



FACULDADE BAIANA DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

MARIA CAROLINA ROCHA RIBEIRO DA SILVA

**A (IM)POSSIBILIDADE DA APLICAÇÃO DO
DISGORGEMENT NO ORDENAMENTO JURÍDICO
BRASILEIRO**

Salvador
2018

MARIA CAROLINA ROCHA RIBEIRO DA SILVA

**A (IM)POSSIBILIDADE DA APLICAÇÃO DO
DISGORGEMENT NO ORDENAMENTO JURÍDICO
BRASILEIRO**

Monografia apresentada ao curso de graduação em Direito, Faculdade Baiana de Direito, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Luciano Lima Figueiredo

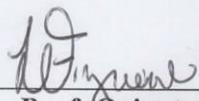
Salvador
2018

**ATA DE DEFESA DE MONOGRAFIA DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM
DIREITO DA FACULDADE BAIANA DE DIREITO**

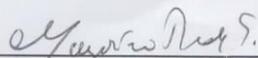
Aos **14 de agosto de 2018** realizou-se, na sede da Faculdade Baiana de Direito, na Rua Dr. José Peroba, nº 123, Stiep – em Salvador Bahia, às **14h30** a sessão de Defesa da Monografia Final do (a) bacharelando (a) **Maria Carolina Rocha Ribeiro da Silva**, intitulada, *A (im) possibilidade da aplicação do Disgorgement no ordenamento jurídico brasileiro.*, estando presente o (a) Orientador(a) **Prof.(a) Luciano Lima Figueiredo**, os demais componentes da Banca Examinadora, **Prof(a) Maurício Requião Sant'Anae**, **Prof(a) Gustavo Cunha Prazeres** e, ainda, alunos do Curso de Direito. Os trabalhos foram iniciados e os integrantes da Banca Examinadora passaram a arguir o aluno (a). Após a arguição, a Banca Examinadora deliberou nos seguintes termos:

Banca Examinadora	Notas	Indicação de alteração do texto para a entrega da versão final
Luciano Lima Figueiredo	9,5	
Maurício Requião Sant'Ana	9,5	
Gustavo Cunha Prazeres	9,5	

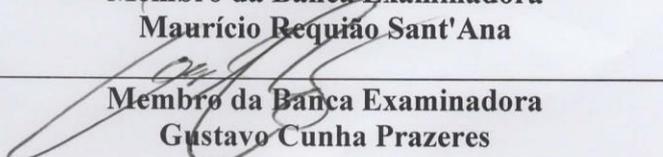
Nada mais havendo a tratar, o (a) Senhor (a) Presidente declarou encerrada a sessão, sendo lavrada a presente ata que, depois de lida e aprovada, vai assinada pelos membros da Banca Examinadora.



**Prof. Orientador
Luciano Lima Figueiredo**



**Membro da Banca Examinadora
Maurício Requião Sant'Ana**



**Membro da Banca Examinadora
Gustavo Cunha Prazeres**

Aos meus pais e à minha irmã, por me permitirem acreditar na possibilidade de concretização dos sonhos.

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais, Hudson e Fátima, que sempre se mostraram presentes, aceitando a minha escolha de curso e me incentivando a buscar cada vez mais a minha felicidade a partir das minhas escolhas profissionais.

À minha irmã, por estar sempre ao meu lado, me apoiando sempre que necessário e me auxiliando na minha graduação sempre que possível. Aos meus avós João e Zélia, e em memória de Isaac e Jacira, por todo o amor e incentivo. Aos demais membros da minha família, por me mostrarem a necessidade de equilibrar todos os pontos da vida, tornando-a mais leve.

Ao meu orientador, professor Luciano Lima Figueiredo, de quem eu tive o privilégio de ser aluna em três disciplinas, e que foi essencial para que eu despertasse o interesse pelo Direito Civil, por todo o auxílio durante a construção do trabalho de conclusão de curso.

Aos integrantes da Terceira Turma Recursal do Juizado Especial Federal Cível da Seção Judiciária do Estado da Bahia pelos dois anos de estágio – sem tal experiência, talvez eu nunca percebesse a minha afinidade pelas questões relacionadas à responsabilidade civil.

À Dr. Ailton Schramm, pelo vasto conhecimento compartilhado em meio aos debates acerca dos processos envolvendo a responsabilidade civil estatal. Às minhas supervisoras, Mariana Mendonça e Karine Magalhães, por todo cuidado, carinho, compreensão e oferta de aprendizado durante os dois anos de estágio junto à Primeira Relatoria da Terceira Turma Recursal.

