (*disgorgement of profits*), contudo, o ponto de vista muda. Isso porque, enquanto na restituição há uma transferência de valor (decorrente de um interesse jurídico tutelado) que deve ser realocado em favor do ofendido para reequilíbrio da igualdade na justiça corretiva aristotélica, na remoção de lucros essa transferência não está presente.

No *disgorgement of profits*, o ofensor realiza lucro a partir do ilícito, explorando situações jurídicas subjetivas do ofendido indevidamente, mas sem que, necessariamente, exista a transferência de valor. Há violação e, em consequência dessa violação, um ganho, que, portanto, é ilícito.

Não há, como na justiça corretiva, uma relação puramente correlativa, posto que o enriquecimento do ofensor pode se dar, conquanto a partir de um ilícito, sem

qualquer contraponto no polo oposto ao sinalagma. Quando há um enriquecimento em razão de um ilícito, o ofensor recebe uma parcela de bens jurídicos que não lhe diz respeito, cabendo à justiça, portanto, redistribuir estes bens jurídicos a quem de direito, conforme critérios valorativos e jurídicos preestabelecidos. Por essa razão, ainda que exista correlação do *disgorgement* também com o princípio de justiça corretiva em decorrência do caráter particular da relação bilateral originária de um ilícito²⁰¹, o elemento distributivo aqui tem forte presença:

Na verdade, assim diz o argumento, onde uma pessoa recebeu mais do que o devido de acordo com o critério da justiça distributiva, seu dever de restituição ainda é substancialmente fundado na justiça distributiva. É apenas o processo exterior e formal que corresponde à justiça corretiva; a dimensão moral, a "alma" do dever acaba sendo a justiça distributiva. (ENGLARD, 2009, p. 202)

Dessa forma, mesmo os *restitutionary damages*, ainda que fundados em princípio de justiça corretiva, carregam consigo marcas do princípio de justiça distributiva (ENGLARD, 2009, p. 202), posto que, para além da perspectiva relacional, é um modo de distribuir os bens jurídicos de acordo com um critério de justiça.

Há de se perceber, assim, que a responsabilidade civil carrega consigo remédios fundados unicamente no princípio de justiça corretiva (reparação, por excelência) e no princípio de justiça distributiva (remoção de ganhos ilícitos, por excelência).

É de se compreender que a responsabilidade civil não se confunde com a justiça corretiva²⁰², e que a justiça distributiva desempenha importante papel.

É possível a convivência dos dois princípios quanto aos remédios restitutórios, na verdade, é a própria essência da responsabilidade civil congregar em convivência harmônica os dois princípios de justiça aristotélicos de forma a maximizar as possibilidades de tutela da pessoa:

A verdade é que a responsabilidade civil é um mosaico no qual os princípios da justiça corretiva e da justiça distributiva estão entrelaçados. E em situações de incerteza e dificuldade uma escolha às vezes tem que ser feita entre as duas abordagens. (McFarlane v.

²⁰¹ Sobre o aspecto relacional e o *synallagma* decorrente do ilícito: “a justiça corretiva está diante de uma injustiça que tem duas faces no cerne de uma relação bilateral e relacional” (BONNA, 2018, p. 99).

²⁰² Alexandre Bonna (2018, p. 99) adverte que “[...] a justiça corretiva não paira como princípio absoluto e prioritário na responsabilidade civil, uma vez que deve ser interpretada em harmonia com outras razões infiltradas nas práticas sociais”. Aponta, nesse sentido, que o próprio Coleman admitiu a necessidade de diálogo entre os dois princípios de justiça (BONNA, 2018, p. 101)

Tayside Health Board [2000] 2 AC 59, 83 (H.L. (Sc.)) *apud* ENGLARD, 2009, p. 204)²⁰³

Afirmar, assim, que a reparação integral está limitada pelo princípio de justiça corretiva como meio de reparação de danos é equivocado. A responsabilidade civil sob a metodologia do Direito Civil constitucional apoia-se em outros princípios de justiça que justificam a sua atuação. Ainda que não enunciada sob o contexto de um Direito Civil constitucional, a colocação de Englard é pertinente ao tema ora analisado:

Nossa própria opinião é que, qualquer que seja a relação exata entre as duas formas de justiça, a realidade do direito é um sistema normativo pluralista de valores contrastantes, combinando especificamente nas considerações distributivas e corretivas responsabilidade civil. (ENGLARD, 2009, p. 206)²⁰⁴

O princípio da reparação integral deve, assim, ser resignificado sob a ótica do Direito Civil constitucional. A cláusula máxima de justiça estabelecida como guia desta pesquisa é a tutela da pessoa, a pessoa é a centralidade do ordenamento e é a partir dela que se devem pensar as questões do Direito. Se o que se busca é maximizar a tutela da pessoa, restringir o preenchimento filosófico do princípio da reparação integral à concepção de justiça corretiva é limitar a sua operabilidade, bem como ignorar um aspecto de eticidade e de socialidade.

Mesmo quanto à reparação, já se percebeu que o remédio compensatório é insuficiente de forma que se têm buscado outras formas de realização não só da responsabilidade civil, mas da reparação integral:

Essa dualidade entre dano moral e indenização em dinheiro não gera apenas dificuldades de quantificação, mas sobretudo propaga nas vítimas o sentimento de impunidade, vinculado à percepção de que quem pode pagar, pode causar danos (SCHREIBER, 2019b, p. 617)

A restrição da responsabilidade civil à reparação, ao pagar o dano, acarreta neste tipo de consequência, a percepção de que, ao pagar pelo dano, o agente estará livre para cometer ilícitos. A limitação da justiça corretiva, principalmente sob a ótica tomista, já não é o instrumento autossuficiente à tutela efetiva das pessoas. O princípio da reparação integral tem, portanto, que se desvincular da lógica reparatória e para que

²⁰³ Tradução nossa. No original: “*The truth is that tort law is a mosaic in which the principles of corrective justice and distributive justice are interwoven. And in situations of uncertainty and difficulty a choice sometimes has to be made between the two approaches*”.

²⁰⁴ Tradução nossa. No original: “*Our own view is that, whatever may be the exact relationship between the two forms of justice, the reality of law is a pluralistic normative system of contrasting values, combining specifically in tort law distributive and corrective justice considerations*”.

se entenda que a reconstrução do equilíbrio patrimonial violado pelo ilícito, seja efetuado tanto pelo tradicional remédio compensatório (restaurando-se o ofendido a situação anterior ao dano), mas também pelo resgate de lucros antijurídicos e restituição de benefícios indevidos (restaurando-se o ofensor à situação anterior ao ilícito). Em comum, *disgorgement* e *restitutionary damages* se alinham à justiça corretiva, pois seja o foco nas perdas como nos lucros, a restauração da situação existente encontra acolhimento na dimensão relacional da obrigação de indenizar, restrita à bilateralidade das razões correlatas às partes. (ROSENVALD, 2019b, p. 456-457).

A partir de ambos os princípios de justiça aristotélicos, é possível justificar a aplicação dos remédios restitutórios, alinha-se, contudo, à posição de Rosenvald e Giglio, segundo a qual, no aspecto relacional e bilateral da justiça corretiva, de acordo os escritos de Aristóteles, reside a justificativa filosófica dos remédios restitutórios. A visão tomista da justiça aristotélica resumiu a bilateralidade à reparação e cresceu, de outro lado, a punição, suprimindo, assim, a anulação dos efeitos do ilícito quanto à esfera do lesante.

A superação dessa visão e a ressignificação da reparação integral nos moldes propostos visam a maximizar a tutela da pessoa. A ressignificação do princípio rumo a essa finalidade se dá por três razões de cunho axiológico.

A responsabilidade civil, para além dos princípios que regem a sua estrutura remedial, é orientada pelo objetivo previsto no art. 3º, I, da Constituição Federal, isto é, construir uma sociedade pautada na justiça, logo, visar à justiça social:

A justiça social, em um primeiro sentido, pode ser entendida como uma justiça que equilibre, quando efetivada, as ideias de democracia, de crescimento socioeconômico e ambiental. De igual modo, a ideia de igualdade substancial para os cidadãos de forma coletiva e individual [...]. A densificação da justiça social altera concretamente as desigualdades, porque é o aperfeiçoamento da justiça comutativa (dar a cada um o que é seu, com privilégio à igualdade formal) e da justiça distributiva (dar a cada um o que é seu, embora reconheça as desigualdades, por meio de legislação – CLT, CDC, ECA –, ou por outro modo, sem, porém, alterá-las) [...] A efetivação da justiça social no caso concreto fomentará a justiça relacional ou situacional, aquela derivada de uma determinada relação ou situação jurídica, a impedir a mercantilização da sociedade e da pessoa humana concreta. (FROTA, 2014, p. 227).

A união dos conceitos de justiça corretiva e justiça distributiva aperfeiçoados sustenta o conceito de justiça social²⁰⁵, como acima defendido por Pablo Malheiros da

²⁰⁵ Sobre o conceito de justiça social, em Rawls (2002, p. 7-8): “Nosso tópico, todavia, é o da justiça social. Para nós o objeto primário da justiça é a estrutura básica da sociedade, ou mais exatamente, a maneira pela qual as instituições sociais mais importantes distribuem direitos e deveres fundamentais e determinam a divisão de vantagens provenientes da cooperação social”.

Cunha Frota com esteio em Paulo Lôbo, Eroulths Cortiano Júnior e Luiz Fernando Coelho. A justiça social não sucede aos princípios aristotélicos, mas os complementa:

A justiça social “complementarmente aos ideários precedentes de justiça (comutativa e distributiva), refletindo o espectro jurídico delineado pelos modernos Estados de direito, pautados nas dimensões da juridicidade, democracia, socialidade e sustentabilidade ambiental. (BARROSO, 2011, p. 115)

A justiça social reflete uma sociedade solidária, zelosa dos valores da dignidade da pessoa humana, da liberdade coexistencial (RUZYK, 2009) e do pleno desenvolvimento da pessoa (PERLINGIERI, 1999, p. 37) e deve estimular a redução de desigualdades e desestimular a ganância, o parasitismo e o capitalismo predatório. Percebe-se a comunhão desses valores nas lições de Sandel (2015, p. 6):

Em tempos de dificuldades uma boa sociedade se mantém unida. Em vez de fazer pressão para obter mais vantagens, as pessoas tentam se ajudar mutuamente. Uma sociedade na qual os vizinhos são explorados para a obtenção de lucros financeiros em tempos de crise não é uma sociedade boa. A ganância excessiva é, portanto, um vício que a boa sociedade deve procurar desencorajar, na medida do possível. As leis do abuso de preço podem não pôr fim à ganância, mas podem ao menos restringir sua expressão descarada e demonstrar o descontentamento da sociedade. Punindo o comportamento ganancioso ao invés de recompensá-lo, a sociedade afirma a virtude cívica do sacrifício compartilhado em prol do bem comum

A responsabilidade civil tem de atuar em vias de construir uma sociedade em que a ética é marcada pela alteridade²⁰⁶, em que o egoísmo²⁰⁷ (típico do individualismo) é solapado pela solidariedade, não só enquanto dever moral de ajuda entre as pessoas (PERES, 2016, p. 3), mas como “um direito fundamental e deve ser entendida como limitador dos outros direitos fundamentais e como dever de responsabilidade social, o dever de ajuda mútua” (PERES, 2016, p. 6).

A solidariedade social, assim, é um valor com faces econômica, ética e social, um verdadeiro imperativo (VIEIRA, 2004, p. 96); nesse aspecto, “já se percebeu, ademais, que à luz do princípio da solidariedade devem ser lidas não apenas as normas constitucionais, mas todo o ordenamento jurídico” (NETTO, 2019, p. 39).

²⁰⁶ Segundo Shcopenhauer (2005, p. 471), o homem justo “Não infligirá sofrimento a outrem para aumentar o próprio bem-estar (...) o homem justo mostra que reconhece sua essência, a vontade de vida como coisa-em-si, também no fenômeno de outro lado como mera representação, portanto, reencontra a si mesmo nesse fenômeno em certo grau, ou seja, desiste de praticar injustiça (...)”.

²⁰⁷ Para Kymlicka (2006, p. 51), “Preferências egoístas são um tipo de preferência ilegítima onde deseja-se mais do que a parcela justa de recursos que nos cabe. São egoístas, pois ignoram que outras pessoas precisam dos recursos e têm direito legítimo a eles”.

A responsabilidade civil deve ser ressignificada por tais valores, de forma que o princípio refletido no art. 944 do Código Civil, também passando por esse processo, deve se inspirar nesses princípios e, a partir da densidade normativa própria de sua característica como princípio, se adequar às necessidades de uma responsabilidade civil que tem como um de seus fundamentos a justiça social²⁰⁸.

Os comportamentos parasitários como aqueles que acarretam ganhos ilícitos (*ill-gotten gains*) são contrários ao objetivo de construção de uma sociedade justa e solidária e refletem, na verdade, valores egoísticos e individualistas:

No campo das relações privadas promotora de danos em larga escala esse individualismo fica ainda mais evidente quando se relembra que as decisões do empregador e/ou fornecedor de produtos ou serviços são tomadas na ótica do custo-benefício (um bem externo à prática social, que só beneficia uma das partes) (BONNA, 2018, p. 122)

A leitura da responsabilidade civil através do filtro da solidariedade constitucional faz concluir que comportamentos parasitários, egoísticos e individualistas, como os que usualmente produzem ganhos ilícitos para o ofensor são inaceitáveis. Assim, leva à sua ressignificação no sentido de que a reparação integral deva observar também as repercussões do ilícito no patrimônio do ofendido, anulando-as, de forma que atos contrários à solidariedade não sejam ratificados pelo ordenamento jurídico:

Não se pode admitir o Direito como um "jogo jogado" a priori por quem quer que seja, pelas regras, pelos Códigos... O ideário de justiça social permanece, haja vista a necessidade de um porvir consentâneo com as respostas requeridas para os problemas das vítimas e dos danos potenciais e concretos produzidos hodiernamente no Brasil. (FROTA, 2014, p. 228)

Ao se permitir que as pessoas sejam usadas de forma pragmática para a obtenção de benefícios sem dispor de remédios adequados, a responsabilidade civil despreza a cláusula geral de proteção da dignidade da pessoa humana, princípio angular do ordenamento jurídico e que irradia por todas as normas vigentes.

Acolher passivamente comportamentos em que a lesão a direitos é instrumento de enriquecimento é anuir com a lógica de que a pessoa serve ao patrimônio, própria do patrimonialismo e do individualismo do século XIX, o que restou

²⁰⁸ Nesse sentido, aduz Barroso (2011, p. 115): "Por isso mesmo, devemos evoluir juridicamente no sentido de elevar o princípio da justiça social enquanto um dos fundamentos constitucionais da obrigação de indenizar, conferindo acentuado alcance à aproximação da ordem civil com os valores constitucionalmente reconhecidos pela comunidade política, a refletir em uma verdadeira hermenêutica constitucional da responsabilidade civil".

superado pelas democracias constitucionais contemporâneas e pelo processo de ressignificação do Direito privado à luz dos valores constitucionais:

As democracias constitucionais contemporâneas – com a contribuição dos princípios, conceitos e regras do Direito Civil – não toleram qualquer tentativa de *coisificar* a pessoa humana. A dignidade remete, sem dúvida, entre seus sentidos principais, a não-coisificação do ser humano. [...] trata-se de vetor normativo vinculante, da mais alta importância, e que redefine, em muitos sentidos, a incidência e aplicação das normas jurídicas brasileiras. [...] O intérprete do século XXI deve ter uma atenção prioritária com a pessoa humana, e não com o seu patrimônio. O patrimônio é mero instrumento de realização de finalidades existências e espirituais, não um fim em si mesmo. (NETTO, 2019, p. 36).

A dignidade da pessoa humana²⁰⁹ e a solidariedade se complementam para orientar a construção de uma cláusula geral de tutela da pessoa.

E o Direito Civil, enquanto direito das gentes, deve ser o instrumento de tutela da pessoa por excelência²¹⁰. A dignidade leva o ordenamento ao processo de repersonalização, pois condiciona a proteção da própria pessoa (AZEVEDO, 2002, p 20). E repersonalizar a responsabilidade civil não é limitar-se a reparar danos, mas atuar de forma a instrumentalizá-la para evitar danos, com mecanismos de tutela que realmente exerçam efeitos dissuasórios, proporcionando uma tutela integral da pessoa para além da mera reparação.

A tutela contra ilícitos²¹¹ é também agenda da responsabilidade civil contemporânea. Ao se instrumentalizar a realização da retificação do polo do ofensor no aspecto relacional da justiça corretiva – conforme sua visão bilateral em que as partes são ligadas pelo *synallagma* –, a responsabilidade civil atua no outro *front*, na tutela em face do ilícito. Por óbvio que o objeto imediato é a recuperação dos ganhos ilícitos, mas o objeto mediato acaba por ser a dissuasão de comportamentos e, portanto, a tutela em face do ilícito. A responsabilidade civil multifuncional, assim, encontra instrumentos pelos quais pode se realizar,

²⁰⁹ Acerca do conceito de dignidade: “O substrato material da dignidade assim entendida pode ser desdobrado em quatro postulados: i) o sujeito moral (ético) reconhece a existência dos outros como sujeitos iguais a ele, ii) merecedores do mesmo respeito à integridade psicofísica de que é titular; iii) é dotado de vontade livre, de autodeterminação; iv) é parte do grupo social, em relação ao qual tem a garantia de não vir a ser marginalizado. São corolários desta elaboração os princípios jurídicos da igualdade, da integridade física e moral – psicofísica –, da liberdade e da solidariedade” (MORAES, 2003, p. 85)

²¹⁰ A pessoa é a pedra fundamental e angular do ordenamento: “Se o direito é uma realidade cultural, o que parece hoje fora de dúvida, é a pessoa humana, na experiência brasileira, quem se encontra no ápice do ordenamento, devendo a ela se submeter o legislador ordinário, o intérprete e o magistrado” (TEPEDINO, 2000, p. VI).

²¹¹ Quanto ao conceito de ilícito, ver item 1.3.

Com efeito, a metodologia atual do Direito Civil constitucional prioriza o perfil funcional dos institutos jurídicos, verificando a compatibilidade com os valores que justificam a sua tutela pelo ordenamento e ao mesmo tempo potencializam a função de realizar os valores superiores que foram positivados na Constituição. (FONSECA, 2019, 139)

A tutela contra o ilícito lucrativo corresponde à ressignificação defendida sob os princípios da solidariedade, da dignidade da pessoa humana e com vistas ao objetivo de construção de uma sociedade justa (justiça social).

A responsabilidade civil deve atuar, portanto, na integralidade do *synallagma*, restituindo ao *status quo ante* o ofendido na reparação; ofendido e ofensor nos *restitutionary damages*; e o ofensor no *disgorgement*. (ROSENVALD, 2019b, p. 462).

Sejam fundados apenas na justiça corretiva, ou em uma teoria mista, os remédios restitutórios encontram lugar na responsabilidade civil, visto representarem meios de efetivação de direitos acionados pela prática de um ilícito.

Quanto ao princípio da reparação integral, neste nível de abstração, sua ressignificação é necessária para atender à bilateralidade da justiça aristotélica. Mesmo sem alteração legislativa, admite-se a possibilidade de aplicação dos remédios restitutórios a partir da ressignificação aqui proposta. A visão do princípio da tutela integral da vítima permitiria tal conclusão. Ainda, uma visão do conceito de dano previsto no art. 944 do Código Civil não como dano-prejuízo, mas como a lesão a um interesse jurídico tutelado – conceito aberto que abarca efeitos prejudiciais e outros efeitos – também permitiria tal conclusão.

Em sua obra Nelson Rosenvlad (2019b, p. 533) propõe a inclusão de um parágrafo primeiro no art. 944 do Código Civil com a seguinte redação:

Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano. §1º Em alternativa à reparação de danos patrimoniais, a indenização compreenderá uma soma razoável correspondente à violação de um direito e, quando necessário, a remoção dos lucros ou vantagens auferidas pelo lesante em conexão com a prática do ilícito.

Se necessária fosse uma alteração legislativa, nossa proposta de redação do art. 944 do Código Civil seria a seguinte: **Art. 944. A vítima de um ilícito deve ser tutelada em sua integralidade. §1º. A indenização reparatória ou compensatória mede-se pela extensão do dano. §2º. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização. §3º. Em alternativa à reparação ou compensação de danos patrimoniais poderá a vítima optar pelo recebimento de um valor razoavelmente**

equivalente à violação de um direito e, quando necessário, pela remoção dos lucros ou benefícios obtidos pelo ofensor em razão da prática do ilícito, ainda que não exista o correspondente prejuízo material para o ofendido (destacou-se).

Para que o sistema restasse completamente adequado, respeitando a integridade do Código Civil, bastariam outras duas pequenas alterações interpretativas, entendendo que o teor de dano não se restringe a dano-prejuízo, mas a lesão a um interesse jurídico tutelado.

Enfim, em vias de conclusão, tem-se: a) a responsabilidade civil deita suas raízes no conceito de justiça aristotélica; b) a justiça corretiva importa, em uma visão relacional, bilateral, em que há entre ofensor e ofendido um *synallagma*; c) a reparação é a retificação do polo do ofendido; d) nos *restitutionary damages* ambos os polos são afetados, reverte-se a transferência de valor do ofendido e suprime-se o ganho ou a economia do ofensor; e) no *disgorgement of profits* somente o polo do ofendido é afetado, removendo-se os ganhos que obteve e retornando-os ao estado anterior ao ilícito; f) sejam fundados apenas na justiça corretiva, ou em uma teoria mista, os remédios restitutórios encontram lugar na responsabilidade civil, visto representarem meios de efetivação de direitos acionados pela prática de um ilícito, bem como em razão da existência de coerência lógica nas posições investigadas; g) a ressignificação da reparação integral passa pelos filtros constitucionais da solidariedade, da dignidade da pessoa humana e do objetivo de construção de uma sociedade justa (justiça social); h) a reparação integral deve ser ressignificada, de forma a representar a tutela integral da pessoa, com olhar não só para a tutela do dano, mas também para a tutela do ilícito, desincentivando práticas individualistas, egoísticas e parasitárias e promovendo os valores constitucionais.

4.2 No horizonte: os remédios restitutórios: definindo fronteiras entre restituição e remoção de ganhos ilícitos

A definição dos remédios restitutórios visando a sua aplicação no Direito brasileiro demanda classificação e individualização.

O Direito inglês aplicou, durante muito tempo, o ramo do Direito Restitutivo como uma coisa una e indivisa, agrupando ali todos os casos em que se demandava a restituição de um ganho decorrente de algum evento causal.

Assim como a compensação visa a recompor o patrimônio do lesado, preocupando-se com os danos (à pessoa ou ao patrimônio) causados e com a forma

como os reparar, a restituição tem outro objetivo, a ponta inversa da relação jurídica decorrente do ilícito, isto é, a repercussão do ilícito no patrimônio do ofensor.

Nesse sentido, Birks (2005, p. 3) define que “um direito à restituição é o direito ao ganho auferido pelo réu, enquanto um direito à compensação é um direito a que o réu satisfaça a perda sofrida pelo autor”²¹².

Ocorre que, como abordado, o direito à restituição pode surgir em diferentes searas do Direito: nas relações consensuais, nos ilícitos, no enriquecimento sem causa ou em outras situações típicas como a gestão de negócios.

Quanto a esse ponto, a pesquisa, apoiada na classificação taxonômica de Birks, demonstrou que a análise dos eventos causais no Direito Civil permite diferenciar o *locus* de realização dos direitos, sendo que as respostas remediais não necessariamente correspondem a um único *locus*, sendo possível que elas atuem em mais de uma seara, como, por exemplo, a restituição, que atua tanto no enriquecimento sem causa como na responsabilidade civil.

No enriquecimento sem causa o princípio geral de direito que justifica a restituição é o enunciado por *Pomponius* “*aequum est neminem cum alterius detrimento fieri locupletioem*”, ou, como consta da cláusula geral do art. 884 do Código Civil, *a ninguém é dado enriquecer a partir de outrem sem causa*.

Já na responsabilidade civil, o princípio recebe enunciação semelhante, contudo identifica que o enriquecimento se sustenta sobre um evento causal ilícito: *commodum ex iniuria sua nemo habere debet* ou *no person shall profit from his or her wrong*, ou seja, nenhuma pessoa deve lucrar a partir do ilícito (EDELMAN, 2002, p. 81).

Enquanto Birks foi o responsável por classificar as obrigações conforme os eventos causais que as antecedem, coube a Edelman realizar a taxonomia dos remédios restitutórios.

Diversas nomenclaturas identificam remédios restitutórios na *Common Law*: *accounting for profits*²¹³, *action for money had and received*²¹⁴, *action for money*

²¹² Tradução nossa. No original: “*Thus a right to restitution is a right to a gain received by the defendant, while a right to compensation is a right that the defendant make good a loss suffered by the claimant*”.

²¹³ Remédio aplicado a partir do princípio de equidade para remover ganhos obtidos por uma pessoa a partir da violação a uma relação de fidúcia (*breach of fiduciary relation*). (GARNER, 2010, p. 22)

²¹⁴ Remédio adstrito ao âmbito do enriquecimento sem causa, onde se busca a restituição de dinheiro transferido a outrem em razão de um pagamento indevido (por erro) ou recebido por um terceiro enquanto o autor era o destinatário correto. Aplica-se ainda para restituir dinheiro quando há frustração do sinalagma de um contrato bilateral. (GARNER, 2010, p. 33)

*paid*²¹⁵, *restitution damages*²¹⁶, *disgorgement of profits*²¹⁷, *reasonable value of property and services*²¹⁸, *restitutionary damages*²¹⁹ e outros²²⁰. Todos esses remédios estão inseridos no que o *Common Law* denomina *Law of Restitution* que é assim definida por Virgo (2015, p. 3):

O Direito Restitutivo se ocupa com a concessão de um grupo genérico de remédios que emergem pela operação do Direito e que têm uma função em comum, qual seja a de privar o réu de um ganho em vez de compensar o autor por um dano sofrido.²²¹

Há de se observar que, entre os remédios oferecidos pelo Direito restitutivo, nem todos se adequam à restituição de ganhos realizados pelo réu quando o evento causal que dá origem à obrigação é um ato ilícito. Segue-se, assim, o entendimento de que os remédios restitutivos não são confinados ao enriquecimento sem causa, mas têm lugar também em outros campos do Direito Civil, como a responsabilidade civil.

Nesse sentido, é necessário delimitar os remédios aplicáveis na seara da responsabilidade civil e definir as finalidades que cada um deles deve alcançar. Assim como se fez, quando abordada a função reparatória, em que se identificou a possibilidade de compensação, de reparação *in natura* e de satisfação, também a restituição enquanto função da responsabilidade civil apresentará um leque de possibilidades ao ofendido que se adequem ao substrato fático em questão.

A classificação dos remédios restitutivos pode seguir um critério correspondente à natureza do direito tutelado: *in persona* e *in rem* (VIRGO, 2015, p. 4). Não demanda esforço compreender que os remédios *in persona* tratam de uma obrigação pessoal pela qual o autor reclama o pagamento do equivalente ao

²¹⁵ Remédio voltado à restituição de dinheiro pago a uma terceira parte, não o réu, mas que o tenha beneficiado. Como, por exemplo, quando o réu pede ao autor que pague uma dívida sua (do réu) a um terceiro, ainda que sob estado de necessidade ou outros vícios do consentimento. (GARNER, 2010, p. 33)

²¹⁶ É a indenização conferida ao ofendido quando o ofensor obteve um enriquecimento injusto. (GARNER, 2010, p. 448)

²¹⁷ Remédio voltado a remover os ganhos obtidos pelo ofensor a partir do ilícito (EDELMAN, 2002, p. 72)

²¹⁸ Aqui cabe a restituição de uma propriedade transferida ao réu ou de um serviço que lhe tenha sido prestado sem a devida contraprestação (VIRGO, 2015, p. 18).

²¹⁹ Voltado a reclamar a restituição de um dinheiro que o réu economizou pela prática de um ilícito, quando deixa de pagar direitos autorais, por exemplo, para reproduzir uma música (VIRGO, 2015, p. 19)

²²⁰ Cf. VIRGO, 2015, p. 18-33.

²²¹ Tradução nossa. No original: "The law of restitution is concerned with the award of a generic group of remedies which arise by operation of law and which have one common function, namely to deprive the defendant of a gain rather than to compensate the claimant for loss suffered".

enriquecimento, mas não necessariamente a mesma coisa que cresceu ao patrimônio do réu, assim, dirigem-se à esfera da pessoa do enriquecido. Enquanto isso, os remédios *in rem* relacionam-se à obrigação de caráter *propter rem*, isto é, “obrigações que nascem de um direito real do devedor sobre determinada coisa, a que aderem, acompanhando-o em suas mutações subjetivas” (GOMES, 2000, p. 21).

A classificação, porém, é muito ampla e não se aplica aos fins aqui buscados, em que pese ser útil para se definir as consequências práticas de um remédio restitutivo relacionado a um direito de propriedade, visto que, como aduz Graham Virgo (2015, p. 4), quando a restituição envolve um interesse dominial do autor, a ativação dos remédios *in rem* garante a qualidade de crédito preferencial ao autor, de forma que, se o réu declarar insolvência do próprio bem, em uma relação de garantia, satisfará a pretensão, cabendo ainda, em favor do autor, o eventual acréscimo de valor que o bem tenha sofrido.

Aqui se preocupará com duas situações: remover os ganhos que o ofensor auferiu a partir do ilícito, sem que tal patrimônio tenha antes efetivamente integrado a esfera jurídica do ofendido; com o valor que o ofensor economizou com a prática do ilícito ou com o valor que o ofendido razoavelmente teria recebido se ele próprio houvesse praticado o ato (que é ilícito somente sob a ótica do ofensor).

A classificação adotada é proposta por Edelman (2002) que divide os remédios restitutivos (*gain-based damages*) em duas categorias: uma que abarca a primeira situação (*disgorgement of profits*) e uma que abarca a segunda (*restitutionary damages*).

É fato que o termo *disgorgement* é utilizado muitas vezes como sinônimo de todos os remédios restitutivos aplicáveis em face do enriquecimento derivado de um ilícito (DAGAN, 2004, p. 218). Parte da doutrina compreende que a distinção binária de Edelman é um dado apenas quantitativo e não qualitativo, isto é, altera-se apenas a forma de apuração do valor da restituição, mas não a espécie de remédio, como, por exemplo, Andrew Burrows que entende ser tarefa árdua delimitar campos funcionais diferentes entre um e outro remédio, de forma que todos eles estariam compreendidos sob uma única função, mas vistos como medidas diferentes (BURROWS, 2011, p. 97 *apud* ROSENVALD, 2019b, p. 271); tal posição também é adotada por Lionel Smith (1991, p. 696) que se vale da expressão *disgorgement* para descrever todos os tipos de remédios restitutivos (EDELMAN, 2002, p. 78). Por outro lado, Birks (2005, p. 282) entende que o melhor é tratar as restituições em geral como

restitution and gain-based recovery abarcando as duas hipóteses, de forma que *disgorgement* seria um mero sinônimo; da mesma forma, Peter Cane (1997, p. 113) classifica todos os remédios que realizam a função restitutória da responsabilidade civil como *disgorgement damages*.

A vantagem de se utilizar a classificação de Edelman é que ela permite justamente identificar diferentes funções dentro da restituição, cada qual com suas especificidades, métodos de quantificação e fundadas em substratos fáticos divergentes entre si.

Enquanto o *disgorgement* se funda na mera obtenção de benefícios por meio de um ilícito, *restitutionary damages* encontra substrato em uma transferência derivada do ilícito (mesmo que de terceiros, mas que deveria ser direcionada ao ofendido) (BIRKS, 2005, p. 282).

Não só os substratos fáticos diferem entre si, mas também as finalidades buscadas por cada um dos remédios também e os princípios que os cercam, de forma que somente uma diferenciação entre os dois conceitos permite explicar, de forma racional, a razão pela qual um ou outro deverão ser aplicados quando houver uma situação fática em que há possibilidade de aplicação de qualquer um dos remédios:

A necessidade de diferenciar entre *restitutionary damages* e *disgorgement damages* emerge primariamente porque cada um destes remédios restitutórios é fundado em um diferente conjunto de princípios. Dessa forma, eles podem resultar em condenações de quantificação diferente. *Restitutionary damages* podem estar à disposição quando *disgorgement damages* não estão e vice e versa. (EDELMAN, 2002, p. 80)²²²

Ao mencionar princípios, Edelman trata dos motivos racionais que justificam a diferenciação. Nesse sentido, afirma Nelson Rosenvald (2019b, p. 272), em sintonia com Edelman, que, “dentro da categoria dos *restitutionary damages*, é possível distinguir entre o valor inicial recebido (medido por uma taxa razoável) e os ganhos consequenciais adquiridos pelo réu (medidos pelo *disgorgement*)”.

Quanto aos *restitutionary damages*, Edelman (2002, p. 80) identifica o seguinte motivo racional ou justificativa:

A justificativa para a concessão de *restitutionary damages* por um ilícito é que, como a transferência foi obtida através do ilícito praticado

²²² Tradução nossa. No original: “*The need to differentiate between restitutionary damages and disgorgement damages arises primarily because each of these gain-based awards is based upon a different set of principles. As such they can result in awards of different amounts. Restitutionary damages might be available when disgorgement damages are not and vice versa.*”

pelo réu, a lei não deve reconhecer a validade dessa transferência de dinheiro ou benefício e deve reverter a transferência do autor ao réu²²³

Ou seja, ainda que abstratamente haja uma transferência de benefícios fundados em um interesse jurídico do ofendido para o ofensor, de forma que, mesmo que materialmente tal transferência não tenha ocorrido, no plano teórico há esse deslocamento que é revertido pela solução remedial.

Com isso, Edelman defende que a lei deve sempre estar pronta para reverter uma transferência de valor que resulte da prática de um ilícito, caso contrário, ao permitir que o ofensor mantenha o valor transferido em seu patrimônio, a lei estaria legitimando a violação (EDELMAN, 2002, p. 81).

Já no *disgorgement* não há transferência alguma, sequer abstrata, somente há um acréscimo patrimonial ao ofensor que tenha como causa imediata o ilícito:

Disgorgement damages são mais difíceis de justificar que *compensatory damages* ou *restitutionary damages* porque a quantificação do ganho não é feita de acordo com o que foi transferido ou subtraído do requerente. Ao invés disso, o requerente ignora se a transferência ocorreu ou não e requer do réu que devolva qualquer lucro decorrente do ilícito. (EDELMAN, 2002, p. 81)²²⁴

Não importa sequer se a vítima sofreu um dano (enquanto prejuízo à pessoa ou ao patrimônio), tampouco se houve uma transferência, o que importa é que o ofensor obteve benefícios a partir de um ilícito, de forma que o princípio *commodum ex iniuria sua nemo habere debet* impede que o ofensor se aproprie do produto da violação por ele perpetrada. Nesse aspecto, diferencia-se substancialmente das indenizações reparatórias, posto que aquelas visam a recolocar a vítima no estado anterior em que se encontrava (ao menos idealmente), enquanto que o *disgorgement* visa a recolocar o ofensor no lugar em que deveria estar se não houvesse por meio do ilícito realizado ganhos (CANE, 1997, p. 113).

Ocorre que racionalmente o argumento de que a ninguém é dado causar dano a outrem (*alterum non laedere* ou *neminem laedere*) é muito mais fácil de ser aceito justamente pela força desse princípio construído doutrinariamente durante séculos

²²³ Tradução nossa. No original: “*The rationale for awarding restitutionary damages for a wrong is that because the transfer was procured by the defendant’s wrong the law should not recognise the validity of the transfer of the money or benefit transferred and should reverse the transfer from the claimant to the defendant*”.

²²⁴ Tradução nossa. No original: Disgorgement damages are more difficult to justify than either compensatory damages or restitutionary damages because the measure of the gain is not made according to what has been transferred or subtracted from the claimant. Instead, the claimant ignores whether a transfer has occurred or not and requires the defendant to disgorge any profit from the wrong.

(CANE, 1997, p. 113)²²⁵ e que alcançou seu ápice nas últimas décadas com a elevação da vítima à prioridade e da reparação dos danos como prioridade, tal qual ocorre na doutrina que identifica o Direito de danos (MADERO, 2002, p.10)

De outro lado, a ideia de que o ofensor deva ser privado dos benefícios que auferiu com o ilícito é igualmente persuasiva, contudo, ao se justificar que a vítima possa reclamar tal privação, é que o princípio torna-se menos imponente do ponto de vista da racionalidade usual do Direito, tal qual fixado no caso *Halifax Building Society v Thomas* (GLIDEWELL, L.J., 1996 *apud* EDELMAN, 2002, p. 81):

O pressuposto de que o autor de um ilícito não deve ser autorizado a lucrar com a violação tem uma atração óbvia. O outro pressuposto, de que a vítima ou a suposta vítima do delito, que de qualquer forma não sofreu nenhuma perda, tem o direito de reter ou recuperar a quantidade de lucro é menos obviamente persuasiva.²²⁶

Compreendendo a dificuldade de se entender racionalmente a justificação do *disgorgement*, Edelman propõe o seguinte: primeiramente, deve-se assumir que *disgorgement* não se funda em uma racionalidade compensatória (ou reparatória em sentido mais amplo), ao *disgorgement* importa apenas que o ilícito tenha produzido ganhos ao réu, sem levar em conta se o réu tenha sofrido um prejuízo, sendo totalmente equivocado presumir de forma irrefutável que o autor tenha sofrido perdas a fim de justificar uma restituição de lucros (EDELMAN, 2002, p. 82); em segundo lugar, a razão não deve ser no sentido de um mandato implícito ou da gestão de negócios, isto é, não se deve assumir que o ofensor agiu em nome do ofendido e, com base naqueles regimes, deferir a restituição, pois trata-se de uma construção meramente ficcional que nem sempre será válida (EDELMAN, 2002, p. 83).

²²⁵ Sobre a aceitação ética dos princípios que justificam a compensação e o *disgorgement*, nesse mesmo sentido, aduz Cane (1997, p. 13): “Because of the strength of the “harm principle” (“avoid harming others”), the ethical case for compensating for losses, whether or not they correspond to gains made by the tortfeasor, is generally thought to be stronger than that for requiring the disgorgement of gains which do not correspond to losses. This opinion explains why the principle of compensation applies generally throughout tort law while the principle of disgorgement has a narrower field of operation. It may also explain why tort law adopts the principle of full compensation but does not adopt a principle of full disgorgement”

²²⁶ Tradução nossa. No original: “The proposition that a wrongdoer should not be allowed to profit from his wrongs has an obvious attraction. The further proposition, that the victim or intended victim of the wrongdoing, who has in any event suffered no loss, is entitled to retain or recover the amount of profit is less obviously persuasive.”

A verdadeira *justificativa racional* do *disgorgement of profits* é a dissuasão (*deterrence*), isto é, “a necessidade de garantir a prevenção de ilícitos” (EDELMAN, 2002, p. 83)²²⁷.

A prevenção é tida como uma das principais funções da responsabilidade civil no século XXI e seu reconhecimento, seja na teoria da responsabilidade civil ou na teoria do Direito de Danos, é inequívoco, tanto que o Enunciado nº 446 da V Jornada de Direito Civil do Conselho Federal de Justiça e do Superior Tribunal de Justiça preconiza o seguinte:

A responsabilidade civil prevista na segunda parte do parágrafo único do art. 927 do Código Civil deve levar em consideração não apenas a proteção da vítima e a atividade do ofensor, mas também a prevenção e o interesse da sociedade.

No caso, trata-se da responsabilidade civil objetiva pelo risco da atividade, mas que reflete a consagração da prevenção como uma função típica da responsabilidade civil nos tempos hodiernos, “o paradigma preventivo, assim, bate às portas da Responsabilidade Civil” (CARRÁ, 2015, p. 65).

Edelman fundamenta, portanto, o *disgorgement* justamente na função preventiva não só de danos (evitando efeitos danosos do ilícito), mas buscando também conter os próprios ilícitos:

Impedir que um réu lucre com um ilícito garante que tanto o réu (em casos futuros), quanto outros que possam estar em uma posição semelhante, sejam impedidos de cometer esse tipo de ilícito onde o lucro pode ser motivo ou incentivo. (EDELMAN, 2002, p. 83)

Tal disposição corresponde justamente ao princípio da prevenção, em sua formulação geral que permeia toda a responsabilidade civil, como “resposta de uma exigência crescente em relação ao Estado e à Sociedade a fim de obstar o *eventus damni*” (ZANETTI, 2018, p. 49).

Mais especificamente, o efeito aqui buscado é a dissuasão (*deterrence*) de forma que o cálculo racional de benefício da ilicitude seja desestimulador ao ofensor e não o contrário. Tanto que o *Restatement (Third) of Restitution and Unjust Enrichment*, publicado pelo *American Law Institute*, traz o seguinte (*apud* ROSENVALD, 2019b, p. 273, nota de rodapé): “Restituição requer a total remoção

²²⁷ Tradução nossa. No original: “*The basis for disgorgement damages, it is argued, is the need to ensure deterrence of wrongdoing.*”

dos lucros obtidos por um ofensor consciente... porque qualquer responsabilidade inferior iria oferecer um incentivo inadequado ao comportamento lícito”²²⁸.

O objetivo do Direito Restitutivo, em especial os remédios ora abordados, é justamente frustrar o comportamento denominado como ilicitude lucrativa, isto é, a violação sistemática de direitos por determinados ofensores recorrentes movidos por incentivos econômicos e que não são corretamente contidos em razão de um sistema de sanções que provocam subdissuasão (*underdeterrence*) e acabam por incentivar o comportamento pela certeza de que a consequência final será vantajosa (FORTES, 2019, *passim*).

Em vários casos, a indenização reparatória será suficiente para cumprir o papel dissuasório, mas em tantos outros somente a remoção dos ganhos obtidos com a ofensa ou a condenação à restituição do que foi obtido sem o consentimento da vítima poderão efetivamente evitar novas condutas.

Nesse aspecto, Rosenvald (2019b, p. 274) demonstra a importância de tal instituto para a dissuasão de comportamentos ilícitos:

A falta de incentivo do ofensor para se proteger contra o risco se mantém quando de antemão sabe que o teto de uma condenação pecuniária será o valor que pagaria ao ofendido para ter acesso a sua propriedade caso um contrato houvesse sido celebrado entre eles. Se a lei não prevê mecanismo que condene à restituição dos valores auferidos, ao ofensor “valerá a pena” a prática do ilícito, pois os lucros que ultrapassem os danos ficarão definitivamente com o demandado.

A medida do *disgorgement* é muito mais eficaz e menos discricionária que outras formas de dissuasão, já que a sua medida é o ganho decorrente do ilícito, logo, não depende de arbitramento, e o seu efeito é remover todos os benefícios obtidos pelo réu a partir do ilícito.

É, por exemplo, a razão pela qual não se desestimula o uso de *softwares* não licenciados por empresas e profissionais que deles se valem no exercício de suas atividades econômicas. Uma licença anual de um dos *softwares* mais conhecidos custa em torno de R\$ 500,00 por ano para a modalidade empresarial. Agora, imagine-se um escritório de contabilidade que, sem as funcionalidades do referido software, não conseguiria exercer sua atividade econômica; suponha-se que o referido escritório gere R\$ 50.000,00 de lucro líquido por mês para seus sócios, seria necessário multiplicar o valor das licenças por 100 para se atingir esse valor, sendo

²²⁸ Tradução nossa. No original: “Restitution requires full disgorgement of profits by a conscious wrongdoer... because any lesser liability would provide an inadequate incentive to lawful behavior”.

que o critério legal máximo para a multiplicação é, por analogia, o do art. 109 da lei nº 9.610/96 (Lei dos Direitos Autorais). Claramente, por mais banal que o exemplo seja, o ilícito compensa. Na pior hipótese de condenação, o escritório pagará R\$ 10.000,00 a título de reparação por danos, isto é, 1/5 do lucro líquido gerado por mês.

Agora, se houvesse disposição no sentido de privar o escritório dos lucros obtidos a partir da ilicitude, jamais o cálculo de que o ilícito compensa seria frutífero.

Outro caso interessante é o exemplo citado por Birks (2005, p. 79) e também por Rosenvald (2019b, p. 279). Supondo-se que uma pessoa se utilize de R\$ 5.000,00 furtados de outrem para aplicar em ações na bolsa de valores, e que essas ações valorizem 100%, tendo, agora, valor de resgate de R\$ 10.000,00, o direito ao *disgorgement* não recairia somente sobre os 5 mil reais furtados, mas sobre o produto obtido a partir deste ilícito, ou seja, sobre os R\$ 10.000,00. Se aparentemente representaria uma injustiça conferir esse “ganho inesperado” (*windfall*), certamente que a análise acima demonstra que a injustiça maior é permitir que o ofensor permaneça com o produto de seu ato ilícito, “em um viés Kantiano, considera que essa instrumentalização subtrai o direito à liberdade do ofendido, que se converte em meio para finalidades alheias” (ROSENVALD, 2019b, p. 280). No *disgorgement* o ofensor abre mão (*give up*) daquilo que auferiu com o ilícito.

Esse, portanto, é o pano de fundo em frente ao qual atua a restituição decorrente de ilícitos, em especial, o *disgorgement*.

Por outro lado, os *restitutionary damages* têm função diferente:

No setor dos *restitutionary damages*, a noção de “restituição” de ganhos indevidos será aquilatada não com base nos lucros auferidos pelo agente com a prática do ilícito (como ocorre no *disgorgement*), porém com esteio em um valor que as pessoas razoáveis negociaram para ter acesso contratual ao direito que fora violado pelo infrator (*licence fee damages*), ou pela renda que razoavelmente seria recebida pelo ofendido pela lícita exploração do bem (*reasonable fee*). [...] a expressão *restitutionary damages* tem a natureza de um “give back”, ou seja, uma devolução dos valores transferidos pelo autor da demanda ao réu, como resultado de seu ilícito. (ROSENVALD, 2019b, p. 283)

Os *restitutionary damages* se aproximam mais do enriquecimento sem causa do que o *disgorgement*, principalmente porque no *disgorgement* o enriquecimento pode advir de um terceiro, desde que o ilícito seja cometido contra o ofendido, enquanto que no *restitutionary damages* é a permanência no patrimônio do ofensor de um valor que deveria ter sido destinado ao ofendido que justifica a restituição:

A justificativa para uma condenação de “restitutionary damages” seria o fato de que como transferência de uma quantia ou de um benefício não monetário foi obtida por um ilícito, a lei não pode reconhecer a referida transferência, devendo revertê-la. (ROSENVALD, 2019b, p. 283)

Edelman (2002, p. 94) reconhece que, entre os *restitutionary damages* (restituição decorrente de ilícitos) e a *restitution* (restituição decorrente de enriquecimento sem causa), há aproximações, afirmando que a resposta da *restitution* revertendo a transferência em razão de um enriquecimento sem causa atua de forma idêntica aos *restitutionary damages* que revertem transferências resultantes de ilícitos.

A fim de rebater os críticos que afirmam que os casos apresentados por ele em seu livro são, na verdade, de enriquecimento sem causa, Edelman estabelece seis critérios para diferenciar os dois remédios – *restitution* de *restitutionary damages* – e justificar a restituição resultante de ilícitos.

A primeira razão remonta à taxonomia birkiniana e reforça que tratar de diferentes searas do Direito, cada qual com sua estrutura, funções e principiologia próprias, devem dar lugar uma à outra, isto é, atuar quando seria o campo de alcance de outro ramo (EDELMAN, 2002, p. 94).

Como exemplo, Edelman compara os institutos do pagamento por erro e do dolo²²⁹, que no Direito anglo-saxão recebe a denominação de *tort of deceit*. No caso do pagamento por erro, o recebedor do montante não tem que agir de forma alguma para que se caracterize o dever de restituir, pode ser, inclusive, que ele sequer saiba da existência do pagamento – depósito bancário na conta errada – e mesmo assim haverá o dever de restituir.

Já no dolo, para que venha a emergir o dever de restituir, deve-se demonstrar que o pagante foi efetivamente enganado, por meio das ações maliciosas da outra parte ou de um terceiro que o induziram a erro.

A segunda razão é a impossibilidade de uma análise alternativa, isto é, quando a restituição é possível como decorrente de um ilícito, mas não seria viável por meio do enriquecimento sem causa.

²²⁹ O dolo, previsto no art. 145 do Código Civil, é “qualquer forma de artifício idôneo para enganar outrem, que vá além daquele gênero de velhacarias que podem considerar-se permitidas às partes, naquela luta de astúcia que costuma travar-se nas negociações para um contrato a título oneroso” (BETTI, 2008, p. 641); em outras palavras, “existirá dolo, quando se verifique o emprego de qualquer sugestão ou artifício com a intenção ou consciência de induzir ou manter em erro o autor da declaração (*dolo positivo ou comissivo*), ou quando tenha lugar a dissimulação pelo declaratório ou por terceiro, do erro do declarante (*dolo negativo, omissivo ou de consciência*)” (PINTO, 1999, p. 519).

Um caso analisado por Peter Birks revela tal fator. Relata Birks (2005, p. 13-15) que, no caso *Moses v Macferlan (1760)*, o senhor Macferlan prometeu a Moses que se este endossasse algumas notas promissórias em seu favor, aquele jamais executaria o endosso judicialmente. Sob tais condições, Moses concordou e endossou as notas promissórias.

Ocorre que, contrariando o que havia declarado, Macferlan executou as promissórias e conseguiu receber o dinheiro correspondente ao valor dos títulos de Moses. Assim, enriqueceu a partir da transferência deste. Tempos depois, Moses propôs uma ação buscando o remédio *money had and received*²³⁰ alegando que o pagamento foi indevido, pois ocorrera sob *compulsion*, isto é, uma forma de coação, e obteve uma sentença favorável, determinando que Macferlan lhe devolvesse o valor. Ocorre que tal argumento possui duas falhas: a) a única pressão exercida sobre Moses foi o exercício do direito de ação por Macferlan, isto é, o devido processo legal, cláusula constitucional que jamais poderia ser considerada uma pressão; b) a obrigação de pagar imputada a Moses foi instituída por uma sentença, dessa forma, reverter tal ordem em uma ação autônoma, sem declarar a nulidade ou cassação da sentença anterior, é ofensa ao princípio da coisa julgada (*res judicata*). A solução correta para o caso acima era Moses alegar o inadimplemento contratual, já que Macferlan prometera não cobrar as garantias, e, a partir dessa quebra de confiança na base do contrato (*breach of contract*), reivindicar a restituição do que foi obrigado a pagar. Tal fato foi, ainda que de forma velada, reconhecido no segundo julgamento por Lord Mansfield (EDELMAN, 2002, p. 95; BIRKS, 2005, p. 14).