Aos queridos amigos, Luísa De Leo, Marília Sampaio, Karen Priscila, Joana Araújo, Tiana Ribeiro, Laís Divinal e Rafael Medeiros, por estarem presentes durante toda a trajetória da graduação e por toda a compreensão e ajuda durante a fase de construção do trabalho monográfico. À Nina Gabriela, Ingrid Bastos, Jana Queiroz, Isabele Pimentel, Giovana Bastos, Bruna Libório, Kíssia Gonzaga, Caique Porto e Felipe Borges, pelos momentos de descontração e pelo suporte necessário para seguir em frente. À Larissa Gomes e Orlando Serra, por todo carinho, pelo apoio nos momentos difíceis e pela companhia nos momentos bons.

Ao meu amigo Henrique Magalhães, por estar sempre presente, por estar ao meu lado desde o Ensino Médio e por acompanhar a minha trajetória durante a graduação, me dando suporte emocional sempre que necessário.

Aos demais professores que demonstraram interesse pelo tema escolhido, em especial à Vicente Passos e Paulo Oliveira, pelo incentivo em seguir em frente com a pesquisa. Aos funcionários da biblioteca, em especial à Edilene Oliveira, pela boa vontade e disposição em ajudar. Por fim, a todos que de alguma forma se mostraram presentes, contribuindo para a construção da presente monografia.

“O direito é um poder passivo ou pacificado pelo Estado e é sinônimo de poder, pois sem esta participação e legitimação democrática, só resta a violência, a descrença e a barbárie”.

Hannah Arendt.

RESUMO

A questão da quantificação do montante indenizatório a ser pago à vítima de um dano de cunho extrapatrimonial se mostra como uma das mais controvertidas no âmbito da responsabilidade civil brasileira. Diferentemente do que ocorre quando se está diante da ocorrência de um dano patrimonial, não é possível se valer da consolidada teoria da diferença para calcular o valor que deverá ser pago a título de indenização nos casos em que há o atingimento da esfera extrapatrimonial de um sujeito. Partindo da constatação de que a própria definição do dano extrapatrimonial demonstra a existência de um campo ligado a questões subjetivas do indivíduo, a conclusão de que os critérios utilizados pelos magistrados no exercício da função de aplicação do direito são, em regra, dotados de grande subjetividade, não demonstra qualquer surpresa. Assim, observa-se que a discricionariedade passa a fazer parte do cotidiano das partes envolvidas em ações de reparação civil originadas a partir da ocorrência de danos extrapatrimoniais. A despeito da inexistência de um critério legal objetivo no ordenamento pátrio capaz de mensurar o *quantum* indenizatório a ser pago, em ordenamentos jurídicos estrangeiros é possível verificar a presença de mecanismos que, aplicados a determinadas hipóteses fáticas, podem servir como uma base de mensuração válida, desde que respeitados determinados limites. A discussão perpassa, necessariamente, pelas funções da responsabilidade civil e os debates que as envolvem. Não restam dúvidas acerca do caráter reparatório ou compensatório da responsabilidade civil, todavia, ainda é possível vislumbrar, tanto no âmbito da doutrina quanto na jurisprudência, questões importantes acerca da possibilidade ou não da adoção das funções preventiva e, principalmente punitiva da responsabilidade civil. Não deixando de observar as questões relativas às funções da responsabilidade civil e, a partir da análise do direito estrangeiro, constata-se a existência do instituto denominado de *disgorgement of profits* ou *disgorgement damages* como um mecanismo capaz de objetivar a quantificação do dano extrapatrimonial nas hipóteses em que o ofensor, mesmo após eventual condenação ao pagamento de indenização, mantém em seu patrimônio lucros auferidos a partir da lesão a bem jurídico de outrem.

Palavras-chave: responsabilidade civil; funções da responsabilidade civil; *disgorgement of profits*; *disgorgement damages*; lucro da intervenção; dano extrapatrimonial.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

art.	artigo
CC	Código Civil
CF/88	Constituição Federal da República
CJF	Conselho da Justiça Federal
des.	desembargador
Min.	Ministro
PL	Projeto de Lei
Rel.	Relator
REsp.	Recurso Especial
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TJ	Tribunal de Justiça
TR	Turma Recursal
TRF	Tribunal Regional Federal