Há um exemplo que ajuda a compreender as sensíveis diferenças entre o *disgorgement* e os *restitutionary damages*. Trata-se do caso *Inverugie Investments Ltd v. Hackett*. Neste caso, o autor era um locatário de 30 apartamentos em um hotel, cujos proprietários e administradores eram os réus. Os réus cometeram o ilícito de *trespass*, que é a invasão de propriedade, quando tomaram a posse dos apartamentos e começaram a oferecê-los aos clientes do hotel, sem reverter qualquer pagamento ao autor durante 15 anos. Ocorre que, durante todo o período em que o ilícito se

²³⁰ Sobre o conceito da ação de *money had and received*: “The action for money had and received lay to recover money which the plaintiff had paid to the defendant, on the ground that it had been paid under a mistake or compulsion, or for a consideration which had wholly failed. By this action the plaintiff could also recover money which the defendant had received from a third party, as when he was accountable or had attorned to the plaintiff in respect of the money. or the money formed part of the fruits of an office of the plaintiff which the defendant had usurped” (GOFF, R.; JONES, G., 1986, p. 3 *apud* GARNER, 2010, p. 33)

manteve, o hotel registrou apenas prejuízos, com a taxa de ocupação média variando de 35 a 40 % da capacidade total. Assim, não haveria lucros a se remover, o *disgorgement* se mostraria ineficaz. A solução no caso, portanto, era a restituição do valor de mercado para locação dos apartamentos cuja posse fora usurpada, tal qual se decidiu no caso concreto. A Corte determinou que os réus pagassem o preço de locação, à média de mercado, durante o período em que a posse foi violada (EDELMAN, 2002, p. 87).

A questão assemelha-se à solução encontrada pelo Superior Tribunal de Justiça para o atraso na entrega de imóveis em operações de incorporação imobiliária. O entendimento é aplicado pelo STJ em casos de mora por parte da incorporadora e/ou construtora quanto à obrigação contratual de entregar os terrenos, apartamentos ou o tipo de imóvel contratado no prazo previsto na avença. Mesmo que não exista previsão contratual, o Superior Tribunal de Justiça tem o entendimento pacífico de que o atraso injustificado acarreta em pagamento de lucros cessantes presumidos, isto é, um percentual do valor do imóvel à época do atraso – 1% conforme art. 43-A, §2º da lei nº 4.591/64 – a título de “aluguel” não recebido pelo proprietário e que corre por mês de atraso (STJ. 2ª Seção. EREsp 1.341.138-SP, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, julgado em 09/05/2018).

A questão, contudo, parece encontrar solo mais fértil para se sustentar na análise baseada nos eventos causais e na restituição como remédio decorrente da responsabilidade civil, tal qual aqui tratado.

Os lucros cessantes são “consubstanciados naquilo que a parte razoavelmente deixou de auferir em razão do comportamento da outra” (NERYJR., 2014, p. 370), são, assim, *danos estimados*²³¹. Para que se realizem os lucros cessantes, é necessário que exista uma mínima prova que demonstre que a expectativa de um lucro foi frustrada em razão do ilícito:

O fato de os lucros cessantes não exigirem, para sua configuração, uma prova absoluta não significa, de modo algum, que a vítima está livre até de uma prova mínima. Definitivamente, não é esta a melhor orientação: pelo menos uma prova mínima há de ser exigida do lesado, sob pena de se não conseguir distinguir os lucros cessantes indenizáveis daqueles sonhos de ganância. Entre a prova absoluta [que se exige, por exemplo, nos danos emergentes] e a total ausência de provas existe uma série indefinida de nuances, relacionadas aos

²³¹ Paulo Lobo (2011, p. 248) discorre sobre lucros cessantes nos seguintes termos: “Lucros cessantes são os ganhos e rendimentos que o credor deixou razoavelmente de auferir, ou redução patrimonial, em virtude do fato ilícito ou inadimplemento. Todo ganho frustrado pelo dano, ou seja, o que seria de esperar-se, constitui lucros cessantes”.

graus de intensidade das provas, que não deve ser ignorada. (GUEDES, 2011, p. 96)

Assim, o lucro cessante não decorre de mera expectativa de um proveito indeterminável e incerto, é necessária a prova de que o dano (frustração do lucro) seria certo e determinado ou, ao menos, determinável (NERY JR., 2014, p. 372). Em arremate, Orlando Gomes (2000, p. 156) adverte que “é indenizável apenas o dano previsto ou previsto ou previsível na data em que se contraiu a obrigação” e aponta que, com base nessa afirmação, é possível diferenciar entre danos previsíveis ou imprevisíveis, sendo que somente os primeiros são ressarcíveis.

Supor que o imóvel seria locado, portanto, não corresponde a uma indenização por lucros cessantes. Lembrando que a referida medida tem natureza compensatória, isto é, de repor um prejuízo. Quando aplicado o lucro cessante, deve-se demonstrar que o lucro frustrado era possível, e a possibilidade remete a um necessário grau de certeza quanto à sua realização.

A mora em um contrato (violação de um dever contratual) é um ilícito que desencadeia uma pretensão do titular do direito violado em razão do atraso no cumprimento da prestação. Quando há atraso na entrega de um imóvel, é um tanto fantasioso pressupor que, de imediato, o mesmo seria alugado, gerando renda para o proprietário. Concluir que a mora contratual frustrou uma expectativa razoável de lucro do contratante inocente é supor um evento incerto e indeterminado, contrariando, assim, a base que fundamenta a compensação por lucros cessantes.

A situação é idêntica ao caso acima relatado (*Inverugie Investments Ltd v. Hackett*): o locatário poderia, ou não, sublocar as suítes do hotel, sendo que a concretização das sublocações era um evento futuro e incerto, impossível de ser quantificado a uma razão justa.

No caso de mora na entrega de imóveis, é fato que talvez o proprietário sequer locasse o bem, mas o deixasse desocupado aguardando a valorização imobiliária para depois o vender. Ainda, é necessário considerar que um imóvel pode ser locado em uma semana ou ficar anos à busca de um inquilino, faz parte de uma aleatoriedade das oportunidades de que o mercado, no momento analisado, dispõe.

A aplicação dos *restitutionary damages*, entretanto, ignora se o proprietário iria ou não aplicar o bem como investimento, locando-o a terceiros, para gerar renda contínua. Mesmo que o proprietário jamais locasse o bem, a restituição é devida. O que busca é reverter uma transferência de valor baseada em um interesse da parte

ofendida, medida pelo valor médio de mercado referente ao uso do bem durante o período em que o ilícito foi praticado (EDELMAN, 2002, p. 67), independentemente se o proprietário sofreu um dano (frustração de expectativa de lucro). Mesmo porque, supor que o proprietário locaria o bem é incorrer em um dano hipotético, o qual não é passível de reparação:

Na classe do *lucro cessante*, aquilo que razoavelmente deixou de ganhar, e o jurista *Paulus* enunciava: *quantum mihi abest quantumque lucrare potui* (*Digesto*, Livro 46, Tít. VIII, fr. 13). Em qualquer caso, todavia, somente terá direito ao ressarcimento ao *dano direto e concreto*. O dano *indireto* ou *remoto*, como o dano *hipotético*, não pode ser objeto de indenização, ainda que o fato gerador seja o procedimento doloso do *reus debendi*. (PEREIRA, 2001, p. 316)

Considerando-se, assim, que os lucros cessantes visam a reparar uma frustração de lucro sofrida pelo autor, na modalidade de compensação, nos casos em que há privação de uso de um bem sem que exista a expectativa direta e concreta de um lucro, os *restitutionary damages* teriam aplicação. O raciocínio do dano hipotético pode ser identificado em uma decisão de relatoria da ministra Nancy Andrichi, proferida no âmbito da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça (BRASIL, 2016, p. 5-6):

Ora, com a inexecução do contrato pela recorrida, além do dano emergente, figurado nos valores das parcelas pagas, é mais do que óbvio terem os recorrentes sofrido lucros cessantes a título de alugueres que poderia o imóvel ter rendido se tivesse sido entregue na data contratada, pois esta seria a situação econômica em que se encontrariam se a prestação da recorrida tivesse sido tempestivamente cumprida.

O tribunal, portanto, pressupôs a existência de um lucro que seria realizado pelo réu posto que a experiência comum permite dispensar a prova de que o lucro era razoavelmente esperado, por aplicação do então vigente art. 335 do CPC/73, atualmente art. 375 do CPC/15. Assim, concluiu:

Partindo dessa premissa, o STJ possui entendimento no sentido de que, nas situações em que há atraso injusto na transferência ou entrega da posse, há presunção relativa da existência de danos materiais na modalidade lucros cessantes. (BRASIL, 2016, p. 6).

Aqui é necessário estabelecer limites entre essa figura e a compensação, visto que a explanação acima claramente deixa dúvidas no sentido de que as duas coisas seriam uma só. A linha é demarcada por Francesco Giglio (2007, p. 221):

O que diferencia a restituição da compensação é a relação de cada um dos remédios com a perda da vítima. Sempre que o ganho do agente está diretamente e necessariamente ligado a essa perda, a

resposta é compensatória, não restitutória. Assim, o fato de eu ter me enriquecido do valor do livro que eu subtraí indevidamente de você não significa que você pode reivindicar restituição por ilícitos. Meu ganho depende da sua perda e você só pode eliminar meu ganho me obrigando a anular sua perda. Mas se eu me enriquecer injustamente seduzindo você a investir seu dinheiro no meu negócio, que está afundando, a mera compensação não elimina essa parte do meu ganho que é independente de sua perda. Neste caso, um prêmio de restituição por si só permite que você alcance meu ganho.

No caso dos lucros cessantes citados – atraso injustificado no cumprimento da obrigação de dar contida em um contrato de incorporação imobiliária ou promessa de compra e venda de imóvel em processo de incorporação –, o evento causal base não é o direito de propriedade em si, mas a violação do contrato (*breach of contract*), assim, o ilícito é originário do contrato e não efetivamente da violação ao direito de propriedade. É isso que a análise por eventos causais leva a se concluir, seguindo-se a teoria de Peter Birks.

Em um segundo momento, não há uma perda, no sentido de prejuízo causado pela frustração na realização de um lucro, isso porque o contratante inocente poderia ou não oferecer o imóvel no mercado para ser locado, além disso, a certeza, determinação e concretude do dano não estão presentes e a própria quantificação é difícil. O STJ tem assentado que os lucros cessantes são presumidos e os fixa em cerca de 1% do valor do imóvel a título de “aluguel não recebido” (BRASIL, 2018). Ocorre que, por exemplo, um apartamento localizado em Balneário Camboriú – SC pode render, durante a temporada, muito mais que se somado 1% de seu valor de mercado durante os 12 meses do ano, assim, a compensação estaria em desacordo ao princípio da reparação integral quando a orienta. Já um apartamento localizado em uma zona limítrofe de uma cidade do interior talvez não alcançasse o rendimento de 1% ao mês por meio de locações nunca em toda a sua existência.

Compreender, portanto, que tal medida representa uma perda não coincide com a sua real razão de existência.

A justificativa não é um lucro frustrado, até porque sequer se pode falar em expectativa de lucro se não há provas de que ele se realizaria, mas a transferência de um valor da parte inocente para a parte que violou o contrato, consubstanciada na expectativa de receber a coisa para seu próprio uso, que fora usurpada pela mora contratual.

Não é diferente a situação no *Common Law*. Edelman relata que a doutrina e jurisprudência muitas vezes tratam de *restitutionary damages* sob um caráter

compensatório, sob a denominação de *lost opportunity to bargain*, ou seja, perda da oportunidade de negociar, mesma base fática dos lucros cessantes presumidos em sede de atraso injustificado na entrega de imóvel:

O argumento é que, embora o requerente não tenha sofrido nenhuma perda financeira real em alguns casos de *restitutionary damages*, essas indenizações, que efetivam uma transferência de valor, não são baseadas no ganho objetivo transferido ao réu, mas deveriam ainda ser vistas como compensatórias, assumindo que o requerente perdeu a oportunidade de negociar com o réu. (EDELMAN, 2002, p. 99)²³²

Esse entendimento, para ser válido, pressupõe que o réu concordaria em negociar com o autor pelo interesse violado pelo preço de mercado, e que esse seria o valor pago. Assim, como a negociação teria resultado no ofensor concordando em pagar o preço razoável de mercado pelo uso do bem, então a frustração dessa negociação acarreta justamente em uma perda financeira correspondente ao valor transferido (direito intelectual, propriedade industrial, uso e gozo de propriedade etc.).

Edelman elenca três razões pelas quais não se deve aceitar essa posição, pois puramente ficcional:

[...] o valor de mercado é usado como medida de danos onde o reclamante teria claramente procurado e obtido mais do que o valor de mercado; onde o requerente teria obtido menos do que o valor de mercado; e onde o reclamante nunca teria negociado em tudo. (EDELMAN, 2002, p. 100)²³³

No caso *Bracewell v Appleby*, o tribunal analisou o caso em que o réu invadiu a propriedade do vizinho para conseguir acessar a casa daquele, criando uma servidão de passagem aparente. No julgamento foi concedido um remédio compensatório. E, em que pese terem as provas demonstrado que o valor que os autores teriam pedido, e que o réu teria concordado em pagar, pela servidão era de £6.000,00, o julgador definiu em £2.000,00 o valor da indenização, por ser o valor médio de mercado.

Se a função é compensatória, visa a indenizar a perda da chance de negociar, e se mostra que na negociação o preço obtido teria sido de £6.000,00, uma condenação em £2.000,00 não cumpre com função reparatória, pois deixa de

²³² Tradução nossa. No original: “*The argument is that although the claimant has not suffered any actual financial loss in some cases of restitutionary damages, these awards, which effect a transfer of value, are not based upon objective gain transferred to the defendant but should still be viewed as compensatory by assuming that the claimant lost an opportunity to bargain with the defendant*”.

²³³ Tradução nossa. No original: “*market value is used as the measure of damages where the claimant would clearly have sought and obtained more than market value; where the claimant would have obtained less than market value; and where the claimant would never have bargained at all*”.

compensar efetivamente o dano demonstrado na demanda. Por isso, a primeira razão demonstra que a compensação fixada pelo valor médio de mercado é inadequada, sendo esse método típico da noção de *restitutionary damages* (EDELMAN, 2002, p. 100).

A segunda razão, aplicada no caso *Inverugie Investments Ltd v. Hackett*, é quando o requerente teria obtido menos que o valor de mercado. No caso, se o possuidor houvesse locado o bem durante os 15 anos à taxa média de ocupação entre 35 e 40%, jamais teria obtido o valor que foi efetivamente concedido ao final da demanda. Se o réu houvesse operado o hotel durante esse período, teria tido prejuízos, e não haveria, portanto, o que compensar. Dessa forma, somente o raciocínio restitutivo justifica a condenação pelo valor médio de mercado de locação dos quartos durante o período limitado na ação (EDELMAN, 2002, p. 101).

Por fim, também não se justifica a compensação se a possibilidade de o titular do interesse jamais considerasse negociá-lo. No caso *Wrotham Park Estate Co v. Parkside Homes*, uma companhia violou uma proibição expressa prevista em um contrato de que não deveria realizar incorporações imobiliárias em determinada área. Ao violar o pacto, a *Parkside Homes* vendeu residências realizando um lucro de £50.000,00. O tribunal, diante da impossibilidade de execução específica da obrigação (*injunction*), concedeu indenização substitutiva de caráter compensatório (*compensatory damages in lieu of na injunction*) no valor de £2.500.00. A justificativa é que este seria o valor razoável exigido pela *Wrotham Park Estate Co* para liberar a *Parkside Homes* da obrigação contratual e permitir a incorporação. Contudo, as evidências do caso revelam que a) não houve qualquer dano ao direito do autor de usar e fruir de suas terras; b) a *Wrotham Park Estate Co* jamais teria concordado com a revogação da obrigação de não fazer pactuada, ao menos essa era a conclusão possível pelas circunstâncias do caso. Logo, se o autor jamais consideraria negociar, como concluir que houve um dano decorrente da frustração de negociação entre autor e réu?

A concessão da restituição independe da existência de um prejuízo do autor, e, assim, a busca de recursos hipotéticos como o lucro cessante presumido não é necessária. A conclusão da jurisprudência britânica foi justamente nesse sentido no caso *Attorney General v Blake* em que se recusou a figura do *lost opportunity to bargain* – considerando que Blake poderia ter negociado junto à Coroa britânica a autorização para publicar os fatos dos quais tomou conhecimento em razão de seu emprego no

MI6 – para conceder *restitutionary damages*, em uma visão mais simples e livre de artifícios ficcionais. Em seu voto, Lord Nichols afirmou o seguinte:

[...] essas indenizações [compensação por *lost opportunity to bargain*] não podem ser consideradas em conformidade a medida estritamente compensatória de danos referente às perdas da pessoa lesada, a menos que à perda seja dado um significado forçado e artificial. A realidade é que os direitos da pessoa lesada foram invadidos, mas, em termos financeiros, ela não sofreu nenhuma perda (*apud* EDELMAN, 2002, p. 102)²³⁴

Não há como se supor que Blake teria negociado com o Reino Unido, até porque dificilmente este, por qualquer valor que fosse, permitiria a quebra da cláusula contratual, sob risco de incentivar a propagação de informações sigilosas do serviço de inteligência, colocando em risco a segurança nacional.

Os *restitutionary damages*, assim, não necessitam recorrer a situações ficcionais, não possuem caráter compensatório e também se diferenciam, sobremaneira, em razão do substrato causal que o justifica, do enriquecimento sem causa.

Uma terceira razão proposta por Edelman para diferenciar a restituição por ilícitos do enriquecimento sem causa é a aplicabilidade da defesa denominada *change of position*²³⁵.

Segundo Edelman (2002, p. 96) e Birks (2005, p. 98), a defesa de *change of position* não se aplica no caso em que o evento causal base é um ilícito. A *change of position* foi tratada com profundidade no caso *Lipkin Gorman*, já abordado anteriormente. A defesa pressupõe que a posição patrimonial do enriquecido se alterou (ele dispôs ou perdeu parte do patrimônio que havia crescido) de forma que

²³⁴ Tradução nossa. No original: “*these awards cannot be regarded as conforming to the strictly compensatory measure of damage for the injured person’s loss unless loss is given a strained and artificial meaning. The reality is that the injured person’s rights were invaded but, in financial terms, he suffered no loss*”.

²³⁵ Virgo (2015, p. 682) estabelece dois critérios para a aplicação dessa defesa nas causas que se sustentam em enriquecimento sem causa: “*The operation of the defence is founded on two fundamental principles. (1) There must be a causative link between the receipt of the benefit by the defendant and his or her change of position, so that, but for the receipt of the benefit, the defendant’s position would not have changed. (2) The defendant’s position must have changed in circumstances which make it inequitable for him or her to make restitution to the claimant. Specific principles can be identified to assist in the determination of what is equitable for these purposes.*”, em tradução livre, “A aplicação da defesa é fundada em dois princípios fundamentais: (1) Deve haver um nexo causal entre o recebimento do benefício pelo réu e seu ou sua mudança de posição, de forma que, se não fosse pelo recebimento do benefício, a posição do réu não teria se alterado. (2) A posição do réu deve ter sido alterada em circunstâncias que tornam desigual [contrário à equidade] obrigar a ele ou a ela realizar uma restituição em favor do autor. Princípios específicos podem ser identificados para auxiliar na determinação do que é justo [correspondente à equidade] para esses fins”.

seria contrário à regra de equidade que justifica o enriquecimento sem causa obrigá-lo a realizar a restituição, ao menos de forma integral (VIRGO, 2015, p. 679). No caso *Lipkin Gorman*, tal defesa permitiu que fosse descontado do montante que o cassino deveria restituir ao escritório de advocacia o valor que Cass (o advogado administrador que apostou o dinheiro retirado das contas do escritório) apostou e não perdeu. Tal defesa não é aplicável, em razão da violação do princípio da equidade (no caso do enriquecimento sem causa, por exemplo, quando há má-fé por parte do enriquecido) e em razão da ilicitude do ato, independentemente da intenção do agente (VIRGO, 2015, p. 693).

Outro diferenciador interessante, apontado por Edelman, é quando a relação que gera enriquecimento está inserida em um contexto de conflito de ordenamentos jurídicos – Direito Internacional Privado.

Aduz o autor que, quando se trata de um enriquecimento sem causa, o ordenamento aplicável é o do lugar onde se deu o enriquecimento, já quando decorre de um ilícito, é do local onde se deu o ilícito.

No Brasil, tal competência é definido pelo art. 9º do decreto-lei nº 4.657/62 (Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro)²³⁶. Não parece esse um ponto que realmente contribui para a diferenciação das medidas.

A quinta diferença são os prazos prescricionais aplicáveis. Nesse ponto há sensível diferença, principalmente em razão da decisão do Superior Tribunal de Justiça no que tange aos prazos prescricionais aplicáveis em hipótese de responsabilidade civil decorrente de uma relação contratual e de uma relação não contratual (BRASIL, 2019)²³⁷.

Na decisão que assentou serem diferentes os prazos prescricionais aplicáveis a ações decorrentes de um ilícito contratual e de um ilícito extracontratual, o Superior Tribunal de Justiça valeu-se de uma classificação assemelhada à taxonomia baseada em eventos causais de Birks. A posição majoritária da doutrina até então era a de que, independente do substrato do ato ilícito, se um contrato ou a inexistência de um contrato, era irrelevante para a determinação do prazo prescricional aplicável²³⁸.

²³⁶ “Art. 9º Para qualificar e reger as obrigações, aplicar-se-á a lei do país em que se constituírem. §2º A obrigação resultante do contrato reputa-se constituída no lugar em que residir o proponente”.

²³⁷ EREsp 1.281.594. Relator para o Acórdão Ministro Félix Fischer. 15 de maio de 2019.

²³⁸ Nesse sentido, o enunciado nº 419 aprovado na V Jornada de Direito Civil do Conselho Federal de Justiça e do Superior Tribunal de Justiça: “O prazo prescricional de três anos para a pretensão de reparação civil aplica-se tanto à responsabilidade contratual quanto à responsabilidade extracontratual”.

O STJ, contudo, seguindo o voto-vista do ministro Félix Fischer, entendeu que o evento causal define a espécie de ilícito e, portanto, atrai a aplicação de diferentes regimes jurídicos e princípios próprios, partindo de uma interpretação que visa à sistematicidade e coerência lógica do ordenamento:

E tal sistemática não advém do acaso, e sim da majoritária doutrina nacional que, inspirada nos ensinamentos internacionais provenientes desde o direito romano, há tempos reserva o termo "reparação civil" para apontar a responsabilidade por ato ilícito stricto sensu, bipartindo a responsabilidade civil entre extracontratual e contratual (teoria dualista), ante a distinção ontológica, estrutural e funcional entre ambas, o que vedaria inclusive seu tratamento isonômico (BRASIL, 2019, p. 8)

O posicionamento indicava a derrocada de que ambos os fenômenos – responsabilidade contratual e extracontratual – originam-se ontologicamente de um ponto em comum, qual seja, a violação de um dever preexistente, por influência da escola francesa que orienta a uma visão monista da responsabilidade civil, considerando que a responsabilidade civil abarcaria, sem diferenças principiológicas ou de regime jurídico, tanto a responsabilidade contratual quanto a aquiliana (FRITZ, 2019a, p. 1).

Seguindo um raciocínio histórico que demonstra a construção do Direito Civil brasileiro e aponta para a organização sistemática da lei, Karina Nunez Fritz (2019b, p. 10) conclui:

Dessa forma, forçoso é concluir que uma interpretação histórica e sistemática da norma aponta inequivocamente para a conclusão de que a expressão "reparação civil", empregada no art. 206 §3º V do CC2002, refere-se aos casos de indenização por ato ilícito, decorrente da violação do dever geral de não lesar, distintos, portanto, dos casos de violação de deveres obrigacionais, subsumidos na regra geral do art. 205 do CC2002, salvo previsão expressa de prazo diferenciado.

Mesmo no interno da responsabilidade civil a diferença dos eventos causais em que se baseiam as obrigações (de restituir, reparar etc.) justifica a diferenciação dos prazos prescricionais.

Logo, ainda que o prazo prescricional da reparação civil (art. 206, §3º, V do CC/02) seja igualmente trienal como o aplicável às pretensões fundadas em enriquecimento sem causa (art. 206, §3º, IV do CC/02), quando a pretensão deriva de uma infração contratual, isto é, de um ilícito que consiste na violação de uma obrigação consensual, o prazo prescricional será de dez anos (art. 205 do CC/02).

O critério, portanto, aplica-se também no Direito brasileiro.

Por fim, a última característica que diferencia os *restitutionary damages* da *restitution* no enriquecimento sem causa é a concessão de juros sobre o valor restituído. No enriquecimento sem causa, a data limite, a partir da qual os juros são devidos, é quando se deu o enriquecimento, já no ilícito, como a causa é o ilícito, os juros seriam devidos desde essa data e não do enriquecimento, que pode se dar após a prática da violação. No Brasil, o STJ tem entendimento sumulado de que, em caso de responsabilidade extracontratual, os juros fluem a partir do evento danoso (Súmula nº 54), ao passo que, na responsabilidade contratual, estes são aplicáveis desde a citação (art. 405 do CC/02). Por fim, no caso de enriquecimento, o STJ tem entendimento de que estes fluem a partir de quando se verificar o enriquecimento (AgRg no Ag 724728/RJ, Terceira Turma, Rel. Min. Sidnei Benetti, 26 ago. 2008).

Fica claro, portanto, que, em que pese a linha de aparte entre os *restitutionary damages*, a *restitution* por enriquecimento sem causa e os *compensatory damages* seja tênue, é possível demarcar divisas e estabelecer finalidades específicas em cada uma das situações, aplicando-se os remédios restitutórios de acordo com o evento causal que os embasa.

A medida nos *restitutionary damages* é sempre um *give back*, isto é, uma restituição e não uma remoção como no *disgorgement*. Não importa o que o ofensor lucrou, mas o valor razoável que seria pago para licitamente acessar o interesse violado ou a renda que razoavelmente o ofendido teria realizado se o direito não houvesse sido violado.

Um último caso ajuda a compreender essa diferença. Em *British Motor Trade Association v. Gilbert*, ao mesmo tempo em que ofereceu boas condições de compra, a concessionária pactuou com os compradores dos veículos novos por ela vendidos a obrigação de não fazer consistente em não vender o carro a terceiros antes de vencido o prazo de dois anos da compra sem que houvesse o consenso da concessionária. O consenso só seria conferido, nos termos do contrato, caso o carro fosse, primeiro, oferecido para a concessionária revendê-lo pelo preço original acrescido de impostos, menos a depreciação normal do veículo. Ocorre que um dos consumidores, Gilbert, comprou um Jaguar e o vendeu a terceiro, realizando lucro, sem que fosse concedida a preferência à concessionária. A concessionária, então, ajuizou uma demanda contra Gilbert. O provimento final foi manter a validade da venda ao terceiro, mas condenar Gilbert a pagar à concessionária a diferença entre o

valor da compra inicial e o valor de mercado do bem à época da venda irregular (EDELMAN, 2002, p. 174).

A princípio, tal situação aparenta ser de *disgorgement of profits*, já que o lucro obtido pelo réu foi afetado com a condenação. Ocorre que, em momento algum, a condenação investigou o lucro realizado por Gilbert, mas apenas conferiu a restituição à concessionária do valor do seu interesse contratual violado. Note-se que não houve, por parte da concessionária, nenhum dano.

Gilbert havia comprado o carro por £1.263.000,00, sendo que o valor médio de mercado, quando vendido, era de £2.100.000,00, assim, Gilbert foi condenado ao pagamento de uma restituição no valor de £837.000,000 correspondente à diferença entre o valor pago pelo carro junto à concessionária e seu preço de mercado, independentemente do preço pelo qual Gilbert vendera o carro ao terceiro²³⁹. Uma demanda por *disgorgement* teria como objetivo remover o lucro obtido por Gilbert, isto é, a diferença entre o valor pago pelo Jaguar e o valor pelo qual este foi vendido.

Definidas as fronteiras entre os remédios restitutórios que visam a tutelar situações jurídicas em que o evento causal é um ilícito, é necessário definir o papel da culpa e do nexo de causalidade em sua aplicação.

4.3 Parâmetros de operabilidade dos remédios restitutórios: culpa (?), nexo e quantificação

O Código Civil está fundado na eticidade, socialidade e operabilidade. A operabilidade é um dos princípios que orientou o Código Civil de 2002 ao lado da eticidade e da sociabilidade (REALE, 2003, p. 36)²⁴⁰. A operabilidade realiza-se por meio da abertura da lei para interpretação e aplicação do Direito na busca por

²³⁹ Já abordadas as diferenças entre a restituição e os lucros cessantes, não se delongará sobre este tópico no corpo do texto, mas cabe aqui uma observação. O valor que foi deferido à concessionária não pode ser considerado lucros cessantes por duas razões: a) não havia qualquer indício de que a concessionária efetivamente acionaria a cláusula de recompra do carro, sendo que poderia não exercer a preferência e o carro ter sido vendido ao terceiro normalmente, tanto que a venda não foi invalidada; b) não há certeza de que o lucro obtido seria exatamente a diferença entre o valor de mercado e o valor pago por Gilbert pelo Jaguar. Ao contrário, aplicada a cláusula contratual quanto ao valor de recompra, o lucro visado pela concessionária poderia ser, inclusive, maior. O interesse contratual perseguido, portanto, limita-se à restituição.

²⁴⁰ Renan Lotufo acrescenta, ao lado dos três princípios enunciados, o princípio da atividade, que reflete a luta das pessoas pela conquista de seus direitos. Cabe ao cidadão a luta, e, ao jurista, construir instrumentos que possibilitem tal luta. Nesse aspecto, é o íterim desta pesquisa. “A par desses princípios, eticidade, socialidade e operatividade, “data vênica”, diviso outro princípio no novo código, o da atividade. Este é um código que exige autores, não meros espectadores, ou detentores de status, isto é, exige que cada pessoa atue na conquista e na preservação de seu direito, sob pena de vê-lo suprimido, invalidado pela ineficácia decorrente da inércia” (LOTUFO, 2014, p. 404)

soluções normativas (REALE, 2002, p. 42), permitindo que o conteúdo das cláusulas gerais se adapte conforme as necessidades históricas e sociais e pela construção doutrinária e jurisprudencial, isto é, a experiência, realizando o Direito, assim, em sua concretude. Como já aduzido, a perspectiva de um Direito Civil constitucional preza pela sistematicidade e pela unidade, de forma que se deseja analisar a questão a partir do Código Civil, de suas cláusulas gerais, para que não se propicie contrariedade sistêmica, o que não é o buscado e que enfraquece o objetivo de “efetiva tutela dos aspectos fenomênicos que deveriam ser protegidos e (ou) socialmente induzidos enquanto expectativas normativas” (ARONNE; CATALAN, 2018, p. 6). A operabilidade dos remédios será analisada, portanto, a partir do instrumental oferecido pelo Direito posto e pelas construções jurisprudenciais e doutrinárias.

Não será possível, no alcance deste trabalho, trabalhar pormenorizadamente esses dois elementos que fazem parte da construção histórica da responsabilidade civil, cada um deles possibilitaria uma série de pesquisas específicas.

O que se busca, de forma breve, é conferir operabilidade aos remédios restitutórios ao se a) demonstrar que a culpa não é um elemento essencial para a aplicação de remédios restitutórios; b) expor os critérios básicos de causalidade que informam a operabilidade de tais soluções remediais; c) apresentar propostas de quantificação dos *gain-based damages*.

De nada adiantaria a construção de um esquema de remédios restitutórios baseados em ilícitos caso fosse exigido da vítima que comprovasse um estado de espírito do ofensor, um estado de voluntariedade fundado na noção clássica de culpa que ressuscitasse o instrumento típico do individualismo em uma proposta contemporânea. A culpabilidade, enquanto fator de imputação, atrairia a necessidade de que a vítima arcasse com um pesado ônus probatório voltado a investigar o estado psicológico do ofensor:

A culpabilidade, por sua vez, visa a caracterizar uma conduta em termos de 'censura por sua atitude inteligente e valorativa' do ordenamento jurídico, uma vez que tanto na culpa quanto no dolo há um elemento comum: o desprezo por essa ordem legal, e se distingue segundo (o dolo) quando esse desprezo assume uma maior intensidade nas 'consequências' dos atos.²⁴¹ (GHERSI, 1992, p. 168-169)

²⁴¹ Tradução nossa. No original: “*La culpabilidad, por su parte, apunta a calificar una conducta en términos de 'reproche por su actitud inteligente y valorativa' del ordenamiento jurídico, ya que tanto*”

As dificuldades que seriam enfrentadas ao se exigir a caracterização de um estado culposo por parte do agente para ativação dos remédios restitutórios representariam um retrocesso, já que, como caráter de imputabilidade, na maioria dos casos, a culpa é indesejável.

Os *gain-based damages* voltam à restituição, não se preocupam em compensar ou em punir, suas diferenças frente aos *punitive damages* são estruturais e funcionais:

Vale dizer, os *gain-based damages* transcendem a compensação de prejuízos e a contenção de condutas ultrajantes, consistindo em remédios pontualmente voltados à repressão de ilícitos lucrativos, geradores de ganhos ou economia, pela via do resgate de vantagens e restituição de benefícios indevidamente obtidos pelo demandado, independentemente ou complementarmente à aferição do eventual prejuízo ao demandante ou da reprovabilidade subjetiva de sua conduta, sendo suficiente o resultado lucrativo para o seu autor. (ROSENVALD, 2019b, p. 239)

A medida dos remédios restitutórios, portanto, será, no máximo, o que o autor ganhou com o ilícito²⁴². Como no caso envolvendo a venda do Jaguar, a pior hipótese para o réu era a de abrir mão (*give up*) de todos os ganhos que realizara com a venda do veículo, que seriam superiores à restituição provida pelo interesse contratual violado. Nesse aspecto, é também a opinião de Kfoury Neto e Nogarolli (2019, p. 571):

[...] a restituição dos lucros ilícitos é compreendida como um instrumento possível no sistema de responsabilidade civil e com função preventiva, distinta da atribuição punitiva. Seu objetivo primordial é desestimular algumas condutas ilícitas, através da restituição tão somente dos exatos lucros aferidos com elas.

Apesar de se compreender que, em que pese a função restitutória da responsabilidade civil ter como efeito secundário a dissuasão, como também se dá na aplicação da função compensatória ou da função punitiva, sua função principal é a restituição e ou remoção de lucros, assim, a função preventiva, enunciada pelos autores no excerto acima, está mais relacionada ao princípio geral de prevenção que permeia todas as funções da responsabilidade civil contemporânea que aos remédios

en la culpa como en el dolo hay un elemento común: el desprecio por dicho orden jurídico, y se distingue el segundo (el dolo) cuando ese desprecio asume una mayor intensidad en las 'consecuencias' de los actos".

²⁴² Neste sentido Francesco Giglio (2007, p. 221) aponta as diferenças nos efeitos dos remédios restitutórios e punitivos: "*Restitution, like compensation, neutralises some aspects of the wrong: placed in front of a choice between the situation in which the agent was before the wrong was perpetrated and after restitution has been performed, the agent should be indifferent. This position of neutrality distinguishes restitution from punishment, which aims to place the agent in a worse status than the pre-wrong position*", isto é, em tradução livre: "

preventivos específicos ligados à prevenção em sentido estrito e à precaução. O princípio geral de prevenção é concretizado por meio de instrumentos específicos que visam evitar ou diminuir os danos que, por quaisquer riscos, afetam as pessoas (MADERO, 2002, p. 721).

Ainda, ao se tratar desse efeito dissuasório, deve ser afastado qualquer resquício de que o elemento volitivo – culpa *lato sensu* – é necessário.

A dissuasão específica é exercida pela função punitiva, que se realiza, por exemplo, pela pena civil. Utilizando como referencial os *punitive damages* ou *exemplary damages*, os aspectos estruturais que permeiam ambos remédios são diferentes.

Os *punitive damages* são conferidos em um aspecto *quasi criminal*, isto é, em uma zona cinzenta onde elementos do Direito Civil e do Direito Penal se encontram (OWEN, 1994, p. 365), a sua aplicabilidade no Brasil é controvertida, e a sua estruturação deveria se dar na forma de pena civil, como sugere Rosenvald (2017, p. 80).

Nos *punitive damages*, o critério buscado é a intenção do ofensor na prática de um ato e a base filosófica mais fundamental da sua concessão é a retribuição da pena (OWEN, 1994, p. 375), baseada nos pensamentos de fundo liberal que a veem como a retribuição do mal com o mal nos limites da justiça distributiva (ZAFFARONI, 1996, p. 175). Tal visão é longe dos conceitos contemporâneos tanto do Direito Penal, quanto do Direito Civil.

Os remédios restitutórios não guardam nem de perto tais características, e as noções de vingança, retribuição e punição passam longe da função restitutória da responsabilidade civil.

A única semelhança é o efeito dissuasório, que acompanha qualquer das funções de responsabilidade civil até porque faz parte. O referido efeito realiza bem um sentido das incursões da moralidade no Direito. Miguel Reale (1992, p. 268-273) explica como a moralidade atua como aglutinadora das relações intersubjetivas formando esse enlace denominado bilateralidade-atributiva, sendo que, entre os corolários de referido enlace, encontra-se a coercibilidade. Coercitividade é atributo próprio do Direito, o elemento pelo qual este é, na concepção de Reale, “ordenação coercível da conduta humana” (REALE, 2004, p. 48). Se a norma não produz qualquer efeito de coação, o Direito dependerá apenas de aspectos morais para ordenar as condutas humanas, o que justamente é complexo visto existirem diferentes conceitos

de moral, de forma que, ainda que a imoralidade leve a obrigação jurídica a perder sentido, não a torna inválida, logo, não afasta a sua coercibilidade (FERRAZ JR., 2011, p. 333).

Ainda que o caráter de coercibilidade esteja no coração do sistema jurídico e em cada uma de suas normas (vistas de forma geral, sem aqui se empreender uma discussão sobre as teorias sobre espécies de normas), a retribuição da pena é um caráter estranho ao Direito Civil em geral, salvo raras exceções previstas no ordenamento em que a pena civil tem regulamento, estrutura e funções próprias.

Estrutural e epistemologicamente se diferencia a pena civil dos remédios restitutórios.

Quanto aos efeitos de sua aplicação, também existem diferenças. A pena civil, no caso os *punitive* ou *exemplary damages*, tem alcance maior no patrimônio do ofensor que os outros remédios, em especial os restitutórios. Enquanto nos remédios restitutórios a medida máxima será o que o ofensor lucrou com o ilícito, recolocando seu patrimônio no mesmo estado em que estava antes da violação, os *punitive damages* colocarão o ofensor em uma situação pior, acarretando uma perda patrimonial efetiva. Pode-se, assim, concluir que “na transferência das vantagens pecuniárias da esfera do lesante para o patrimônio do lesado está, em regra, excluída qualquer punição do agente” (ANTUNES, 2018, p. 175).

Assim, os remédios restitutórios não estão próximos do Direito Penal, não representam uma punição, tampouco uma retribuição, são apenas remédios que visam despir o ofensor dos lucros que obteve com o ilícito ou determinar que ele restitua à vítima aquilo que enriqueceu em razão da falta de contratação lícita para usufruir de um direito daquela. A determinação da aplicação de um remédio restitutivo demanda, tão somente a existência de um ilícito, de um lucro obtido pelo ofensor e de uma relação entre lucro e ilícito, de que se ocupará a seguir.

Não se demanda, portanto, “referência à intenção do agente” (ROSENVALD, 2019b, p. 247). Tampouco se demanda a presença da culpa normativa ²⁴³.

A restituição, como a compensação, neutraliza alguns aspectos do ilícito: colocada diante de uma escolha entre a situação em que o agente estava antes de o ilícito ser perpetrado e após a restituição ter sido realizada, o agente deve ser indiferente. Essa posição de neutralidade distingue a restituição da punição, que visa colocar o agente em um status pior do que a posição pré-ilícito.

²⁴³ Marcos Jorge Catalan (2013, p. 191) aponta que a concepção normativa de culpa, aferida como violação do dever jurídico ou inobservância de um dever de conduta, acaba por representar uma confusão com o conceito de antijuridicidade, levando ao seu declínio. Sobre a ascensão e declínio da culpa na responsabilidade civil, as suas diferentes configurações e os caracteres de cada tempo cf. CATALAN, 2013, p. 170-237.

Quanto à culpa na seara da violação dos contratos, em que pese existirem posições pela sua presença (MENIN; NALIN, 2019; BIANCA, 1997, p. 138-142), é possível verificar que a doutrina majoritária entende desnecessário o elemento subjetivo para caracterizar o inadimplemento. Coloca-se que a violação é um rompimento do vínculo de confiança, ancorado em nível social ou sistêmico, isto é, apreendido objetivamente, estando permeada pelo risco (de contratar) que, na verdade ocorre em toda a sociedade (CATALAN, 2013, p. 265-267). Assim, a violação da confiança contratual assume o papel de fator de imputação (CATALAN, 2013, p. 271). Esse é um entre outros posicionamentos doutrinários (EHRHARDT JÚNIOR, 2011) que afastam a necessidade de aferição da culpa na responsabilidade civil. Tal fator é uma tendência em geral, tanto no âmbito de obrigações decorrentes de contratos ou de ilícitos civis (NETTO, 2019, p. 155).

No âmbito dos ilícitos civis não contratuais, a culpa, se entendida como estado anímico, importará regresso ao Direito pré-moderno, se compreendida em seu aspecto objetivo – de violação de *standards* de conduta –, não será culpa, resta objetivizada, e se confunde com a antijuridicidade, conceito que, à culpa, não é idêntico (MORAES, 2006, p. 15).

Na verdade, a caracterização do ilícito, como explorado ao final do primeiro capítulo, repousará no conceito de antijuridicidade compreendido da seguinte forma: “à antijuridicidade – como ilicitude objetiva, não interessa a voluntariedade ou culpa do autor do fato danoso – consiste em um atuar (omissão ou comissão) contrário ao direito” (MADERO, 2002, p. 176)²⁴⁴, contudo, como também já assentado, o dano não é elemento intrínseco da antijuridicidade:

Isso não significa que a antijuridicidade dependa ou seja classificada por causa dos danos causados. Ou, em outras palavras, que o juízo de antijuridicidade é baseado apenas no resultado (o dano). Antijuridicidade é um pressuposto de responsabilidade, concomitante, mas diferente de danos. (ZANNONI, 1982, p. 2-3)²⁴⁵

Basta, portanto, que o enriquecimento tenha sido obtido em violação de *standards* gerais, isso é, a partir de um agir antijurídico. Nesse sentido, alinha-se a

²⁴⁴ Tradução nossa. No original: “*la antijuridicidad - como ilicitud objetiva, en tanto no interesa la voluntariedad o culpa del autor del hecho dañoso – consiste en un actuar (omisión o comisión) contrario a derecho*”.

²⁴⁵ Tradução nossa. No original: “*Ello no significa que la antijuridicidad dependa o se califique en razón del daño producido. O, en otras palabras, que el juicio de antijuridicidad se base exclusivamente en el resultado (el daño). La antijuridicidad es un presupuesto de la responsabilidad, concurrente pero distinto al daño*”

proposta teórica com os institutos restitutórios da *Common Law* em que “prescindem de dolo ou culpa negligente, bastante apenas que seja comprovada a prática do ato ilícito acoplada ao princípio ‘*tort must not pay*’” (ROSENVALD, 2019b, p. 67). Nesse aspecto, adotando a teoria birkiniana, o fundamento da restituição ora tratada é um *wrong*²⁴⁶, ou seja, um ilícito, isto é, a violação de um dever (ROSENVALD, 2019b, p. 72). Nesse sentido, “a intromissão de quem se enriquece com o uso, desfrute ou disposição ilegítimos de um bem alheio pratica ato ilícito, a despeito da verificação da culpabilidade *in concreto*” (ROSENVALD, 2019b, p. 412).

Resolvida a primeira parte do que se propôs neste item, cabe a análise da vinculação causal entre o ilícito e o lucro que justifica que o ganho seja removido ou restituído a alguém.

Assume-se aqui que, a priori, “o nexa causal é pressuposto fundamental de qualquer espécie de responsabilidade civil” (MORSELLO, 2007, p. 211), admitindo-se, na contemporaneidade, a sua flexibilização e, inclusive, a presunção de causalidade (MULHOLLAND, 2010). Há na verdade uma gama de teorias, sendo que a teoria clássica que recebe maior adesão da doutrina é a teoria da causalidade adequada (CAVALIERI FILHO, 2007, p. 48):

A base da referida teoria escuda-se no entendimento de que considerar-se-ão, entre as causas adequadas à produção do resultado, o fato que ocorreu por último no tempo e que, por si só, pode ser suficiente para a produção da totalidade do dano (MORSELLO, 2007, p. 212)

De outro lado, parte da doutrina identificou no art. 403 do Código Civil outra teoria, do dano direto e imediato, tendo em vista que a redação da regra assim prescreve: “[...] as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato [...]”. A redação do referido dispositivo é motivo de críticas (NETTO, 2019, p. 284-285). A distância entre a causa e o resultado não é o motivo determinante para a caracterização de responsabilidade, é, na verdade, a característica de ser um fato em abstrato adequado a produzir o resultado

²⁴⁶ Diz Birks (2005, p. 20, tradução livre): “*Todo ilícito é uma violação de um dever. Em nosso sistema legal, porém, a categoria baseada em eventos dos ilícitos pouco foi tratada em sua completude, porque foi tradicionalmente dividida em subcategorias de acordo com um critério diferente, qual seja, a fonte do direito que reconhece o dever violado pelo ofensor. Ao invés de uma categoria, temos então quatro, e estas quatro não viveram próximas umas das outras. As quatro são torts, equitable wrongs, breaches of statutory duty not amounting to a tort, and breaches of contract. Torts são violações de deveres diretamente impostos pela common law. Em outros casos o dever primário é imposto pela equity (assim entendido o direito originário da Corte do Chanceler), por lei escrita, ou pelas próprias partes em um contrato*”.

que se deseja relacionar à conduta (VARELA, 2000, p. 251-252). A noção de dano direto e imediato, prevista no art. 403 do CC/02, na verdade é a de que as consequências, em regra, devem advir direta e imediatamente do dano, de forma que “rompe-se o nexo causal não só quando o credor ou terceiro é autor da causa próxima do novo dano mas, ainda, quando a causa próxima é fato natural” (CAVALIERI FILHO, 2007, p. 51).

Já na visão de Anderson Schreiber (2019, p. 662-663), a previsão da teoria da causalidade direta e imediata resta acolhida como teoria geral de caracterização do nexo de causalidade na responsabilidade civil (seja contratual, seja aquiliana) justamente pela sua positivação no Código Civil, limitando as consequências do ilícito somente às suas consequências diretas e imediatas. Aponta Schreiber (2019, p. 663) que “a teoria da causa direta e imediata fornece um critério inegavelmente seguro para evitar uma responsabilidade civil *ad infinitum*”. Nas linhas seguintes, entretanto, reconhece a insuficiência de se adotar uma única teoria como definidora do nexo de causalidade e justificadora da imputabilidade em todos os casos possíveis:

Também é certo, todavia, que, em alguns casos, a aplicação da teoria da causa direta e imediata pode se revelar injusta. Isso ocorre sempre que se está diante de danos que, embora não sejam diretamente resultantes da conduta culposa do agente, derivam necessariamente do seu resultado imediato, sem a intervenção de qualquer outra causa. (SCHREIBER, 2019, p. 663).

O critério então, para se solucionar tais casos, estaria na necessidade. O dano, ainda que remoto, deve conter um liame de necessidade com o ato ilícito (SCHREIBER, 2019, p. 663).

Na contemporaneidade, o nexo de causalidade não recebe mais tratamento como vínculo naturalístico, mas como vínculo imputacional, isto é, de imputação jurídica (NETTO, 2019, p. 286), sendo que “a causalidade jurídica se encontra, [...], nas escolhas legislativas sobre os critérios que serão usados para se definir as causas para a delimitação da responsabilidade do lesante” (FROTA, 2013, p. 100).

Para Adalberto Pasqualotto (2019, p. 199), entretanto, não se confundem nexo causal e nexo de imputação, ambos são pressupostos da responsabilidade civil, mas distintos. O primeiro é “o vínculo etiológico que explica que um determinado fato ou ato humano provocou dano a alguém” (PASQUALOTTO, 2019, p. 199), já o segundo “é a razão jurídica que indicará o responsável pela obrigação de reparar o dano”. Para Adalberto Pasqualotto (2019, p. 202), o conceito de imputação está em consonância com as demandas da contemporaneidade complexa frente ao Direito

Civil, ele tanto indica o autor imediato da ação na responsabilidade subjetiva quanto é capaz de alcançar um sujeito remotamente colocado no contexto fático verificado. A partir dessas premissas “o nexos de imputação responde à pergunta: quem deve indenizar e por quê?” (PASQUALOTTO, 2019, p. 203).

A complexidade das relações fez surgir novas abordagens como a causalidade alternativa (SCHREIBER, 2019, p. 664) e o nexos flexível pautado na potencialidade de que determinada pessoa seja causadora de um dano no âmbito da responsabilidade civil ambiental – teoria do dano anônimo (CATALAN, 2016, p. 200-201).

O que se verifica na contemporaneidade é que, “conquanto prepondera na realidade diuturna, para fins de apreciação do nexos causal, a denominada teoria da causalidade adequada, afigura-se inviável a adoção de solução unitária e simples” (MORSELLO, 2007, p. 215). Haverá situações em que o nexos de causalidade será flexibilizado, outras em que será presumido, enfim, o grande papel da relação causal é definir o elo jurídico que vincula a vítima àquele que será responsabilizado pela lesão, imputando, a este último, um dever jurídico. Para tanto, admite-se a possibilidade de concorrência entre as teorias disponíveis, inclusive uma análise fática mais detida voltada a facilitar a resposta à vítima, inclusive notícia de que os princípios de solidariedade e equidade são utilizados como fatores de imputação:

[...] os Tribunais do Quebec denotam nítida tendência a inserir o problema da causalidade como questão de fato, preponderando, sempre, tendência à adoção, no caso in concreto, da teoria mais favorável aos direitos da vítima, prevendo, inclusive, a adoção dos princípios da equidade e solidariedade, com o que concordamos integralmente. Por derradeiro, nota-se, ademais, que a natureza e grau da culpa exercem influência inequívoca nos Tribunais do Quebec. (MORSELLO, 2007, p. 215).

Seguindo a tendência identificada nos Tribunais de Quebec, Morsello (2007, p. 216) admite a possibilidade de temperamento entre as teorias do nexos causal – mais especificamente a teoria da equivalência das condições e a teoria da causalidade adequada –, sem a pretensão de unificação, entretanto, de forma a atender aos reclamos da sociedade contemporânea complexa pautada no paradigma da pós-modernidade, como a causalidade múltipla, de forma que a análise de cada caso concreto “máxime quando, sob o preceito da razoabilidade, deixem as vítimas irressarcidas”.

Da mesma forma é a tese de Pablo Malheiros da Cunha Frota (2013, p. 257-260) que propõe a priorização das vítimas por meio de uma construção pautada no Direito Civil-Constitucional em uma visão crítico-prospectiva, tendo “a alteridade como pressuposto ético e a justiça social como fim a ser atingido em cada caso concreto”.

Verifica-se, dessa forma, a tendência contemporânea à flexibilização do nexo de causalidade em vistas a maximizar a efetividade do remédio compensatório.