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 DA RESPONSABILIDADE CIVIL	14
2.1 DESENVOLVIMENTO HISTÓRICO	16
2.2 ELEMENTOS ESSENCIAIS DA RESPONSABILIDADE CIVIL	21
2.2.1 Conduta	22
2.2.2 Dano	23
2.2.3 Nexo de causalidade	26
2.2.4 Culpa	29
2.3 RESPONSABILIDADE CONTRATUAL E EXTRACONTRATUAL	32
2.4 FUNÇÕES DA RESPONSABILIDADE CIVIL	34
2.4.1 Função reparatória ou compensatória	36
2.4.2 Função preventiva	38
2.4.3 Função punitiva	40
3 O PROBLEMA DA QUANTIFICAÇÃO DO DANO EXTRAPATRIMONIAL	44
3.1 O DANO	47
3.2 ESPÉCIES DE DANO	50
3.3 O DANO EXTRAPATRIMONIAL	53
3.3.1 Breve histórico e consolidação como espécie autônoma	55
3.3.2 Conceito	57
3.4 A LIQUIDAÇÃO DO DANO EXTRAPATRIMONIAL	62
4 A (IM)POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DO <i>DISGORGEMENT OF PROFITS</i> NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	66
4.1 CONCEITO E ORIGEM	68
4.2 APLICAÇÃO NOS ORDENAMENTOS ESTRANGEIROS	70
4.3 A POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DO <i>DISGORGEMENT OF PROFITS</i> NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO COMO UMA FORMA VIÁVEL À QUANTIFICAÇÃO DO VALOR A SER PAGO ANTE A OCORRÊNCIA DE UM DANO EXTRAPATRIMONIAL	75
5 CONCLUSÃO	87
REFERÊNCIAS	91

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho gira em torno da problemática que há muito se observa no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro. Ao analisar o histórico da responsabilidade civil, constata-se um campo no qual sempre foram travados diversos debates e, a quantificação do valor a ser pago à vítima de um dano extrapatrimonial ainda se mostra como uma questão capaz de levar à diversos questionamentos.

Desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, que expressamente previu a indenizabilidade dos danos extrapatrimoniais, doutrina e jurisprudência se debruçam sobre a questão da mensuração do *quantum* indenizatório devido em situações de atingimento de bens tutelados pelo direito, mas insuscetíveis de apreciação econômica. O Direito é um campo em constante evolução e, a responsabilidade civil é um ramo que abarca cada vez mais situações fáticas, de modo que, encontrar novos mecanismos capazes de dar coerência ao sistema se mostra como uma questão importante e relevante no meio jurídico.

Nesse sentido, observa-se uma crescente necessidade de buscar critérios objetivos para quantificar a indenização devida em face de algo que, essencialmente, toca a esfera subjetiva de alguém: o dano extrapatrimonial. O Poder Judiciário brasileiro aplica, no momento da quantificação, os mais diversos critérios a fim de determinar o *quantum* indenizatório devido à vítima de um dano extrapatrimonial, todavia, tais critérios se mostram quase sempre discricionários, exteriorizando a subjetividade do magistrado sentenciante.

O presente trabalho, fundamentado a partir de pesquisa bibliográfica, legislativa e jurisprudencial, intenta trazer para o centro das discussões a problemática do montante a ser indenizado em casos de lesão à esfera extrapatrimonial de outrem, principalmente nas hipóteses em que o ofensor se mantém em posição vantajosa, mesmo após a ação indenizatória. Notadamente, quando se está diante de uma ação indenizatória em decorrência de um dano extrapatrimonial, os olhares se voltam ao dano causado à vítima, de modo que poucas são as vezes em que a conduta do lesante que calcula as vantagens da prática ilícita serve como forma de objetivar o valor pago a título indenizatório.

Os países adeptos ao *common law* possuem um sistema de responsabilidade civil estruturado de forma diversa da que se observa no Brasil, todavia, os mecanismos utilizados por eles não devem ser ignorados pela doutrina nacional. Assim, surge a possibilidade de aplicação do instituto de origem anglo-saxã conhecido como *disgorgement of profits* ou *disgorgement damages*, em casos nos quais um sujeito causa dano a outrem visando a obtenção de lucros. Tal mecanismo, apesar de possuir uma aplicação mais alargada em países estrangeiros, pode se mostrar como um critério viável à quantificação do montante indenizatório devido à vítima de um dano extrapatrimonial, respeitadas determinadas limitações. Assim, cabe realizar uma análise acerca do instituto estrangeiro, perpassando por sua origem, requisitos, possibilidade de aplicação, bem como qual seria a forma de ingresso do instituto no âmbito do direito nacional.

Para que seja possível a realização da análise da possibilidade de aplicação do *disgorgement of profits* no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro, é necessário tecer considerações acerca de importantes pontos que circundam o campo da responsabilidade civil. Em capítulo geral acerca da responsabilidade civil, é mister tratar sobre seu histórico e evolução, bem como delinear questões acerca dos elementos essenciais que a integram e, traçar diferenciações entre as responsabilidades subjetiva e objetiva, observando o elemento culpa.

Ainda no segundo capítulo, ponto de bastante relevância diz respeito às funções da responsabilidade civil. Grandes discussões podem ser observadas no que diz respeito à quantificação do dano e, tais debates necessariamente ensejam reflexões acerca de tal ponto, motivo pelo qual, são abordadas questões relativas à função reparatória ou compensatória, função preventiva e função punitiva. A função punitiva, em especial, possui particular relevância para a presente monografia.