O vínculo de causalidade é essencial para a aplicação de remédios restitutórios, e por meio dele se demonstra a relação entre o ganho e o ilícito, justificando-se que o Direito permita a aplicação da sanção restitutória determinando a remoção ou restituição do lucro e sua entrega à vítima, assim identificada pela relação de causalidade: “Independentemente da natureza do remédio restitutivo que é perseguido após a prática de um ilícito, o requerente deverá demonstrar que o recebimento de um benefício pelo ré foi causado pelo ato ilícito praticado” (VIRGO, 2015, p. 434)²⁴⁷.

Na doutrina britânica, Peter Cane (1997, p. 167-168) indica que a teoria predominante é a do nexo de causalidade imediato e direto, tal qual previsto no art. 403 do Código Civil, permeada pela subteoria da *necessariedade*. Edelman (2002, p. 103), por sua vez, alerta que, dado a novidade da teoria do *disgorgement*, os problemas causais ainda eram, na época de sua pesquisa, um problema que carecia de mais atenção das Cortes.

Virgo (2015, p. 434) aponta que “*Traditionally, the test of causation which has been used in respect of restitutionary claims founded on wrongdoing is the ‘but for test’*”, ou seja, em tradução livre, “tradicionalmente, o teste de causalidade que tem sido usado quanto às pretensões restitutórias fundadas em um ilícito é o teste ‘but-for’”. O “but-for test” presta a verificar se a pretensa causa, em abstrato, apresenta uma relação de *necessariedade* para com o resultado do ilícito, e pergunta-se: “*would the consequence have happened if D had acted non-tortiously rather than tortiously?*”, isto é, “a consequência teria acontecido caso D houvesse agido de forma lícita ao invés de ilícita?” (CANE, 1997, p. 168). O critério de *necessariedade*, tal qual na teoria do dano direto e imediato, é o adotado (MULLIS; OLIPHANT, 1993, p. 79). Dessa forma, “o réu somente será responsabilizado e obrigado a restituir onde o requerente

²⁴⁷ Tradução nossa. No original: “*Regardless of the nature of the gain-based remedy which is sought following the commission of a wrong, the claimant must show that the receipt of a benefit by the defendant was caused by the commission of the wrong*”.

puder demonstrar que o réu não teria obtido o benefício em particular se não fosse pelo ilícito praticado” (VIRGO, 2015, p. 434)²⁴⁸.

Há casos, porém, em que o vínculo de causalidade será analisado de forma mais flexível, como nas pretensões restitutórias fundadas em lícitos caracterizados pela quebra de um dever fiduciário. Nesses casos – por exemplo, na relação entre o *trustee* e o *trustee* quanto a um *trust*, ou, no caso do Direito brasileiro, na disciplina dos fundos de investimento (art. 1.368-C do Código Civil e seguintes) – a causalidade decorrerá da simples violação do dever, sendo que o *but for test* não necessariamente condiciona a restituição, podendo, conforme o caso, ser determinada a restituição ainda que o ganho fosse obtido independentemente do ilícito (VIRGO, 2015, p. 434-435).

Em geral, contudo, é a teoria da causalidade direta e imediata, permeada pela necessidade, que orienta o nexos causal no *Common Law*.

Assim, aparentemente, a solução causal é a mesma que o Direito brasileiro adota. No caso dos *restitutionary damages*, o teste “but-for” e, seja a teoria da causalidade direta e imediata, seja a teoria da causalidade adequada, responde satisfatoriamente à grande maioria dos casos. Por exemplo, no *leading case* do Superior Tribunal de Justiça (REsp nº 1698701/RJ, Terceira Turma, Relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, 08 out. 2018) a situação pode ser observada. No caso, a atriz Giovana Antonelli ajuizou uma demanda em face de uma farmácia de manipulação em virtude do uso não autorizado de seu nome e da sua imagem em campanha publicitária veiculada pela referida empresa.

O pedido continha três pretensões: a) indenização por danos morais; b) danos materiais – na modalidade de lucros cessantes – pelo não pagamento do cachê referente à vinculação da atriz à marca; c) restituição de todos os benefícios econômicos que a ré obteve na venda dos produtos atrelados ao nome e à imagem da autora, a serem apurados em liquidação de sentença.

Em primeiro grau foi determinada a retratação pública e determinado o pagamento de 30 mil reais a título de danos morais. Em segundo grau, o TJRJ determinou que fosse restituído à atriz o montante de 5% do faturamento bruto decorrente das vendas do produto. O Superior Tribunal de Justiça, por fim, acabou

²⁴⁸ Tradução nossa. No original: “*the defendant will only be liable to make restitution where the claimant can show that the defendant would not have obtained the particular benefit but for the commission of the wrong*”.

por determinar a restituição dos ganhos obtidos pela farmácia com a exploração indevida do direito de imagem e do direito ao nome da atriz – direitos da personalidade.

Quanto à quantificação, ocupar-se-á em breve.

Quanto aonexo causal, no caso, é de simples resolução a questão se se estiver tratando de *restitutionary damages* (seja na modalidade *licence fee damages* seja na modalidade de *reasonable fee damages*). Pergunta-se: teriam os direitos de Giovana sido lesados caso a farmácia houvesse se utilizado de sua imagem e nome mediante autorização (conduta lícita)? A resposta é não, sequer se sabe se a atriz aceitaria se vincular à referida marca. Dessa forma, somente por meio da conduta ilícita da farmácia é que se pôde utilizar da imagem e do nome de Giovana Antonelli para se promover o fármaco. Onexo de causalidade está, portanto, estabelecido.

Há, no caso, uma transferência de valor. Por óbvio que a associação de uma atriz global a uma marca é de alta relevância em termos de *marketing*. Qualquer pessoa tem igual direito à imagem e ao nome, mas pessoas públicas podem fazer desses direitos meios de realização de lucros ao permitirem a sua exploração econômica por terceiros mediante o pagamento de uma licença ou de *royalties*. Ao se utilizar da imagem e do nome de Giovana indevidamente, a farmácia transferiu para si não o direito à imagem ou ao nome – que são inalienáveis – mas a concessão de exploração destes²⁴⁹.

A quantificação aqui poderia corresponder: a) àquilo que razoavelmente seria cobrado pela cessão do direito de imagem e do direito ao nome dentro de um *valuation* de mercado em situações análogas (pessoa pública, atriz, de projeção nacional etc.); b) àquilo que Giovana efetivamente pediria para ceder a exploração de sua imagem e nome à farmácia.

Concordamos com Rosenvald (2019b, p. 522) quando adota a primeira solução. A segunda solução remonta à problemática do *loss of opportunity to bargain*,

²⁴⁹ Segundo Bittar (2015, p. 153), o direito à imagem, classificado entre os direitos físicos da personalidade, consiste "no direito que a pessoa tem sobre a sua forma plástica e respectivos componentes distintos [...] que a individualizam no seio da coletividade". Destaca-se, entre os direitos da personalidade por sua disponibilidade, não quanto à renúncia ao direito à imagem, mas quanto à possibilidade de cessão do seu uso ou da não oposição de tutelas inibitórias, inclusive a cunho oneroso. Os contratos de cessão envolvendo direitos de imagem serão interpretados restritivamente. Relaciona-se de forma conexa a outros direitos da personalidade, como o direito do autor no caso de caricatura humorística ou criação de personagens. Há relativizações do direito à imagem, como quando no uso para fins jornalísticos ou na captação ambiental para fins jornalísticos sem destaque individualizado. O uso indevido poderá ser impedido pelo titular do direito, pedindo providências administrativas e cíveis, sem prejuízo da indenização correspondente.

de forma que o que a restituição garante é uma expectativa razoável e não o recurso a figuras ficcionais. Não se pode supor que Giovana, após ciente da violação, apontaria o mesmo valor que antes, demandaria, para a correta aplicação desse critério, uma análise da boa ou má-fé da própria vítima, o que se mostra não só inadequado, como a construção de um obstáculo à sua tutela. O critério a ser aplicado em casos de *restitutionary damages* deve ser, portanto, a aplicação do valor médio de mercado do interesse transferido. No caso, abrem-se, ainda, duas hipóteses de quantificação: valor da cessão como um todo (*licence fee*) ou *royalties* decorrentes das vendas dos produtos. Qualquer uma das soluções é adequada, cabendo ao autor a eleição do remédio (EDELMAN, 2002, p. 245).

A dificuldade maior é no caso da aplicação do *disgorgement of profits*.

Quando se trata de remover os ganhos e não apenas restituir um interesse indevidamente transferido, a tarefa de se definir o vínculo de causalidade entre a conduta e as consequências é árdua.

O desafio é que a remoção de ganhos não invada o terreno da função punitiva, não há, quanto à restituição, pretensão punitiva (ANTUNES, 2019, p.131). No *Common Law* o princípio que exerce essa função limitadora é o *remoteness*. Para justificar, seja uma compensação, seja uma restituição, a vítima deve demonstrar que o resultado lesivo é uma consequência possível frente ao ilícito perpetrado (MULLIS; OLIPHANT, 1993, p. 89). A regra, nascida para controlar a valor das indenizações compensatórias, é igualmente aplicável às pretensões restitutórias:

Da mesma forma que os remédios que buscam compensar o requerente pela perda sofrida estão sujeitos ao princípio do *remoteness* da perda, a concessão de remédios baseados em ganhos é limitada por um princípio do *remoteness* do ganho. Sem esse princípio limitante, todos os ganhos que se acumulam ao réu como resultado da irregularidade seriam passíveis de serem transferidos ao requerente. Isso poderia constituir superproteção do requerente frente aos efeitos do ato ilícito do réu, enfatizando o princípio de que nenhum ofensor deve ganhar com a prática de um ilícito, sem considerar suficiente se o valor de todo o ganho deveria ser transferido adequadamente para o requerente. É por essa razão que é necessário um princípio de *remoteness* do ganho, cujo efeito é que o réu só será responsável e obrigado a abrir mão de benefícios em favor do requerente se eles forem obtidos em circunstâncias que não eram muito distantes da prática do ilícito. (VIRGO, 2015, p. 435)²⁵⁰

²⁵⁰ Tradução nossa. No original: "In the same way that remedies which seek to compensate the claimant for loss suffered are subject to a principle of remoteness of loss, the award of gain-based remedies are limited by a principle of remoteness of gain. Without such a limiting principle, all gains which accrue to the defendant as a result of the wrongdoing would be liable to be transferred to the

Nota-se, assim, que o princípio do *remoteness* é, na verdade, o princípio que regula a “distância causal” entre o ato ilícito e as consequências, de forma que, caso a consequência do ato ilícito seja um resultado possível, haverá a vinculação que justifique a restituição. Agora, quando não, o *remoteness* se aplica para limitar o alcance da tutela remedial.

No caso Giovana Antoneli, por exemplo, a imagem da atriz foi vinculada a um emagrecedor apenas. O alcance da restituição se limita a esse fato. Uma condenação em *royalties* não alcançaria, portanto, a venda de outros produtos comercializados pela farmácia.

Na aplicação quanto ao *disgorgement* também a relação de proximidade entre o lucro e o ilícito está presente, de forma que a limitação levará em consideração fatores que não derivam exatamente dos interesses lesados. Há casos em que os ganhos obtidos tanto apresentam uma parcela de causalidade com a esfera da vítima quanto estão relacionados ao próprio investimento, expertise ou esforço do ofensor. “Nesses casos em que os benefícios obtidos pelo réu resultam tanto da prática do ilícito quanto da contribuição do réu, esta contribuição deve refletir no remédio que será concedido ao requerente” (VIRGO, 2015, p. 435)²⁵¹. A orientação de Rosenvald (2019b, p. 521-522) é no mesmo sentido:

A nossa posição é no sentido de restringir a remoção dos lucros com base na receita líquida de determinado período, desde que evidenciado o nexos causal entre estes ganhos e o fato ilícito da intromissão em uma situação jurídica de outrem. Assume-se a relevância do nexos causal para aferir a proporção do ganho que resultou do ilícito e aquilo que o réu teria lucrado de qualquer forma. Essa menção à relação de causalidade entre a investida lucrativa sobre o alheio e os rendimentos daí decorrentes impacta na constatação de que um comportamento parasitário não exclui a possibilidade de dedução dos ganhos que decorreram basicamente do dispêndio de iniciativa, energia e *expertise* do demandado, que não se vinculem adequadamente ao lucro ilícito. Desta feita, em uma comparação com o provável resultado final que seria alcançado pela exploração econômica do direito a cargo de seu próprio titular – que por vezes sequer se aventuraria a realizar a atividade ou, mesmo que o fizesse, não teria suporte financeiro ou técnico para ir adiante –,

claimant. This could constitute over-protection of the claimant from the effects of the defendant's wrongdoing by emphasizing the principle that no wrongdoer should gain from the commission of the wrong, without sufficient consideration of whether the value of all of this gain should properly be transferred to the claimant. It is for this reason that a principle of remoteness of gain is needed, the effect of which is that the defendant will only be liable to give up benefits to the claimant if they were obtained in circumstances which were not too remote from the commission of the wrong”.

²⁵¹ Tradução nossa. No original: “*In those cases where the benefits obtained by the defendant resulted from both the commission of the wrong and the defendant's own contribution, that contribution should be reflected in the remedy which the claimant is awarded*”

caberá ao magistrado decotar estes fatores quando do cálculo dos proveitos alcançados pelo ofensor se este bem se desincumbir deste ônus probatório.

Aqui ficam estabelecidos dois critérios: a) é possível a dedução da contribuição lícita do ofensor para se alcançar o resultado obtido com o ilícito; b) o ônus da prova quanto à referida contribuição cabe ao ofensor, por tratar-se de fato que restringe o direito do autor – art. 373, II, do Código de Processo Civil.

Suponha-se que João, um cantor em início de carreira, recebeu de Pedro uma nova composição (letra da música) para que criasse a melodia. João cria a melodia, mas, de forma ilícita, registra a música na Biblioteca Nacional somente em seu nome e a vende para um terceiro de boa-fé, um produtor, por R\$ 500.000,00.

Neste caso, há manifestações de direitos da personalidade – direitos do autor – de ambas as partes. Não há que se falar em lucros cessantes por dois motivos: a) João não tinha nenhuma expectativa de lucro em vista; b) é impossível supor quanto João teria lucrado se permanecesse com a composição, qualquer solução seria meramente hipotética, pode ser que a música acabasse engavetada, pode ser que se tornasse um grande sucesso, rendendo milhões de reais.

A pretensão restitutória limita-se ao interesse de João transferido ilegalmente a Pedro, isto é, seu direito de autor sobre a letra da canção. Suponha-se que a contribuição de cada um represente metade do valor de venda, de forma que o interesse de João corresponda a R\$ 250.000,00.

Diga-se, ainda, que Pedro investiu os R\$ 500.000,00 em uma agência de investimentos e lucrou em um ano 11% do valor investido.

Segundo Edelman (2002, p. 107), neste caso, o valor final do interesse a ser restituído a João não estaria limitado ao valor bruto obtido com a venda dos direitos da música, mas abarcaria também os rendimentos do dinheiro, isto é, 11% de R\$ 250.000,00, por dois motivos: a) os ganhos obtidos a partir do interesse alheio não estão em uma condição tão remota frente ao ilícito, há um liame de proximidade suficiente entre eles; b) aplicar o dinheiro obtido por meio de um ilícito é outro ilícito independente, e, portanto, também seu resultado poderia ser objeto de restituição.

Agora, se a música foi repassada pelo produtor para ser gravada por uma dupla consagrada, como Chitãozinho e Xororó, é óbvio que são inúmeros fatores lícitos da própria dupla que proporcionam chances de sucesso infinitamente maiores que se a música fosse gravada por João. Assim, condenar a dupla a se despir da

totalidade dos lucros auferidos com a música seria uma medida punitiva e não restitutória, a restituição no caso acabaria por seguir o regime de *royalties* caso a pretensão fosse contra eles dirigida.

Quanto à aplicação do dinheiro obtido com a cessão dos direitos por Pedro, o caso comporta, ainda, a aplicação sistemática de legislação vigente, que reflete a acessoriedade dos frutos da coisa, vinculando-os a esta e, por consequência, fazendo com que sejam destinados ao proprietário. É o que prevê o art. 1.232 do Código Civil, por exemplo: “Os frutos e mais produtos da coisa pertencem, ainda quando separados, ao seu proprietário, salvo se, por preceito jurídico especial, couberem a outrem”.

Sendo o dinheiro obtido com a venda ilícita dos direitos do autor produto da exploração indevida de um direito da personalidade de João, os R\$ 250.000,00 são propriedade de João, somente estão, de forma ilícita, atrelados ao patrimônio de Pedro, motivo pelo qual a pretensão é de restituição, recolocar o que pertence a João em seu patrimônio e extirpar o valor do patrimônio de Pedro.

Assim, considerado o dinheiro como coisa móvel e fungível, os produtos a partir dele obtidos obedecem ao princípio da acessoriedade ou da gravitação jurídica “segundo o qual todos os frutos, rendimentos civis, produtos e benfeitorias realizados em uma coisa, pertencem ao seu proprietário” (MELO, 2019, p. 866).

Lembrando que a metodologia do Direito Civil constitucional propõe uma interpretação sistemática²⁵² em vias a garantir a sua unidade e operabilidade, a solução para a limitação nestes casos em que há efetivamente uma coisa envolvida é o princípio da gravitação jurídica, de forma que os frutos e produtos obtidos pelo ofensor a partir do interesse jurídico do ofendido, quando este é convertido em coisa, deverão permanecer junto ao seu legítimo proprietário, a vítima. A limitação, neste ponto, ficará a cargo do princípio da função social da propriedade, que poderá em sua dimensão limitadora aparar as necessárias arestas.

²⁵² Neste sentido: “O ordenamento jurídico brasileiro colaciona inúmeras legislações, que por vezes associam-se entre si para afirmar direitos e garantias. Assim, as leis não mais são aplicadas de forma isolada umas das outras, antes existem conversações entre fontes legítimas plurais pertencentes ao mesmo ordenamento jurídico, com escopo de assinalar o bom cumprimento do direito de forma justa e eficiente, a fim de conferir ao Direito, interpretação sistemática e coordenada” (BRAGA; LEANDRO; MOURA, 2017, p. 84).

Quando se tratar de caso de posse de boa ou má-fé, sem necessariamente se estar tratando da prática de um ilícito, é o regime dos artigos 1.214 e seguintes do Código Civil que se aplicam.

No *disgorgement*, contudo, há um acréscimo patrimonial do ofensor em razão do ilícito, sem que necessariamente se observe uma transferência de valor. Edelman defende que, quando o ofensor agiu de boa-fé, o *disgorgement* estaria limitado somente àquilo que se pode atribuir à conduta ilícita. Quando, contudo, o agente houver agido com má-fé, nesse caso, entende Edelman que a limitação do *remoteness* não seria aplicável e qualquer ganho que pudesse minimamente ser atribuído ao ilícito poderia ser objeto de remoção (2002, p. 109).

Rosenvald (2019b, p. 519-520) aponta que o critério de boa-fé (aparentemente pela construção do texto, na modalidade subjetiva) influenciará quanto à adoção, na liquidação da restituição, da seguinte forma: a) tendo o ofensor agido de boa-fé, a medida remedial se restringirá ao enriquecimento real, isto é, o valor de mercado do acesso negocial ao bem; b) já se o ofensor houver agido de má-fé, o remédio correspondente ativará a remoção de ganhos indevidos pelo critério do enriquecimento patrimonial²⁵³.

Quando o juízo sobre a boa ou má-fé se dá em um plano objetivo e não subjetivo, de forma que os conceitos não se confundem com a noção de culpa, seja a culpa clássica decorrente da construção de pecado do período medieval, seja a culpa normativa baseada na violação de um dever – que na verdade é a antijuridicidade –, tal tipo de investigação pode enfraquecer o objetivo de que a restituição não represente uma punição.

Isso porque, ao se diferenciar os *punitive damages*, ou as penas civis, dos remédios restitutórios, um dos critérios utilizados foi a falta de investigação quanto à intenção do agente, ainda que no plano objetivo a investigação seja conjuntural para concluir se a boa-fé foi ou não observada. A preocupação de Schreiber (2019, p. 409) de que a incursão no terreno do caráter de boa ou má-fé do agente pode legitimar propósitos punitivos é válida.

²⁵³ Segundo Schreiber (2019, p. 409), o enriquecimento efetivamente auferido corresponde ao enriquecimento patrimonial, o que, frequentemente, resulta em um valor distinto do valor razoável de mercado. Rodrigo da Guia Silva (2018, p. 146-147), em crítica à diferenciação, esclarece que o enriquecimento real corresponde ao valor objetivo da vantagem, enquanto que o enriquecimento patrimonial corresponde à “diferença entre a variação efetiva no patrimônio do enriquecido e a variação hipotética que ocorreria caso não houvesse acontecido o fato gerador do enriquecimento”.

A violação da boa-fé objetiva será muitas vezes o substrato do ilícito, aquilo que caracteriza referido ato como ilícito, dotando o ato de antijuridicidade, posto que a boa-fé objetiva é um dever geral de conduta (CORDEIRO, 2015, p. 632-660).

Recorrer à culpa como medida de quantificação, e não de imputação, parece levar ao mesmo caminho indesejado, bem como, conforme já assentado, a culpa não é um elemento essencial para caracterizar a imputabilidade ou a antijuridicidade quanto ao dever de restituir ganhos obtidos a partir de um ato ilícito.

Em algumas hipóteses, principalmente envolvendo direitos da personalidade e tutela da confiança (relações fiduciárias), o valor dos proveitos revertidos em favor do lesado será muito próximo do lucro bruto obtido pelo ofensor. Dada a importância jurídica de referidos direitos, a contribuição do ofendido é maior, o que será objeto de análise na liquidação do *quantum* a restituir. O rigor interpretativo, nestes casos, justifica-se pela relevância axiológica dos interesses envolvidos, principalmente pelo alcance dos princípios constitucionais da solidariedade e da dignidade da pessoa humana que acarretam na busca pela tutela integral da pessoa. Assim, quando em voga tais valores, é mister que o ilícito tenha seus efeitos benéficos em prol do ofensor totalmente anulados.

Estabelecem-se, assim, as seguintes conclusões: i) a aplicação dos remédios restitutórios independe da presença do elemento culpa; ii) na avaliação da relação de causalidade entre o ilícito e o resultado há uma flexibilidade quanto à teoria aplicável, de forma que o enriquecimento necessita ser uma consequência possível do ilícito; iii) o princípio da gravitação jurídica obriga que os frutos e rendimentos obtidos a partir dos interesses indevidamente transmitidos pelo ofendido ao ofensor, quando convertidos em coisas (dinheiros, bens e outros benefícios de natureza real) sejam restituídos integralmente ao ofendido, juntamente do principal; ; iv) quando a pretensão for de *disgorgement*, deverão se considerar na quantificação dos lucros a serem removidos as contribuições lícitas do ofensor, aquilo que ele teria realizado independentemente do ilícito; v) o ônus de provar a existência de contribuições lícitas que rompam o nexo causal entre o ilícito e o resultado é do ofensor; vi) nas violações a direitos da personalidade e à tutela da confiança (relações fiduciárias) a interpretação da contribuição do ofensor deve ser restritiva, dada a dimensão axiológica do interesse último tutelado que é a dignidade da pessoa humana.

CONCLUSÃO

A partir da metodologia proposta e sob um viés crítico, a responsabilidade civil contemporânea apresentou duas vertentes: a) o Direito de Danos, que compreende ser a responsabilidade civil um instrumento de reparação por excelência, que, pautado nos princípios constitucionais, deve buscar a máxima tutela da vítima por meio de sua reparação unicamente e da prevenção também como forma de evitar danos; b) a responsabilidade civil contemporânea, assim vista como uma responsabilidade civil multifuncional, focada igualmente na maximização da tutela da vítima e identicamente pautada nos princípios constitucionais, mas admitindo que a responsabilidade civil b1) não está necessariamente vinculada à existência de um dano; b.2) admite outras funções como a restitutória; b.3) admite o foco também na contenção de condutas e não somente na contenção danos.

Estruturalmente, a responsabilidade civil é ativada pela ocorrência de um ato antijurídico, de forma que a antijuridicidade não necessariamente está vinculada à concretização do ilícito ou do dano, mas pode se caracterizar pelo mero risco de ocorrência seja do ilícito, seja do dano. Além disso, a relação de causalidade é flexibilizada de forma a facilitar a reparação dos danos e a tutela da vítima frente a outras lesões de interesses jurídicos protegidos. Entende-se, ainda, que dano e ilícito, dano e antijuridicidade e dano e responsabilidade civil são conceitos que não se confundem. A responsabilidade civil decorre da violação de um interesse jurídico tutelado ou da ameaça de violação, podendo tanto atuar *ex post facto* quanto *ex ante*, sendo que a segunda forma de atuação deve ser potencializada na sociedade contemporânea.

A reparação é eficiente na tutela de danos, mas mostra-se ineficaz quando o ou o dano é inferior aos ganhos do ofensor com o ilícito ou quando não há dano, mas somente ganhos.

A responsabilidade civil é, em um Direito Civil, marcada pela pluralidade, multifuncional, podendo se dirigir a diferentes finalidades conforme a demanda da complexidade contemporânea da sociedade. A responsabilidade civil foi pensada pelas suas transformações sempre em razão das demandas sociais, e tal aspecto, que lhe é intrínseco, não é diferente nos tempos contemporâneos. Assim, a

multifuncionalidade da responsabilidade civil responde a essa complexidade, aos riscos sociais e à necessidade de tutela da pessoa. As funções reconhecidas dividem-se em quatro classes: reparatória, punitiva, preventiva e restitutória. Dentro desses grupos, diferentes remédios realizam a função em suas finalidades.

A responsabilidade civil em sua multifuncionalidade se realiza por meio de remédios, isto é, de instrumentos de efetivação de direitos. Tomando a taxonomia birkiniana para sistematização das fontes obrigacionais baseada em eventos causais, os remédios se aplicarão aos direitos emergentes dessas relações, assim, quando o evento base se tratar de um ilícito, a resposta remedial se inserirá no âmbito da responsabilidade civil. As outras fontes obrigacionais são o consenso, o enriquecimento sem causa e, em uma quarta classe, os eventos peculiares.

Os remédios, por sua vez, podem assumir diferentes papéis, de acordo com os efeitos que o ordenamento jurídico quer conferir a determinada tutela de um interesse.

O enriquecimento sem causa é usualmente indicado como o meio adequado à restituição ou remoção de ganhos decorrentes de ilícitos. A pesquisa concluiu que tal premissa não se sustenta pelos seguintes motivos: a) interesses jurídicos decorrentes de um evento-causal classificado como ato ilícito são tutelados por meio da responsabilidade civil contemporânea; b) o enriquecimento sem causa trata de transferências de valor que não se inserem em um contexto de consenso ou de ilicitude, atuando como instrumento de fechamento do sistema, em seu papel residual como fonte obrigacional; c) a teoria do lucro da intervenção encontra inadequação quando trata de aspectos decorrentes da prática de ilícitos, âmbito que pertence, conforme a classificação taxonômica adotada, à responsabilidade civil; d) a ausência de uma cláusula geral de responsabilidade civil no *BGB*, diferente do que acontece no ordenamento jurídico brasileiro, motivou a necessidade de refinamento do enriquecimento sem causa na doutrina germânica, levando ao conceito de enriquecimento por intromissão ou por intervenção.

A responsabilidade civil contemporânea, assim, é o *locus* de aplicação remedial restitutória para tutela da pessoa frente aos ganhos decorrentes de atos ilícitos.

Para sua operacionalização, é necessário ressignificar o princípio da reparação integral para se ampliar a visão tomista dos princípios de justiça aristotélica e retomar a sua visão bilateral original, que permite a atuação corretiva tanto quanto

aos prejuízos do lesado quanto no que se refere aos ganhos do ofensor. Não é equivocado, ainda, concluir pela possibilidade de aplicação conjunta de princípios de justiça corretiva e distributiva, até porque o refinamento dos princípios atende à justiça social definida como objetivo constitucional. A constituição exerce influência por meio dos princípios da dignidade da pessoa humana e da solidariedade, de forma que admitir que uma pessoa realize ganhos ilícitamente a partir de outra pessoa é contrário ao ordenamento jurídico.

Neste ponto, é necessário assentar que uma ampliação do conceito de dano como dano-evento, ou seja, como lesão a interesses jurídicos e não como dano-prejuízo, e uma ressignificação do princípio da reparação integral para princípio da tutela integral da vítima permitiriam a aplicação dos remédios restitutórios sem necessidade de alteração legislativa, até porque já há aplicação de referidos remédios como na artificial figura dos lucros cessantes presumidos, que são, na verdade, remédios restitutórios.

Na hipótese de alteração legislativa, sugere-se a seguinte redação para o Código Civil: **Art. 944. A vítima de um ilícito deve ser tutelada em sua integralidade. §1º. A indenização reparatória ou compensatória mede-se pela extensão do dano. §2º. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização. §3º. Em alternativa à reparação ou compensação de danos patrimoniais poderá a vítima optar pelo recebimento de um valor razoavelmente equivalente à violação de um direito e, quando necessário, pela remoção dos lucros ou benefícios obtidos pelo ofensor em razão da prática do ilícito, ainda que não exista o correspondente prejuízo material para o ofendido** (destacou-se). Há ainda de se entender que ao se referirem a dano, os arts. 186 e 927 do Código Civil refletem a lesão a um interesse juridicamente tutelado e não um dano-prejuízo estritamente.

As espécies de remédios restitutórios (*gain-based damages*) são a) a indenização restitutória (*restitutionary damages*) e a remoção de ganhos ilícitos (*disgorgement of profits*). A primeira hipótese compreende a restituição de uma transferência indevida de valor a partir da fixação de um valor razoável pelo direito violado, em uma única verba ou em forma de *royalties*. A segunda hipótese corresponde à remoção dos ganhos realizados pelo ofensor que tenham conexão com o ilícito, em uma relação de causalidade.

A aplicação dos remédios restitutórios se insere em um conceito objetivo de responsabilidade, independentemente da presença do elemento anímico, posto que a sua base não é a reprovação do comportamento, mas a correção de transferências indevidas de valor e a remoção de ganhos decorrentes do ilícito, restaurando o equilíbrio rompido pelo ilícito.

Conclui-se, assim, que a responsabilidade civil contemporânea admite a aplicação de remédios restitutórios para tutelar a pessoa frente à prática de ilícitos que acarretem ganhos para o ofensor, principalmente quando esses ganhos superam o dano-prejuízo ou quando não há dano-prejuízo, mas apenas ganhos.

REFERÊNCIAS

ACCIARI, Hugo A. **Elementos da análise econômica do direito de danos.**

Coordenação da edição brasileira Marcia Carla Pereira Ribeiro. São Paulo: RT, 2014.

ADAR, Yehuda; SHALEV, Gabriela. The law of remedies in a mixed jurisdiction: the Israeli experience. **The Tulane European and Civil Law Forum**, New Orleans, v. 23, p. 111-141, 2008. Disponível em:

<http://journals.tulane.edu/teclf/article/view/1780/1627>. Acesso em: 08 jan. 2020.

AGRA, Walber de Moura. Neoconstitucionalismo e superação do positivismo. *In*: DIMOULIS, Dimitri; DUARTE, Écio Oto (coord.). **Teoria do direito**

neoconstitucional: superação ou reconstrução do positivismo jurídico? São Paulo: Método, 2008, p. 431-447.

AGUIAR DIAS, José de. **Aulas de responsabilidade civil.** 1986. UEM, Curso de especialização, 1986. Escritos particulares

AGUIAR DIAS, José de. **Da responsabilidade civil.** Rio de Janeiro: Forense, 1994. (v. 1).

AGUIAR DIAS, José de. **Da responsabilidade civil.** Rio de Janeiro: Forense, 1994. (v. 2).

ALBUQUERQUE JÚNIOR, Roberto Paulino de. Notas sobre a teoria da responsabilidade civil sem dano. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, São Paulo, v. 6, p. 89-103, jan./mar. 2016.

ALMEIDA, José Luiz Gavião de. Novos rumos da responsabilidade civil por ato ilícito. *In*: ALMEIDA, José Luiz Gavião de. **Temas atuais da responsabilidade civil.** São Paulo: Atlas, 2007. p. 57-74.

ALPA, Guido. **Trattato di diritto civile**: la responsabilità civile. Milano: Giuffrè, 1999. (v. 4).

ALPA, Guido; COESTER, Michael; MARKESINIS, Basil; ULLSTEIN, Augustus. **Compensation for personal injury in english, german and italian law**: a comparative outline. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.

ALSINA, Jorge Bustamante. El perfil de la responsabilidad civil al finalizar del siglo XX. *In*: BUERES, Alberto José; CARLUCCI, Aída Kemelmajer de (org.).

Responsabilidad por daños en el tercer milenio: homenaje al profesor doctor Atilio Aníbal Alterini. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1997a. p. 15-26.

ALSINA, Jorge Bustamante. **Teoría general de la responsabilidad civil.** 9. Ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1997b.

ALVIM, Agostinho. **Da inexecução das obrigações e suas consequências.** 3. ed. Rio de Janeiro: Ed. Jurídica e Universitária, 1965.

ALVIM, Agostinho. Do enriquecimento sem causa. **Doutrinas Essenciais: obrigações e contratos**, São Paulo, v. 1, p. 911-953, jun. 2011.

ALVIM NETTO, José Manuel de Arruda. Responsabilidade contratual inaplicabilidade do efeito pedagógico punitivo do dano moral. **Soluções Práticas – Arruda Alvim**. São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 2, p. 1.037-1.056, ago. 2011.

AMARAL, Francisco. **Direito Civil**: introdução. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

ANDREWS, Neil. **Direito contratual na Inglaterra**. São Paulo: RT, 2012.

ANGELIN, Karinne Asiliero. **Dano injusto como pressuposto do dever de indenizar**. 2012. Tese (Doutorado em Direito Civil). – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

ANTUNES, Henrique Sousa. Das funções reconstitutiva e punitiva da responsabilidade civil extracontratual. *In*: COSTA, Patrícia Helena *et al.* **Novos olhares sobre a responsabilidade civil**. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 2018. p. 169-183.

ANTUNES, Henrique Sousa. Das funções reconstitutiva e punitiva da responsabilidade civil. *In*: BARBOSA, Mafalda Miranda; MUNIZ, Francisco; Rosendal, Nelson (coord.). **Desafios da nova responsabilidade civil**. São Paulo: JusPodivm, 2019. p. 127-150.

ARAÚJO FILHO, Raul. Punitive damages e sua aplicabilidade no Brasil. *In*: SUPERIOR Tribunal de Justiça. **Doutrina**: edição comemorativa, 25 anos. Brasília: Superior Tribunal de Justiça, 2014. p. 327-346.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. 4. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1991. e-book. (Os pensadores, v. 2)

ARONNE, Ricardo; CATALAN, Marcos Jorge. Quando se imagina que antílopes possam devorar leões: oito ligeiras notas acerca de uma tese passageira. **Civilistica.com**, a. 7, n. 1., 2018.

ARRUE, Xavier Basozabal. Tres modelos para una regulación actual del enriquecimiento injustificado: unitario, tipológico, fragmentado. **Indret Revista para el Analisis del Derecho**, Barcelona, v. 4, abr. 2018a. Disponível em: <http://www.indret.com/code/getPdf.php?id=2162&pdf=1428.pdf>. Acesso em 29 dez. 2019.

ARRUE, Xavier Basozabal. «Enriquecimiento injusto» comparado: una aproximación al Derecho ingles de Restituciones. **Anuário de Derecho Civil**, Madrid, n 1, p. 13-78, 2018. Disponível em: https://boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/. Acesso em: 10 jan. 2020.

ASCENÇÃO, José de Oliveira. **Teoria geral**: relações jurídicas e situações jurídicas. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Curso de Direito Civil**: teoria geral das obrigações. 9. ed. São Paulo: RT, 2001.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1986.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. A caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v. 9, p. 3-24, jan./mar. 2002.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **Estudos e pareceres de Direito Privado**. São Paulo: Saraiva, 2004.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **Novos estudos e pareceres de Direito Privado**. São Paulo: Saraiva, 2009.

BARBOSA, Mafalda Miranda. Modelos de responsabilidade civil extracontratual. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 977, p. 113-174, mar. 2017.

BAPTISTA, Silvio Neves. **Teoria geral do dano**: de acordo com o novo código civil brasileiro. São Paulo: Atlas, 2003.

BARROSO, Lucas Abreu. **A realização do Direito Civil**: entre normas jurídicas e práticas sociais. Curitiba: Juruá, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, v. 58, p. 129 - 173, jan./mar. 2007.

BAUMAN, Zygmunt. **Globalização**: as consequências humanas. Rio de Janeiro: Zahar, 1999.

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011.

BELL, Griffin B.; PEARCE, Perry E. Punitive damages and the tort system. **University of Richmond Law Review**. Richmond, v. 22. n. 1, p. 1-17, 1987. Disponível em <http://scholarship.richmond.edu/lawreview/vol22/iss1/2>. Acesso em: 7 abr. 2019.

BERGSTEIN, Laís; MARQUES, Cláudia Lima. Socialização de riscos e reparação integral do dano no Direito Civil e do consumidor no Brasil. **Conpedi Law Review**, Costa Rica, v. 3, n. 1, p. 250-278, jan./jun. 2017.

BERWIG, Juliane Altmann. Primeiros apontamentos sobre o desastre de Brumadinho. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 1000, p. 411-413, abr. 2019.

BESSA, Leonardo Roscoe. Dano moral coletivo. **Doutrinas Essenciais de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 5, p.491-525, abr. 2011.

BEVILÁQUA, Clóvis. Evolução da *theoria dos contractos* em nossos dias. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, São Paulo, v. 9, p. 372-333, out./dez. 2016.

BIANCA, Cesare Massimo. Supervivencia de la teoría de la culpa. *In*: BUERES, Alberto José; CARLUCCI, Aída Kemelmajer de (org.). **Responsabilidad por daños**

en el tercer milenio: homenaje al profesor doctor Atilio Aníbal Alterini. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1997. p. 137-143.

BIRKS, Peter. Rights, wrongs, and remedies. **Oxford Journal of Legal Studies**, Oxford, v. 20, n. 1, 2000. Disponível em: <https://doi.org/10.1093/ojls/20.1.1>. Acesso em 20 nov. 2019.

BIRKS, Peter. **Unjust Enrichment**. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2005. *E-book*.

BIRKS, Peter. Equity in the modern law: an exercise in taxonomy. **Western Australian Law Review**, Crawley, v. 26, n. 1, p. 1-99, 2016. Disponível em: <http://www.austlii.edu.au/au/journals/UWALawRw/1996/1.html>. Acesso em: 15 dez. 2019.

BITTAR, Carlos Alberto. **Reparação civil por danos morais**. 3. ed. São Paulo: RT, 1999.

BITTAR, Carlos Alberto. **Responsabilidade civil: teoria & prática**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os Direitos da Personalidade**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. Direitos Autorais como Direitos Fundamentais da Pessoa Humana. **Revista do Curso de Direito da Escola de Gestão e Direito da Universidade Metodista de São Paulo**, São Paulo, v. 1, n. 1, p.126-155, 31 dez. 2004. Disponível em: <https://bit.ly/2LgW25h>. Acesso em: 24 jun. 2019.

BLANCAFORT, Albert Calsamigilia. Postpositivismo. **Doxa**, 1998, n. 21, v. 1. Disponível em <https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10389/1/doxa21_11.pdf>. Acesso em: 11 jun. 2018.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia de direito**. São Paulo: Cone, 2006.

BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função: novos estudos de teoria do Direito**. Barueri: Manole, 2007

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. São Paulo: EDIPRO, 2011.

BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. 6. ed. São Paulo: EDIPRO, 2016.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BONNA, Alexandre. A crise ética da responsabilidade civil: desafios e perspectivas. *In*: LEAL, Pastora do Socorro Teixeira (coord.); SANTANA, Ágatha Gonçalves. **Responsabilidade civil no século XXI e a construção dos Direitos de Danos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 111-132.

BONNA, Alexandre. Análise crítica da indenização punitiva e responsabilidade objetiva no Brasil à luz da teoria de Jules Coleman. *In*: MILAGRES, Marcelo; ROSENVALD, Nelson (coord.). **Responsabilidade civil: novas tendências**. 2. ed. Indaiatuba, SP: Foco, 2018. p. 97-108.

BORGHETTI, Jean-Sébastien. Punitive damages in France. *In*: KOZIOL, Helmut; WILCOX, Vanessa (coord.). **Punitive damages: Common Law and Civil Law perspectives**. Wien: Springer-Verlag, 2009 (Tort and Insurance Law, v. 25).

BOURIE, Enrique Barros. Restitución de ganancias por intromisión en derecho ajeno, por incumplimiento contractual y por ilícito extracontractual. *In*: BOURIE, Enrique Barros; MORENO, Antonio Manuel Morales; RUBIO, María Paz García (org.). **Derecho de daños**. Madrid: Celesa, 2010. p. 11-78.

BRAGA, Fernanda Soares; LEANDRO, Ilany Caroline da Silva; MOURA, Ivanna Pessôa. Constitucionalização do direito do consumidor: condição de hipervulnerabilidade diante da prática abusiva da venda casada como pré-requisito a aprovação e liberação do pedido de crédito bancário. *In*: EHRHARDT JUNIOR, Marcos; FEITOSA, Maria Luiza Pereira de Alencar Mayer; SANTIAGO, Maria Cristina Paiva (org.). **Temas de Direito Civil-Constitucional: da constitucionalização à humanização**. João Pessoa: IDCC, 2017. p. 80-98.

BRANCO, Gerson Luiz Carlos. **Função Social dos Contratos**: interpretação à luz do Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). Recurso Extraordinário 56904/SP. 1) Para efeito de direito autoral, a tradução é obra autônoma. Sua proteção jurídica não desaparece por ter caído no domínio público a obra original, de que se poderão fazer outras traduções (C. Civ., art. 652). 2) Na tradução anotada e comentada, por outrem, o silêncio do tradutor quanto à reimpressão não acarreta nem dispensa o consentimento do comentador (C. Civ., art. 653). 3) O comentador, que não consentiu na reimpressão, tem direito a indenização do valor de toda a edição, ficando obrigado perante o parceiro (C. Civ., arts. 892 e 893), pois o art. 669 do C. Civ., não tem caráter puramente reparatório, mas também visa a reprimir a fraude. 4) Entretanto, o pedido parcial não pode ser aditado na execução (C. Pr. Civ., art. 891). Relator Ministro Victor Nunes Leal, 6 de dezembro de 1965.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). Recurso Especial 1633274/SP. CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANO MATERIAL E COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL. CONSTRUTORA. ATRASO NA ENTREGA DE UNIDADE IMOBILIÁRIA. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. SÚMULA 282/STF. REEXAME DE FATOS E PROVAS. INADMISSIBILIDADE. LUCROS CESSANTES. PRESUNÇÃO. CABIMENTO. [...] 6. A inexecução do contrato pelo promitente-vendedor, que não entrega o imóvel na data estipulada, causa, além do dano emergente, figurado nos valores das parcelas pagas pelo promitente-comprador, lucros cessantes a título de alugueres que poderia o imóvel ter rendido se tivesse sido entregue na data contratada. Trata-se de situação que, vinda da experiência comum, não necessita de prova (art. 335 do CPC/73). Precedentes. Relatora Ministra Fátima Nancy Andrighi, 8 de novembro de 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). Recurso Especial 1440721/GO. RECURSOS ESPECIAIS. DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. PUBLICAÇÃO DE LIVRO. FALSO RELATO DE CUNHÔ RACISTA E EUGÊNICO ATRIBUÍDO A POLÍTICO. REPERCUSSÃO NACIONAL E INTERNACIONAL DA FALSA IMPUTAÇÃO. DANO MORAL REPARAÇÃO ESPECÍFICA. PRINCÍPIO DA REPARAÇÃO INTEGRAL DO DANO. CERCEAMENTO DE DEFESA. NÃO OCORRÊNCIA. NÃO RECEBIMENTO DA APELAÇÃO POR PREMATURIDADE. TRÂNSITO EM JULGADO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. VALOR RAZOÁVEL. REVISÃO. SÚMULA Nº 7/ST. 1. [...] 3. Publicação de livro imputando falsamente a pessoa pública afirmações de cunho racista e eugênico. Ampla divulgação na mídia impressa, televisiva e virtual, tendo acarretado também processo criminal contra o autor perante o Supremo Tribunal Federal por crime de racismo e processo de cassação de mandato perante a Câmara dos Deputados por quebra de decoro parlamentar. 4. Admite-se a revisão do valor fixado a título de condenação por danos morais em Recurso Especial quando ínfimo ou exagerado, ofendendo os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. 5. A indenização por danos morais possui tríplice função, a compensatória, para mitigar os danos sofridos pela vítima; a punitiva, para condenar o autor da prática do ato ilícito lesivo, e a preventiva, para dissuadir o cometimento de novos atos ilícitos. Ainda, o valor da indenização deverá ser fixado de forma compatível com a gravidade e a lesividade do ato ilícito e as circunstâncias pessoais dos envolvidos. 6. Indenização no valor de R\$ 250.000,00 (duzentos e cinquenta mil reais), a cargo de cada recorrido, que, no caso, mostra-se adequada para mitigar os danos morais sofridos, cumprindo também com a função punitiva e a preventiva, sem ensejar a configuração de enriquecimento ilícito. 7. [...] 11. Recurso Especial de Ronaldo Ramos Caiado parcialmente conhecido e, na parte conhecida, provido. 12. Recurso Especial de Fernando Gomes de Moraes conhecido em parte e, na parte conhecida, não provido. 13. Recurso Especial de editora planeta do Brasil Ltda não conhecido. Relatora Ministra Isabel Gallotti, 11 de novembro de 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). Recurso Especial 1645744/SP. RECURSO ESPECIAL. [...] VALOR INDENIZATÓRIO. REDUÇÃO. INADMISSIBILIDADE. CARÁTER PEDAGÓGICO E PUNITIVO DA INDENIZAÇÃO. [...] 8. Para conter a "indústria do dano moral" é necessário refutar com veemência as ações indenizatórias consideradas oportunistas e, simultaneamente, reprimir a reincidência e a inércia de ofensores contumazes. 9. O valor de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais) mostra-se razoável, na hipótese, pois não altera a condição financeira do recorrido e, concomitantemente, desestimula a conduta da recorrente de agregar lucros em prejuízo da qualidade dos serviços, cumprindo, portanto, o caráter indenizatório, pedagógico e punitivo da indenização. 10. Recurso especial não provido. Relator Ministro Ricardo Villas Boas Cueva, 13 de junho de 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2. Seção). EREsp 1341138/SP. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. COMPRA E VENDA DE IMÓVEL. ATRASO NA ENTREGA. LUCROS CESSANTES. PREJUÍZO PRESUMIDO. 1. Nos termos da jurisprudência do STJ, o atraso na entrega do imóvel enseja pagamento de indenização por lucros cessantes durante o período de mora do promitente vendedor, sendo presumido o prejuízo do promitente comprador. 2. A citação é o marco inicial para a incidência dos juros de mora, no caso de responsabilidade contratual. Precedentes. 3. Embargos de divergência acolhidos. Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, 09 de maio de 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Corte Especial). EREsp 1.281.594/SP. CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA NO RECURSO ESPECIAL. DISSENSO CARACTERIZADO. PRAZO PRESCRICIONAL INCIDENTE SOBRE A PRETENSÃO DECORRENTE DA RESPONSABILIDADE CIVIL CONTRATUAL. INAPLICABILIDADE DO ART. 206, § 3º, V, DO CÓDIGO CIVIL. SUBSUNÇÃO À REGRA GERAL DO ART. 205, DO CÓDIGO CIVIL, SALVO EXISTÊNCIA DE PREVISÃO EXPRESSA DE PRAZO DIFERENCIADO. CASO CONCRETO QUE SE SUJEITA AO DISPOSTO NO ART. 205 DO DIPLOMA CIVIL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA PROVIDOS. [...] III - A unidade lógica do Código Civil permite extrair que a expressão "reparação civil" empregada pelo seu art. 206, § 3º, V, refere-se unicamente à responsabilidade civil aquiliana, de modo a não atingir o presente caso, fundado na responsabilidade civil contratual. [...] Corroborada com tal conclusão a bipartição existente entre a responsabilidade civil contratual e extracontratual, advinda da distinção ontológica, estrutural e funcional entre ambas, que obsta o tratamento isonômico. V - O caráter secundário assumido pelas perdas e danos advindas do inadimplemento contratual, impõe seguir a sorte do principal (obrigação anteriormente assumida). Dessa forma, enquanto não prescrita a pretensão central alusiva à execução da obrigação contratual, sujeita ao prazo de 10 anos (caso não exista previsão de prazo diferenciado), não pode estar fulminado pela prescrição o provimento acessório relativo à responsabilidade civil atrelada ao descumprimento pactuado. Relator Ministro Benedito Gonçalves. Relator para o acórdão Ministro Félix Fischer, 15 de maio de 2019.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL. USO INDEVIDO DE IMAGEM. FINS COMERCIAIS. ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA. ART. 884 DO CÓDIGO CIVIL. JUSTA CAUSA. AUSÊNCIA. DEVER DE RESTITUIÇÃO. LUCRO DA INTERVENÇÃO. FORMA DE QUANTIFICAÇÃO. [...] 4. De acordo com a maioria da doutrina, o dever de restituição do denominado lucro da intervenção encontra fundamento no instituto do enriquecimento sem causa, atualmente positivado no art. 884 do Código Civil. 5. O dever de restituição daquilo que é auferido mediante indevida interferência nos direitos ou bens jurídicos de outra pessoa tem a função de preservar a livre disposição de direitos, nos quais estão inseridos os direitos da personalidade, e de inibir a prática de atos contrários ao ordenamento jurídico. 6. A subsidiariedade da ação de enriquecimento sem causa não impede que se promova a cumulação de ações, cada qual disciplinada por um instituto específico do Direito Civil, sendo perfeitamente plausível a formulação de pedido de reparação dos danos mediante a aplicação das regras próprias da responsabilidade civil, limitado ao efetivo prejuízo suportado pela vítima, cumulado com o pleito de restituição do indevidamente auferido, sem justa causa, às custas do demandante [...] Relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, 02 de outubro 2018. Relatório e voto do Ministro Relator Ricardo Villas Bôas Cueva.

BROOKE, Sir Henry. A brief introduction: the origins of punitive damages. *In*: KOZIOL, Helmut; WILCOX, Vanessa (coord.). **Punitive damages: Common Law and Civil Law perspectives**. Wien: Springer-Verlag, 2009 (Tort and Insurance Law, v. 25).

CAENEGEM, Raoul Charles van. **Uma introdução histórica ao direito privado**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

CAHALI, Yussef. **Dano e indenização**. São Paulo: RT, 1980.

CAHALI, Yussef. **Dano moral**. 2. ed. São Paulo: RT, 1998.

CALABRESI, Guido; MELAMED, A. Douglas. Property rules, liability rules and inalienability: one view of the cathedral. **Harvard Law Review**, Cambridge, v. 85, n. 6, p. 1.089-1128, abr. 1972.

CALABRESI, Guido. Concerning Cause and the Law of Torts: An Essay for Harry Kalven, Jr. **The University Of Chicago Law Review**, Chicago, v. 43, n. 1, p. 69-108, 1975. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.2307/1599192>. Acesso em: 2 mar. 2018.

CAMARGO, Bárbara Galvão Simões de; COSTA, Yvete Flávio da. A ação coletiva face ao microdano. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 219, p. 405-422, mai. 2013.

CAMBI, Eduardo Augusto Salomão. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo**: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. São Paulo: Almedina, 2016.

CANADÁ. Court of Appeal. Acórdão. CA009227; CA009228. British Columbia (CA). Relator The Honourable Mr. Justice Lambert. 29 de março de 1990. Atlas Cabinets and Furniture Ltd. v. National Trust Co. Ltd. **CanLII 1312 (BC CA)**, Disponível em: <http://canlii.ca/t/1d7ft>. Acesso em: 03 dez. 2019.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos fundamentais e Direito Privado**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CANARIS, Claus-Willem. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

CANE, Peter. **The anatomy of tort law**. Oxford: Hart Publishing, 1997.

CARNELUTTI, Francesco. **Teoría general del derecho**. Madrid: RDP, 1941.

CARRÁ, Bruno Leonardo Câmara. **Responsabilidade civil sem dano**: uma análise crítica: limites epistêmicos a uma responsabilidade civil preventiva ou por simples conduta. São Paulo: Atlas, 2015.

CASTRO, Celso Antonio Pinheiro de. **Sociologia do direito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1985.

CASTRO JÚNIOR, João Batista de. Dano moral coletivo e dano sociomoral: distinção dada pela construtura hermenêutica constitucional. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, São Paulo, v. 3, p.185-205, abr. 2015.

CATALAN, Marcos Jorge. **A morte da culpa na responsabilidade contratual**. São Paulo: RT, 2013.

CATALAN, Marcos Jorge. Notas acerca da imputação do dever de reparar no Brasil. **Revista Internacional de Direito Ambiental**, Caxias do Sul, v. 5, n. 15, p. 197-204, set./dez. 2016.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007

CAVALIERI FILHO, Sérgio. Responsabilidade Civil no Novo Código Civil. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 48, n. 1, p.69-84, out. 2003.

CHAVES, Antônio. **Tratado de Direito Civil**. São Paulo: RT, 1985. (v.3).

CHAVES, A. **Direito de Autor**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

COELHO, Francisco Manuel Pereira. **O enriquecimento e o dano**. Coimbra: Almedina, 1970.

COLEMAN, Jules L. Risks and wrongs. Cambridge, MA, **Harvard Journal of Law & Public Policy**, v. 15, p. 637-648, 1992. Disponível em http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/4191. Acesso em: 8 mar. 2018.

COLEMAN, Jules L. **Daños, derechos y responsabilidad extracontractual**. Lima: Jurísta Editores, 2013.

COMPARATO, Fábio Koder. Estado, empresa e função social. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 732, p. 38-46, out. 1996.

CONNELLY, Niamh. Disgorgement in Ireland. *In*: HONDIUS, Ewoud; JANSEN, André (coord.). **Disgorgement of profits: gain-based remedies throughout the World**. New York: Springer International Publishing, 2015. p. 71-86.

CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa fé no Direito Civil**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2015.

CORTIANO JUNIOR, Eroulths. As quatro fundações do Direito Civil: ensaio preliminar. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, Curitiba, v. 45, p. 99-102, jul./dez. 2016.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Direito romano moderno: introdução ao Direito Civil Brasileiro**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

CURY, Paula Maria Nasser. Métodos de Direito Comparado: desenvolvimento ao longo do século XX e perspectivas contemporâneas. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**, São Leopoldo, v. 6, n. 2, p. 176-185, jul./set. 2014.

DAUD, Fuad José. Restitutio *in integrum* nos danos imateriais: dano moral subjetivo, dano biológico e dano existencial *In*: DONNINI, Rogério (coord.); ZANETTI, Andrea Cristina (org.). **Risco, dano e responsabilidade civil**. Salvador: JusPodivm, 2018.

DEL NERO, João Alberto Schützer. Do estado liberal ao estado social: o caso do direito privado? **Notícia do direito brasileiro**, Brasília, DF, n. 3, p. 43-63, 1997.

DIAS, Maria Tereza Fonseca; GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa. **(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

DÍEZ-PICAZO, Luiz. **Derecho de daños**. Madrid: Civitas, 1999.

DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo jurídico**: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político. São Paulo: Método, 2006. (Coleção Professor Gilmar Mendes; v. 2).

DONNINI, Rogério. Fundamento legal da função punitiva na responsabilidade civil. *In*: DONNINI, Rogério (coord.); ZANETTI, Andrea Cristina (org.). **Risco, dano e responsabilidade civil**. Salvador: JusPodivm, 2018.

DURKHEIM, Émile. **Las reglas del metodo sociológico**. 2. ed. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 1997.

DWORKIN, Ronald. **Ética privada e igualitarismo político**. 1. ed. Barcelona: Ediciones Paidós, 1993.

EDELMAN, James. **Gain-based damages**: contract, tort, equity and intelectual property. Oxford: Hart Publishing, 2002.

EDELMAN, James. Change of position: a defence of unjust disenrichment. **Boston University Law Review**, Boston, v. 92, n. 3, p. 1009-1034, maio 2012. Disponível em: <http://www.bu.edu/law/journals-archive/bulr/documents/edelman.pdf>. Acesso em: 09 dez. 2019.

EHRHARDT JÚNIOR, Marcos. Responsabilidade civil pelo inadimplemento da boa-fé enquanto dever geral de conduta. 2012. Tese (Doutorado), Faculdade de Direito, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2012.

EHRHARDT JÚNIOR, Marcos; FARIAS, Luiz Roberto Barros. Por um sistema jurídico que funcone: discutindo a funcionalização do Direito Civil. *In*: EHRHARDT JUNIOR, Marcos; FEITOSA, Maria Luiza Pereira de Alencar Mayer; SANTIAGO, Maria Cristina Paiva (org.). **Temas de Direito Civil-Constitucional**: da constitucionalização à humanização. João Pessoa: IDCC, 2017. p. 17-36.

ENGLARD, Izhak. **Corrective and distributive justice**: from Aristotle to modern times. New York: Oxford University Press, 2009

ESPANÉS, Luis Mosset de. Notas sobre el enriquecimiento sin causa. **Doctrina Judicial (La ley)**, Córdoba, n. 10, p. 3-24, 1979.

FACHIN, Luiz Edson; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. A dignidade da pessoa humana no direito contemporâneo: uma contribuição à crítica da raiz dogmática do neopositivismo constitucionalista. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, vol. 35, p. 101-119, jul./set. 2008.

FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do Direito Civil**: à luz do novo Código Civil brasileiro. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

FACHIN, Luiz Edson. Da felicidade paradoxal à sociedade de riscos: reflexões sobre risco e hiperconsumo. *In*: LEMOS, Patrícia Faga Iglecias; LOPEZ, Teresa Ancona; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz (coord.). **Sociedade de risco e direito privado**: desafios normativos, consumeristas e ambientais. São Paulo: Atlas, 2013. p. 380-393.

FACHIN, Luiz Edson. **Direito Civil: sentidos, transformações e fim**. Rio de Janeiro: Renovar, 2015.

FAMPA, Daniel Silva; SILVA, João Vitor Penna e. a quantificação das indenizações por danos morais e o método bifásico na jurisprudência do STJ. *In*: LEAL, Pastora do Socorro Teixeira (coord.); SANTANA, Ágatha Gonçalves. **Responsabilidade civil no século XXI e a construção dos Direitos de Danos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 133-155.

FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: parte geral e LINDB**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2015. (v. 1).

FERNANDES, André Gonçalves. Família: redução privatizante e função personalizante. **Revista de Direito de Família e das Sucessões**, São Paulo, v. 4, p. 25-51, abr./jun. 2015.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do Direito: técnica, decisão, dominação**. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2011.

FIUZA, Cesar. Crise e interpretação no Direito Civil: da Escola da Exegese às Teorias da Argumentação. *In*: SÁ, Maria Fátima Freire de; FIUZA, César; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (coord.). **Direito Civil: Atualidades**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

FRANCO, Vera Helena de Mello; SZTAJN, Rachel. Recuperação e função social da empresa: reavaliando antigos temas. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 913, p. 177-191, nov. 2011.

FRAZÃO, Ana. Pressupostos e funções da responsabilidade civil subjetiva na atualidade: um exame a partir do direito comparado. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, São Paulo, v. 77, n. 4, p. 17-43, out./dez. 2011.

FREIRE, Paula Vaz. Sociedade de risco e Direito do consumidor. *In*: LEMOS, Patrícia Faga Iglecias; LOPEZ, Teresa Ancona; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz (coord.). **Sociedade de risco e direito privado: desafios normativos, consumeristas e ambientais**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 375-379.

FREITAS, Paulo Henrique de Souza. **Responsabilidade civil no direito aeronáutico**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2003.

FRITZ, Karina Nunes. A crise na dualidade da responsabilidade civil. **Revista IBERC**, Belo Horizonte, v. 2, n. 1, p. 1-4, jan./abr. 2019a. Disponível em: <http://revistaiberc.responsabilidadecivil.org/iberc/article/view/17/14>. Acesso em 20 jan. 2020.

FRITZ, Karina Nunes. Comentário ao EREsp. 1.280.825/RJ: prazo prescricional de dez anos para responsabilidade contratual? **Revista IBERC**, Belo Horizonte, v. 2, n. 1, p. 1-24, jan./abr. 2019b. Disponível em: <http://revistaiberc.responsabilidadecivil.org/iberc/article/view/25/22>. Acesso em 20 jan. 2020.

FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. **A imputação sem nexos causal e a responsabilidade por danos**. 2013. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2013.

FONSECA, Aline Kayse dos Santos. **Responsabilidade civil: do dano à danosidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

FONSECA, Ricardo Marcelo. A cultura jurídica brasileira e a questão da codificação civil no século XIX. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, Curitiba, v. 44, p. 61-76, jan./jun. 2016.

FORTES, Pedro Rubim Borges. O fenômeno da ilicitude lucrativa. **Revista Estudos Institucionais**, Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, p. 104-132, jan./abr. 2019. Disponível em: doi:10.21783/rei.v5i1.361. Acesso em 15 jan. 2020.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Manual de Direito Civil: volume único**. 2. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2018.

GALLO, Paolo. ¿Daños punitivos en Italia?. **Revista de responsabilidad civil y seguros**, Buenos Aires: La Ley, a. 2, n. 4, p. 34-43, jul./ago. 2000.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Critérios de valoração da indenização, obrigação indeterminada e substituição do valor da indenização. *In*: MAMEDE, Gladston; ROCHA, Maria Vital da; RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz (coord.). **Responsabilidade civil contemporânea: estudos em homenagem a Silvio de Salvo Venosa**. São Paulo: Atlas, 2011.

GARNER, Bryan A (ed.). **Black's law dictionary**. 9. ed. St. Paul: West, 2009.

GHERSI, Carlos Alberto. **Reparación de daños: acción del hombre, autoría, imputabilidad, antijuridicidad, culpabilidad, factores objetivos, equidad, formas de reparación, relación de causalidad**. 2. ed. Buenos Aires: Editorial Universidad, 1992.

GIGLIO, Francesco. **The Foundations of Restitution for Wrongs**. Portland: Hart Publishing, 2007.

GIL, Laura Zumaquero. El enriquecimiento injustificado en el Derecho Privado Europeo. **InDret Revista para el Análisis Del Derecho**, Barcelona, v. 2, abr. 2017. Disponível em: <http://www.indret.com/pdf/1302.pdf>. Acesso em 20 dez. 2019.

GIORGIANI, Michele. O direito privado e suas atuais fronteiras. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 747, p. 35-55, jan. 1998.

GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. **Responsabilidade civil pelo risco da atividade**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. (Coleção Prof. Agostinho Alvim).

GOMES, Júlio Manuel Vieira. **O conceito de enriquecimento, o enriquecimento forçado e os vários paradigmas do enriquecimento sem causa**. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1998.

- GOMES, Orlando. Tendências modernas da reparação de danos. *In*: Di FRANCESCO, José Roberto Pacheco (org.). **Estudos em homenagem ao Professor Silvio Rodrigues**. Rio de Janeiro: Forense, 1980.
- GOMES, Orlando. **Contratos**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- GOMES, Orlando. **Obrigações**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- GOMES, Orlando. **Raízes históricas e sociológicas do Código Civil brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- GOMES, Orlando. Culpa x risco. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, São Paulo, v. 11, p.349-358, abr. 2017.
- GONÇALVES, Fábio Antunes. A natureza jurídica da reparação dos danos à pessoa humana: da compensação aos danos punitivos. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v. 78, p. 145-168, jun. 2017.
- GONDIM, Glenda Gonçalves; REZENDE, Adrieli. Ilícito de perigo e ilícito de lesão: repercussões para o direito de danos. **Revista DIREITO E JUSTIÇA – Reflexões Sociojurídicas**, Santo Ângelo, RS, a. 19, n. 22, p. 119-132, abr. 2014.
- GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. **Lucros cessantes**: do bom-senso ao postulado normativo da razoabilidade. São Paulo: RT, 2011.
- GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz; TERRA, Aline de Miranda Valverde. Considerações acerca da exclusão do lucro ilícito do patrimônio do agente ofensor. **Revista da Faculdade de Direito da UERJ**, Rio de Janeiro, n. 28, p. 1-24, dez. 2015.
- HART, Hebert Lionel Adolphus. **O conceito de Direito**. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.
- HESPANHA, António Manuel. A história do direito na formação dos juristas. *In*: HESPANHA, António Manuel. **Cultura jurídica europeia**: síntese de um milénio. Coimbra, Portugal: Almedina, 2012.
- HEUZÉ, Vincent. Une reconsidération du principe de la réparation intégrale. *In*: **Conférence: incertitude et réparation**. [Cour de Cassation], 23 jun. 2005. Disponível em: https://www.courdecassation.fr/venements_23/colloques_4/2005_2033/reparation_integrale_8065.html. Acesso em: 23 jul. 2019.
- HINESTROSA, Fernando. Devenir del derecho de daños. **Revista de Derecho Privado**, Bogotá, n. 32, p. 5-26, jan./jun. 2017. Disponível em: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/5019/6078>. Acesso em: 25 mai. 2019.
- HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Tendências do Direito Civil no Século XXI. *In*: FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freira de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (coord.). **Direito Civil**: atualidades. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 93-114.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Responsabilidade civil e contemporaneidade: retrato e moldura. **Revista EPD**, São Paulo, n. 1, p. 203-216, 2005a.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Responsabilidade pressuposta**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005b.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Responsabilidade pressuposta: evolução de fundamentos e de paradigmas da responsabilidade civil na contemporaneidade. **Revista da Faculdade de Direito da UFG**. Goiânia. v.31. p.33-59. jan./jun. 2007.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Responsabilidade civil: o estado da arte, no declínio do segundo milênio e albos de um novo tempo. *In*: DONNINI, Rogério; NERY, Rosa Maria de Andrade (coord.). **Responsabilidade civil: estudos em homenagem ao professor Rui Geraldo Camargo Viana**. São Paulo: RT, 2009.

HOLANDA. Burgerlijk Wetboek. Dutch Civil Code. Haia [1992]. Disponível em: <http://www.dutchcivillaw.com/civilcodebook066.htm>. Acesso em: 10 jan. 2020.

HOFMEISTER, Maria Alice Costa. **O dano pessoal na sociedade de risco**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

IHERING, Rudolf von. **A luta pelo direito**. 2. ed. São Paulo: Martin Claret, 2000.

IRTI, Natalino. **L'etta della decodificazione**. 4. ed. Milano: Giuffrè, 1999.

ITALIA. Decreto legislativo 10 febbraio 2005, n. 30. Codice della proprietà industriale, a norma dell'articolo 15 della legge 12 dicembre 2002, n. 273. Roma, Italia. [2005]. Disponível em: <https://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:decreto.legislativo:2005-02-10;30!vig=>. Acesso em: 10 de jan. 2020.

ITALIA. Corte Suprema di Cassazione (Sezione Unite Civile). Acórdão. **Sentenze nº 16601**. Recorrente: Nosa Inc.. Relator: D'Ascola Pasquale. Roma, 5 de julho de 2017. Sentenzeweb. Disponível em: www.italgiure.giustizia.it/xway/application/nif/clean/hc.dll?verbo=attach&db=snciv&id=/20170705/snciv@sU0@a2017@n16601@tS.clean.pdf. Acesso em: 26 jul. 2019.

JANSEN, Nils; RADEMACHER, Lukas. Punitive damages in Germany. *In*: KOZIOL, Helmut; WILCOX, Vanessa (coord.). **Punitive damages: Common Law and Civil Law perspectives**. Wien: Springer-Verlag, 2009 (Tort and Insurance Law, v. 25).

JANSEN, Nils. Farewell to unjustified enrichment? **Edinburg Law Review**, Edinburg, v. 20, n. 2, p. 123-148, abr. 2016. Disponível em: <https://doi.org/10.3366/elr.2016.0339>. Acesso em 29 dez. 2019.

JORGE, Flávio Cheim. Responsabilidade civil por danos difusos e coletivos sob a ótica do consumidor. **Doutrinas Essenciais de Responsabilidade Civil**, São Paulo, v. 4, p. 437-494, out./2011.

JOSSERAND, Louis. Evolução da responsabilidade civil. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 86, p. 52-63, jun. 1941.

KAHNEMAN, Daniel. **Thinking, fast and slow**. New York: Farrar Straus Giroux, 2012.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito**. 4. ed. Coimbra: Arménio Amado, 1976.

KFOURI NETO, Miguel; NOGAROLI, Rafaella. A aplicação do lucro da intervenção (*disgorgement of profits*) no Direito Civil brasileiro: um novo dano no campo da responsabilidade civil ou uma categoria de enriquecimento sem causa? *In*: MENEZES, Joyceane Bezerra de; TEPEDINO, Gustavo (coord.). **Autonomia privada, liberdade existencial e direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 559-586.

KONDER, Carlos Nelson. **A constitucionalização do processo de qualificação dos contratos no ordenamento jurídico**. 2009. Tese (Doutorado em Direito), Universidade Estadual do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro.

KONDER, Carlos Nelson; Distinções hermenêuticas da constitucionalização do Direito Civil. *In*: KONDER, Carlos Nelson; SCHREIBER, Anderson (coord.). **Direito Civil constitucional**. São Paulo: Atlas, 2016. p. 25-46.

KONDER, Carlos Nelson. Dificuldades de uma abordagem unitária do lucro da intervenção. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, São Paulo, v. 13, p. 231-248, out./dez. 2017.

KREBS, Thomas. **Restitution at the crossroads: a comparative study**. 1. ed. London: Cavendish Publishing, 2001.

KROETZ, Maria Cândida do Amaral. **Enriquecimento sem causa no Direito Civil brasileiro contemporâneo e recomposição patrimonial**. 2005. Tese (Doutorado) - Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito, Curitiba, 2005.

KUPERMAN, Korman Bernard; ROSENVALD, Nelson. Restituição de ganhos ilícitos: há espaço no Brasil para o disgorgement? **Revista Fórum de Direito Civil**, Belo Horizonte, ano 6, n. 15, p. 11-31, jan./abr. 2017.

KYMLICKA, Will. **Filosofia política contemporânea**. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. O enriquecimento sem causa no novo Código Civil brasileiro. **Revista CEJ**, Brasília, n. 25, p. 24-33, abr./jun. 2004.

LEME, Luciano Gonçalves Paes. Os riscos do desenvolvimento à luz da responsabilidade do fornecedor pelo fato do produto. *In*: LEMOS, Patrícia Faga Iglecias; LOPEZ, Teresa Ancona; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz (coord.).

Sociedade de risco e direito privado: desafios normativos, consumeristas e ambientais. São Paulo: Atlas, 2013. p. 130-147.

LEMOS, Patrícia Faga Iglecias. Reflexos da consagração da função socioambiental da propriedade no Código Civil de 2002. **Revista do Advogado**, São Paulo, v. 28, n. 98, p. 173-185, 2008.

LÉRIAS, Reinério Antonio. *In*: ALVES, Fernando de Brito; CAMBI, Eduardo Augusto Salomão; KLOCK, Andrea Bulgakov (org). **Direitos Fundamentais revisitados**. Curitiba: Juruá, 2008.

LERNER, Pablo, Hurdles in the Road to Harmonization of Unjust Enrichment. **Osservatorio del Diritto Civile e Commerciale**, Bologna, v. 1, p. 135-158, jan. 2012. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2458379>. Acesso em 23 dez. 2019.

LÉVY-BRUHL, Henri. **Sociologia do direito**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

LEWICKI, Bruno. Metodologia do Direito Civil constitucional: futuros possíveis e armadilhas. **Revista Brasileira de Direito Civil**, Belo Horizonte, v. 1, p. 288-293, jul./set. 2014.

LIMA, Alvino. **Culpa e risco**. 2. ed. São Paulo: RT, 1999.

LINS, Thiago. **O lucro da intervenção e o direito à imagem**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do Direito Civil. **Revista de informação legislativa**, v. 36, n. 141, p. 99-109, jan./mar. 1999.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do Direito Civil. *In*: FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freira de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (coord.). **Direito Civil: atualidades**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 197-218.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito Civil: obrigações**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Metodologia do Direito Civil constitucional. *In*: EHRHARDT JUNIOR, Marcos; MENEZES, Joyceane Bezerra de; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski; SOUZA, Eduardo Nunes de (org.). **Direito Civil constitucional: a ressignificação da função dos institutos fundamentais do Direito Civil contemporâneo e suas consequências**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2014.

LOPEZ, Teresa Ancona. Responsabilidade civil na sociedade de risco. *In*: LEMOS, Patrícia Faga Iglecias; LOPEZ, Teresa Ancona; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz (coord.). **Sociedade de risco e direito privado:** desafios normativos, consumeristas e ambientais. São Paulo: Atlas, 2013. p. 3-14.

LORENZETTI, Ricardo Luís. **Fundamentos de direito privado**. São Paulo: RT, 1998.

LORENZETTI, Ricardo Luís. A descodificação e a possibilidade de ressystematização do Direito Civil. *In*: FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freira de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (coord.). **Direito Civil: atualidades**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 219-230.

LOTUFO, Renan. Uma nova fonte de obrigação? *In*: MELGARÉ, Plínio (org.). **O direito das obrigações na contemporaneidade: estudos em homenagem ao Ministro Ruy Rosado de Aguiar Junior**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 393-406

LUTZKY, Daniela Courtes. Os fundamentos jurídicos da responsabilidade civil, a erosão dos filtros culpa e nexos causal e a relevância do dano. *In*: MELGARÉ, Plínio (org.). **O direito das obrigações na contemporaneidade: estudos em homenagem ao Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014. p. 135-184.

MADERO, Jaime Fernández. **Derecho de daños: nuevos aspectos doctrinarios y jurisprudenciales**. Buenos Aires: La Ley, 2002.

MAGALHÃES, Fabiano Pinto de; MORAES, Bruno Terra. Historicidade dos institutos e a função promocional do Direito Civil. *In*: KONDER, Carlos Nelson; SCHREIBER, Anderson (coord.). **Direito Civil constitucional**. São Paulo: Atlas, 2016. p. 125-156.

MAIELLO, Anna Luiza Duarte. **Aspectos fundamentais do negócio jurídico associativo**. 2012. Tese (Doutorado em Direito Civil) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

MALUF, Carlos Alberto Dabus. Pagamento indevido e enriquecimento sem causa. **Revista da Faculdade de Direito de São Paulo**, São Paulo, v. 93, p. 115-132, jan. 1998.

MALUF, Carlos Alberto Dabus. Limitações ao direito de propriedade. **Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo**. São Paulo, v.14, n. 27, p. 25-44, jan-jun. 2011.

MARIN, João Paulo. **O conceito de dano ressarcível**. 2011. Tese (Doutorado em Direito das Relações Sociais), Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2011.

MARQUES, Cláudia Lima. Cem anos de Código Civil alemão: o BGB de 1896 e o Código Civil brasileiro de 1916. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 741, p.11-37, jul. 1997.

MARTIN, Carlos de Cabo. **Contra el consenso: estudios sobre el Estado Constitucional y el constitucionalismo del Estado Social**. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1997. (Serie G: Estudios Doctrinales, Núm. 185).

MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. Usos e abusos da função punitiva: punitive damages e o Direito Brasileiro. **Revista CEJ**, Brasília, v. 1, n. 28, p.15-32, jan. 2005.

MATOS, Filipe Albuquerque. A compensação dos danos não patrimoniais no Código Civil de 1966. *In*: BARBOSA, Mafalda Miranda; Muniz, Francisco Arthur de Siqueira (coord.). **Responsabilidade civil: 50 anos em Portugal 15 anos no Brasil**. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 37-60.

MAZZAMUTO, Salvatore; PLAIA, Armando. **I remedi nel diritto privato europeo**. Torino: Giappichelli, 2012.

MELLO, Fernando de Paula Batista. O dano não patrimonial transindividual. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 96, p.41-74, nov. 2014.

MELO, Diogo Leonardo Machado de. Ainda sobre a função punitiva da reparação dos danos morais (e a destinação de parte da indenização para entidades de fins sociais - artigo 883, parágrafo único, do código civil de 2002). **Doutrinas Essenciais de Dano Moral**, São Paulo, v. 4, p.469-514, jul. 2015.

MELO, Marco Aurélio Bezerra de. Comentário ao art. 1.232. *In*: DELGADO, Mário Luiz *et al.* **Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência**. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

MENDES, Eduardo Heitor; SANTOS, Deborah Pereira Pinto dos. Função, funcionalização e função social. *In*: KONDER, Carlos Nelson; SCHREIBER, Anderson (coord.). **Direito Civil constitucional**. São Paulo: Atlas, 2016. p. 97-124.

MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos fundamentais: eficácia das garantias constitucionais nas relações privadas. *In*: BALDUS, Christian *et al* (Org.). **Direito privado, constituição e fronteiras: encontros da associação luso-alemã de juristas no Brasil**. 2. ed. São Paulo: RT, 2013. p. 31-56.

MENDES, Pedro Pimenta. Restituição do lucro ilícito por violação de direitos de personalidade. **Revista de Direito da Responsabilidade**, Coimbra, 2019. Disponível em: <http://revistadireitoresponsabilidade.pt/2019/restituic%cc%a7a%cc%83o-do-lucro-ilicito-pela-violac%cc%a7a%cc%83o-de-direitos-pedro-pimenta-mendes/>. Acesso em 10 jan. 2020.

MENDONÇA, Diogo Naves. **Análise econômica da responsabilidade civil: o dano e a sua quantificação**. São Paulo: Atlas, 2012.

MENIN, Leonardo Catto; NALIN, Paulo. Resenha à obra *Fault in American Contract Law*. **Revista IBERC**, Belo Horizonte, v. 1, n. 1, p. 1-3, nov./fev. 2019. Disponível em: <http://revistaiberc.responsabilidadecivil.org/iberc/article/view/14/12>. Acesso em: 23 jan. 2020.

MENYÁRD, Attila. Punitive damages in Hungary. *In*: KOZIOL, Helmut; WILCOX, Vanessa (coord.). **Punitive damages: Common Law and Civil Law perspectives**. Wien: Springer-Verlag, 2009 (Tort and Insurance Law, v. 25).

MICHAELIS. **Moderno Dicionário da Língua Portuguesa**. São Paulo: Melhoramentos, 2020. Disponível em <https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/>. Acesso em 03 jan. 2020.

MICHELON JR. Cláudio. **Direito restitutivo**: enriquecimento sem causa, pagamento indevido e gestão de negócios. São Paulo: RT, 2007.

MICHELON JR., Claudio. A natureza (pública) do direito privado. *In*: FRADERA, Vera Jacob de; MARTINS-COSTA, Judith. **Estudos de direito privado e processual civil**: em homenagem a Clóvis do Couto e Silva. São Paulo: RT, 2014. p. 61-76.

MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de direito privado**. 1. ed. Campinas: Bookseller, 2000.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de direito privado**. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1970.

MONATERI, Pier Giuseppe. Natureza e finalidades da responsabilidade civil. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 112, p. 59-91, 2012. (Tradução e montagem do texto para publicação por Flávio Tartuce e Giuliana Giannesi).

MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. **Rumos contemporâneos do Direito Civil**: estudos em perspectiva civil-constitucional. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. Limites ao princípio da reparação integral no direito brasileiro. **Civilistica.com**, a. 7, n. 1, 2018.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**: direito das obrigações. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. v. 5, t. 2.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**: direito das obrigações. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 5, t. 2.

MONTORO, André Franco. **Introdução à ciência do Direito**. 25. ed. São Paulo: RT, 2000.

MORAES, Maria Celina Bodin de. Constituição e Direito Civil: tendências. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 779, p. 47-63, 2000.

MORAES, Maria Celina Bodin de. A constitucionalização do Direito Civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil. **Direito, Estado e Sociedade**, v. 9, n. 29, p. 233-258, jul./dez. 2006a.

MORAES, Maria Celina Bodin de. Risco, solidariedade e responsabilidade objetiva. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 854, p. 11-37, dez. 2006b.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana**: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

MORAES, Maria Celina Bodin de. Do juiz boca-da-lei à lei segundo a boca-do-juiz: notas sobre a aplicação-interpretação do direito no início do século XXI. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v. 56, p. 11 – 30, Out - Dez / 2013.

MORATO, Antônio Carlos. Codificação e descodificação: uma análise acerca do tema. **Revista Da Faculdade De Direito**, Universidade De São Paulo, v. 98, p. 95-120, jan. 2003. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67581>. Acesso em 05 abr. 2017.

MORSELLO, Marco Fábio. O nexos causal e suas distintas teorias: apreciações críticas. **Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo**, São Paulo, v. 19, p. 211-220, jan./jun. 2007.

MOURA, Mário Aguiar. Função social do contrato. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 630, p. 247-249, abr. 1988.

MULLIS, Alastair; OLIPHANT, Ken. **Torts**. London: Macmillan, 1993.

MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. **A responsabilidade civil por presunção de causalidade**. Rio de Janeiro: GZ, 2010.

NAGAREDA, Richard A. **Mass torts in a world of settlement**. Chicago: The University of Chicago Press, 2007.

NALIN, Paulo. **Do contrato: conceito pós-moderno em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2006.

NANNI, Giovanni Ettore. **Enriquecimento sem causa**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. Introdução crítica às categorias jurídicas relacionais: relação jurídica e situação jurídica no Direito Privado. *In*: SÁ, Maria Fátima Freire de; FIUZA, César; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (coord.). **Direito Civil: Atualidades**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 1-23.

NEGREIROS, Teresa. **Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

NERY JR., Nelson. Indenização por lucros cessantes milionária e ilegal: quantificação do dano que não observou os parâmetros legais. **Soluções Práticas de Direito**, São Paulo, v. 6, p. 365-390, set. 2014.

NETTO, Felipe Peixoto Braga. **Teoria dos ilícitos civis**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

NETTO, Felipe Peixoto Braga. Codificação ou interpretação? Os efeitos possíveis dos ilícitos civis. *In*: EHRHARDT JÚNIOR, Marcos (coord.). **Os 10 anos do Código Civil: evolução e perspectivas**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

NETTO, Felipe Peixoto Braga. **Novo manual de responsabilidade civil**. Salvador: JusPodivm, 2019.

NEVES, José Roberto de Castro. **Direito das obrigações**. Rio de Janeiro: GZ, 2018.

NIVARRA, Luca. Alcune precisazioni in tema di responsabilità contrattuale. Milano, **Europa e Diritto Privato**, n. 1, p. 44-108, 2014.

NORONHA, Fernando. Desenvolvimentos contemporâneos da responsabilidade civil. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 761, p.31-44, mar. 1999.

OWEN, David G. A punitive damages overview: functions, problems and reform. **Villanova Law Review**, Villanova, PA, v. 39, n. 2, p. 363-413, 1994. Disponível em: <https://digitalcommons.law.villanova.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2869&context=vlr>. Acesso em 7 abr. 2019.

PADILLA, René A. **Sistema de la responsabilidad civil**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1997.

PARDOLESI, Paolo. An Italian way to disgorgement of profits? *In*: HONDIUS, Ewoud; JANSEN, André (coord.). **Disgorgement of profits: gain-based remedies throughout the World**. New York: Springer International Publishing, 2015. p. 139-169.

PASQUALOTTO, Adalberto. Causalidade e imputação na responsabilidade civil objetiva: uma reflexão sobre os assaltos em estacionamentos. *In*: DRESCH, Rafael de Freitas Valle; ROSENVALD, Nelson; WESENDOCK, Tula (coord.). **Responsabilidade civil: novos riscos**. Indaiatuba, SP: Foco, 2019. p. 199-220.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

PERES, Tatiana Bonatti. **Solidariedade e abuso de direito: a urgente necessidade de retomada dos valores morais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016

PERLINGIERI, Pietro. Normas constitucionais nas relações privadas. **Revista da Faculdade de Direito da UERJ**, Rio de Janeiro, n. 6-7, p. 63-77, 1998.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis de Direito Civil: introdução ao Direito Civil constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

PERLINGIERI, Pietro. La dottrina del diritto civile nella legalità costituzionale. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v. 8, n. 31, p. 75–86, jul./set. 2007a.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis de Direito Civil: introdução ao Direito Civil constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007b.

PERLINGIERI, Pietro. **O Direito Civil na legalidade constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PERLINGIERI, Pietro. Fonti del diritto e “ordinamento del caso concreto”. **Revista di Diritto Privato**, Bari, n. 4, p. 7-29, out./dez. 2010.

PIMENTEL, Mariana Barsaglia. **O contrato como instrumento de proteção e promoção dos direitos humanos no âmbito empresarial: as cláusulas éticas**. 2018. Dissertação (Mestrado em Direito das Relações Sociais) Setor de Ciências

Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2018. Disponível em <https://acervodigital.ufpr.br/handle/1884/55516>. Acesso em 15 jun. 2019.

PINTO, Carlos Alberto da Mota. **Teoria geral do Direito Civil**. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1999.

PUSCHEL, Flávia. A quantificação do Dano Moral no Brasil: Justiça, segurança e eficiência. **Série Pensando o Direito**, Brasília, n. 37, 2011. Disponível em: http://pensando.mj.gov.br/wp-content/uploads/2015/07/37Pensando_Direito1.pdf. Acesso em: 28 jul. 2019.

PULIDO, Carlos Libardo Bernal. É o direito de danos uma prática de justiça corretiva? **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, São Paulo, v. 3, p. 249-266, abr/jun. 2015.

RAMOS, André de Carvalho. Ação civil pública e o dano moral coletivo. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 25, p. 80-98, jan./mar. 1998.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

REALE, Miguel. **O Direito como experiência**: introdução à epistemologia jurídica. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1992.

REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

REALE, Miguel. Visão geral do novo Código Civil. *In*: EMERJ Debate o Novo Código Civil, 2002, Rio de Janeiro, **Anais**: parte I, p. 38-44. Disponível em: http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/anais_onovocodigocivil/anais_especial_1/Anais_Parte_I_revistaemerj_38.pdf. Acesso em 21 jan. 2020.

REALE, Miguel. **Estudos preliminares do Código Civil**. São Paulo: RT, 2003.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

REINO UNIDO. House of Lords. Acórdão. 27 de julho de 2000. **Bailii**, UKHL 45. Attorney General v Blake. Disponível em: <https://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/2000/45.html>. Acesso em 12 dez. 2019.

REINO UNIDO. House of Lords. Acórdão. 6 de junho de 1991. **Parliamentary Archives**, HL/PO/JU/18/251. Lipkin Gorman v Kapnale Ltd. Disponível em: <https://www.casemine.com/judgement/uk/5a8ff8db60d03e7f57ece8a6>. Acesso em 12 dez. 2019.

RENZETTI, Bruno Polônio. Tratamento do *sham litigation* no direito concorrencial brasileiro à luz da jurisprudência do CADE. **Revista de Defesa da Concorrência**, Brasília, v. 5, n. 1, p. 145-177, maio 2017. Disponível em: <http://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedefesadaconcorrencia/article/view/281/150>. Acesso em 20 jan. 2020.

RIPERT, Georges. **A regra moral nas obrigações civis**. Campinas: Bookseller, 2002.

RODOTÀ, Stefano. **Le fonte di integrazione del contratto**. Milano: Giuffrè, 1970.

RODRIGUES, Cássio Monteiro. A função preventiva da responsabilidade civil sob a perspectiva do dano: é possível falar em responsabilidade civil sem dano? *In*: SILVA, Rodrigo da Guia; SOUZA, Eduardo Nunes de (coord.). **Controvérsias atuais em responsabilidade civil**: estudos de Direito Civil-Constitucional. São Paulo: Almedina, 2018.

RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz. Doutrina do terceiro cúmplice: autonomia da vontade, o princípio *res inter alios acta*, função social do contrato e a interferência alheia na execução dos negócios jurídicos. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, o v. 821, p. 80-100, mar. 2004.

RODRIGES JÚNIOR, Otávio Luiz. A influência do BGB e da doutrina alemã no Direito Civil brasileiro do século XX. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 938, n. 1, p.79-155, dez. 2013.

RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz. Clóvis Beviláqua e o Código Civil de 1916 na visão de um estrangeiro: contradições com a imagem preponderante na historiografia nacional. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, São Paulo, v. 12, a. 4, p. 35-61, jul.-set. 2017.

ROPPO, Enzo. **O contrato**. Coimbra: Almedina, 2009.

ROSENVALD, Nelson. **As funções da responsabilidade civil**: a reparação e a pena civil. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

ROSENVALD, Nelson. **O Direito Civil em movimento**: desafios contemporâneos. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2019a.

ROSENVALD, Nelson. **A responsabilidade civil pelo ilícito lucrativo**: o *disgorgement* e a indenização restitutória. Salvador: JusPodivm, 2019b.

ROSENVALD, Nelson. **As fronteiras entre a restituição do lucro ilícito e o enriquecimento por intromissão**. *In*: BARBOSA, Mafalda Miranda; MUNIZ, Francisco; Rosenvald, Nelson (coord.). Desafios da nova responsabilidade civil. São Paulo: JusPodivm, 2019c. p. 277-314.

ROSENVALD, Nelson. Responsabilidade civil: compensar, punir e restituir. **Revista IBERC**, Belo Horizonte, v. 2, n. 2, editorial, p. 1-9, abr./jun. 2019d. Disponível em: <http://revistaiberc.responsabilidadecivil.org/iberc/article/view/48/40>. Acesso em 22 jan. 2020.

ROTHENBURG, Walter Claudius. **Princípios constitucionais**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

RUGGIERO, Roberto de. **Instituições de Direito Civil**. Campinas: Bookseller, 2005. v. 1.

RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. A importância de uma teoria [geral] do Direito Civil. *In*: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado *et al* (coord.). **Manual de Teoria Geral do Direito Civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Liberdade(s) e Função**: contribuição crítica para uma nova fundamentação da dimensão funcional do Direito Civil brasileiro. 2009. Tese (Doutorado em Direito das Relações Sociais), Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2009. Disponível em: https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/19174/Carlos_Eduardo_Tese_com_pleta%5b1%5d.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em 12 mar. 2019.

SAAD, Renan Miguel. **O ato ilícito e a responsabilidade civil do Estado**: doutrina e jurisprudência. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1994.

SANDEL, Michael J. **Justiça**: o que é fazer a coisa certa. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2015.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso. **Princípio da reparação integral**: indenização no Código Civil. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

SANTANA, Ágatha Gonçalves. Apresentação da obra. *In*: LEAL, Pastora do Socorro Teixeira (coord.); SANTANA, Ágatha Gonçalves. **Responsabilidade civil no século XXI e a construção dos Direitos de Danos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 11-74.

SANTOS, Eduardo Sens dos. A função social do contrato: elementos para uma conceituação. **Revista de Direito Privado**. São Paulo, n. 13, p. 99-111, jan./mar. 2003.

SANTOS, Romualdo Baptista dos. **Responsabilidade civil por dano enorme**. Curitiba: Juruá, 2018.

SARAIVA, David Emanuel Chiquita. **A tutela preventiva da responsabilidade civil**. 2015. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídicas Forenses) – Faculdade de Direito, Universidade Nova de Lisboa, Lisboa, 2015. Disponível em: https://run.unl.pt/bitstream/10362/15184/1/Saraiva_2015.pdf. Acesso em 08 jan. 2020.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2004.

SAVI, Sérgio. **Responsabilidade civil e enriquecimento sem causa**: o lucro da intervenção. São Paulo: Atlas, 2012.

SCHMIDT, Jan Peter. Responsabilidade civil no direito alemão e método funcional no direito comparado. *In*: MAMEDE, Gladston; ROCHA, Maria Vital da; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz (coord.). **Responsabilidade civil contemporânea**: estudos em homenagem a Silvio de Salvo Venosa. São Paulo: Atlas, 2011.

SCHOPENHAUER, Arthur. **O mundo como vontade e como representação**. São Paulo: UNESP, 2005.

SCHREIBER, Anderson; TEPEDINO, Gustavo. **Código civil comentado**: direito das obrigações. São Paulo: Atlas, 2008. v. 4.

SCHREIBER, Anderson. O futuro da responsabilidade civil: um ensaio sobre as tendências da responsabilidade civil contemporânea. *In*: MAMEDE, Gladston; ROCHA, Maria Vital da; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz (coord.).

Responsabilidade civil contemporânea: estudos em homenagem a Silvio de Salvo Venosa. São Paulo: Atlas, 2011. p. 719.

SCHREIBER, Anderson. **Direito Civil e Constituição**. São Paulo: Atlas, 2013.

SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil**: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 6. ed. São Paulo, Atlas, 2015.

SCHREIBER, Anderson. **Manual de Direito Civil contemporâneo**. 2. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2019a.

SCHREIBER, Anderson. Comentário ao art. 186. *In*: DELGADO, Mário Luiz *et al.* **Código Civil comentado**: doutrina e jurisprudência. Rio de Janeiro: Forense, 2019b.

SCHUCH, Luiz Felipe Siegert. **Dano moral imoral**: o abuso à luz da doutrina e jurisprudência. Florianópolis: Conceito, 2012.

SEGUÍ, Adela Maria. Aspectos relevantes de la responsabilidad civil moderna. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 52, p. 267-318, out./dez. 2004.

SÉJEAN, Michel. The disgorgement of illicit profits in French law. *In*: HONDIUS, Ewoud; JANSEN, André (coord.). **Disgorgement of profits**: gain-based remedies throughout the World. New York: Springer International Publishing, 2015. p. 121-137.

SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto e. O conceito de dano no direito brasileiro e comparado. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**. São Paulo, v.2, p. 333-348, jan./mar. 2015.

SILVA, Rafael Peteffi da; WALKER, Mark Pickersgill. Punitive damages: características do instituto nos Estados Unidos da América e transplante do modelo estrangeiro pela jurisprudência brasileira do Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Seqüência**, Florianópolis, v. 37, n. 74, p. 295-326, dez. 2016.

SILVA, Rafael Peteffi da. Antijuridicidade na responsabilidade civil extracontratual: problemas terminológicos e amplitude conceitual. *In*: MILAGRES, Marcelo; ROSENVALD, Nelson (coord.). **Responsabilidade civil**: novas tendências. 2. ed. Indaiatuba, SP: Foco, 2018. p. 243-360.

SILVA, Rafael Peteffi da. Antijuridicidade como requisito da responsabilidade civil extracontratual: amplitude conceitual e mecanismos de aferição. *In*: DRESCH, Rafael de Freitas Valle; ROSENVALD, Nelson; WESENDOK, Tula (coord.). **Responsabilidade civil**: novos riscos. Indaiatuba, SP: Foco, 2019a. p. 349-384.

SILVA, Rafael Peteffi da. Antijuridicidade como requisito da responsabilidade civil extracontratual: amplitude conceitual e mecanismos de aferição. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, São Paulo, v. 18, p. 169-214, jan./mar. 2019b.

SILVA, Rodrigo da Guia. **Enriquecimento sem causa**: as obrigações restitutórias no Direito Civil. São Paulo: RT, 2018.

SILVA, Rodrigo da Guia. Remédios no direito privado: tutela das situações jurídicas subjetivas em perspectiva civil-constitucional. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v. 98, p. 255-303, mar./abr. 2019.

SILVA, Rodrigo da Guia; SOUZA, Eduardo Nunes. Tutela da pessoa humana na lei geral de proteção de dados pessoais: entre a atribuição de direitos e a enunciação de remédios. **Pensar**, Fortaleza, v. 24, n. 3, p. 1-22, jul./set. 2019.

SILVA, Wilson Melo da. **Da responsabilidade civil automobilística**. São Paulo: Saraiva, 1974.

SIQUEIRA JÚNIOR, Paulo Hamilton. Pós-positivismo. **Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo**. São Paulo, v. 28, p. 239 - 265, jul-dez. 2011.

SIRENA, Pietro. Towards a European Law of Unjustified Enrichment. **Osservatorio del Diritto Civile e Commerciale**, Bologna, v. 1, p. 135-158, jan. 2012. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3399731. Acesso em 23 dez. 2019.

SMORTO, Guido. Sul significato di “rimedi”. Milano, **Europa e Diritto Privato**, n. 1, p. 159-200, 2014.

SOUZA, Carlos Eduardo Silva e. Indústria do dano ou indústria da lesão? Uma análise crítica diante da constitucionalização da responsabilidade civil. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 997, p. 175-210, nov. 2018.

SOUZA, Eduardo Nunes de. Situações jurídicas subjetivas: aspectos controversos. **Civilistica.com**, Rio de Janeiro, ano 4, n. 1, p. 01-26, 2015.

STOCO, Rui. Responsabilidade Civil no Código Civil francês e no Código Civil brasileiro: estudos em homenagem ao bicentenário do Código Civil francês. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 835, p.11-58, jan. 2005.

SUSTEIN, Cass Robert *et al.* **Punitive damages**: how juries decide. Chicago: The University of Chicago Press, 2002.

SZTAJN, Rachel. Propriedade, contrato, empresa e função social. **Revista de Direito Recuperacional e Empresa**, São Paulo, v. 1, jul./set. 2016.

TARTUCE, Flávio. **Função social dos contratos**: do Código de Defesa do Consumidor ao Código Civil 2002. São Paulo: Método, 2007.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**: volume único. 4. ed. São Paulo: Método, 2014.

TEPEDINO, Gustavo. Editorial. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro. v. 2. p. V-VI, 2000.

TEPEDINO, Gustavo. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v. 6, 2001.

TEPEDINO, Gustavo. A constitucionalização do Direito Civil: perspectivas interpretativas diante do novo Código. *In*: SÁ, Maria Fátima Freire de; FIUZA, Cézár; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (coord.). **Direito Civil: Atualidades**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a constitucionalização do Direito Civil. **Revista de Direito do Estado**, Brasília, a. 1, n. 2, p. 37-53, abr./jun. 2006.

TEPEDINO, Gustavo. O art. 931 do Código Civil e a antijuridicidade do dano injusto. **Revista Brasileira de Direito Civil**, Belo Horizonte, v. 22, p. 11-13, editorial, out./dez. 2019.

TIMM, Luciano Benetti. Os grandes modelos de responsabilidade civil no direito privado: da culpa ao risco. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 55, p. 149-167, jul./set. 2005.

TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. Uma década de aplicação da função social do contrato: análise da doutrina e da jurisprudência brasileiras. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 940, p. 49-88, fev. 2014.

TUNC, André. **La responsabilité civile**. Paris: LGDG, 1950.

VARELA, João de Matos Antunes. **Das obrigações em geral**. 10. ed. Coimbra: Almedina, 2000. (v. 1).

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: parte geral**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010. (v.1).

VENTURI, Taís G. Pascoaloto. Breves notas sobre a análise econômica da responsabilidade civil. *In*: MILAGRES, Marcelo; ROSENVALD, Nelson (coord.). **Responsabilidade civil: novas tendências**. 2. ed. Indaiatuba, SP: Foco, 2018. p. 73-86.

VIANNA, Tauanna Gonçalves. Indenização punitiva no Brasil: desafios e configuração. **Doutrinas Essenciais de Dano Moral**, São Paulo, v. 4, p.581-603, jul. 2015.

VIEIRA, Andréia Costa. **Civil Law e Common Law: os dois grandes sistemas legais comparados**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2007.

VIEIRA, Patricia Ribeiro Serra. **A responsabilidade civil objetiva no direito de danos**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

VIRGO, Graham. **The principles of the law of restitution**. 3. ed. Oxford: Oxford University Press, 2015.

WALD, Arnaldo. A evolução da responsabilidade civil e dos contratos no direito francês e brasileiro. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 845, p.81-94, mar. 2006.

WALKER, Mark Pickersgill. Punitive damages nos ordenamentos jurídicos da *Common Law* e o caráter punitivo-pedagógico do dano extrapatrimonial no brasil:

uma desambiguação necessária. *In*: MIRAGEM, Bruno (org.). **Direito Privado comparado**. Belo Horizonte: Letramento, 2018. p. 368-405.

WATTERSON, Stephen. Gain-based remedies for civil wrongs in England and Wales. *In*: HONDIUS, Ewoud; JANSEN, André (coord.). **Disgorgement of profits: gain-based remedies throughout the World**. New York: Springer International Publishing, 2015. p. 28-69.

WERNER, Felipe Probst. A inobservância da função desmotivadora da responsabilidade civil como causa da permanente vulnerabilidade do *Homo Oeconomicus* no Direito brasileiro. *In*: DONNINI, Rogério (coord.); ZANETTI, Andrea Cristina (org.). **Risco, dano e responsabilidade civil**. Salvador: JusPodivm, 2018.

WILCOX, Vanessa. Punitive damages in England. *In*: KOZIOL, Helmut; WILCOX, Vanessa (coord.). **Punitive damages: Common Law and Civil Law perspectives**. Wien: Springer-Verlag, 2009 (Tort and Insurance Law, v. 25).

WOLKMER, Antonio Carlos. **História do Direito no Brasil**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015

ZACK, Stephen. Development and transitions in recent United States punitive damages awards. *In*: RODAS, João Grandino (org.). **Direito Econômico e Social: atualidades e reflexões sobre direito concorrencial, do consumidor, do trabalho e tributário**. São Paulo: RT, 2012. p. 365-380.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Tratado de derecho penal**: parte general. Buenos Aires: Ediar, 1996. t. II.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Tratado de derecho penal**: parte general. Buenos Aires: Ediar, 1998. t. I.

ZANETTI, Ana Cristina. Aspectos da razoabilidade na responsabilidade civil pós-moderna. *In*: DONNINI, Rogério (coord.); ZANETTI, Andrea Cristina (org.). **Risco, dano e responsabilidade civil**. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 33-56.

ZANNONI, Eduardo A. **El daño en la responsabilidad civil**. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1982.

ZIMMERMANN, Reinhard. **The law of obligations**: roman foundations of the civilian tradition. 1. ed. Cape Town: Juta & Co, 1990.

ZIMMERMANN, Reinhard. O Código Civil alemão e o desenvolvimento do Direito Privado na Alemanha. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, São Paulo, vol. 12, p. 317-318, jul./set. 2017.

ZIPURSKY, Benjamin C. Punitive Damages after Philip Morris USA v. Williams. **Court Review**, Washington, DC, v. 44, n. 4, p. 134-155, 2007. Disponível em: <http://aja.ncsc.dni.us/publications/courtrv/cr44-4/CR44-4.pdf>. Acesso em: 7 abr. 2019.