Em segundo momento, imperioso abordar de forma mais aprofundada os danos clássicos, não se olvidando, todavia, a existência dos chamados novos danos. Em relação aos danos extrapatrimoniais, diante da inequívoca disposição constitucional acerca de sua indenizabilidade, surge a necessidade de tecer considerações acerca da problemática em torno da quantificação do montante indenizatório a ser pago à vítima.

Por fim, intenta-se analisar a possibilidade ou impossibilidade da aplicação do *disgorgement of profits* no ordenamento jurídico brasileiro, bem como, qual a via

adequada para a inserção do instituto no direito nacional. Para tanto, mister tecer considerações acerca da origem, evolução, aplicação e campo de incidência do mecanismo estrangeiro ora analisado. Deve-se ter em mente que, por se tratar de um ramo do direito que encontra constante evolução, a responsabilidade civil se mostra, quando bem estruturada, como um mecanismo capaz de tutelar as mais diversas demandas sociais, de modo que, o estudo de novos institutos é de suma importância para o seu desenvolvimento.

2 DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Qualquer atividade que enseje um prejuízo a outrem carrega em seu bojo, como fato social, a problemática da responsabilidade civil¹. Nesse sentido, Aguiar Dias dispõe que “toda manifestação da atividade humana traz em si o problema da responsabilidade”². Com o aumento da complexidade das relações sociais, a conduta humana se mostra cada vez mais apta a ensejar prejuízos a terceiros, motivo pelo qual, se mostra de extrema relevância a discussão acerca da responsabilidade civil.

A responsabilidade em sentido amplo pode decorrer tanto de normas morais quanto de normas jurídicas. A responsabilidade moral se limita ao âmbito da consciência, não se exteriorizando no plano social e, conseqüentemente, não atingindo a ordem jurídica. Dessa forma, constata-se que somente a responsabilidade jurídica pode ser cogitada em face da ocorrência de um prejuízo. Concretizado o prejuízo, o autor do dano será obrigado a recompor o direito atingido, reparando o mal causado³.

Perpassando o âmbito da responsabilização jurídica, Pier Giuseppe Monateri indica que não há uma definição suficiente de responsabilidade civil, de modo que se faz necessária a análise de um esboço das definições mais utilizadas. Aponta, inicialmente, que a responsabilidade civil é aquela regulada pelo Direito Privado, contrapondo-se, então, à responsabilidade penal e à responsabilidade administrativa⁴. Afirma, ainda, que por se tratar de um campo do direito intrinsecamente relacionado à comportamento em constante evolução, acaba-se visualizando uma normatização de aspectos gerais, motivo pelo qual, é possível inferir que a responsabilidade civil se trata de um campo fortemente explorado pela doutrina e pela jurisprudência⁵.

Já Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho indicam que a responsabilidade diz respeito à obrigação que alguém tem de assumir conseqüências decorrentes de sua atividade e, o respaldo principal de tal obrigação se funda no princípio fundamental

¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. 11.ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 19.

² AGUIAR DIAS, José de. **Da Responsabilidade Civil**. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1954, p. 01.

³ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Op.cit.*, 2016, p. 20.

⁴ MONATERI, Pier Giuseppe. *Nature and Purposes of Civil Responsibility*. Tradução por TARTUCE, Flávio; GIANNESI, Giuliana. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 26, n. 112, jul./ago. 2017, p. 3-4.

⁵ *Ibidem*, p. 19-20.

da proibição de ofender (*neminem laedere*)⁶. Justamente pelo fato de se indicar que a responsabilidade faz surgir uma obrigação, por vezes é possível constatar certa confusão entre os institutos, de modo que se faz necessário diferenciá-los.

A distinção entre responsabilidade e obrigação remete à teoria formulada pelo alemão Alois Brinz, que segrega a obrigação entre *Schuld und Haftung*, fazendo nascer uma visão dualista do vínculo obrigacional no qual o débito (*Schuld*), seria o dever de prestar, de realizar uma atividade em favor do credor e, a responsabilidade (*Haftung*), uma forma de instrumentalizar a efetivação da obrigação, indicando quais bens do credor poderiam ser utilizados para o adimplemento do débito. Para os adeptos da doutrina dualista, o débito e a responsabilidade coexistiriam na relação obrigacional, porém, a responsabilidade somente seria verificada diante do inadimplemento do débito⁷.

Por outro lado, a visão unitarista não realiza essa distinção entre débito e responsabilidade. Para tal corrente, o que existe são faces de um mesmo vínculo e não vínculos distintos. A responsabilidade, então, seria uma decorrência do vínculo obrigacional⁸. Em todo caso, a “obrigação” pode ser definida como a relação jurídica que estabelece vínculos jurídicos entre duas diferentes partes, cujo objeto é uma prestação pessoal, positiva ou negativa, e que deverá ser cumprida, sob pena de coerção judicial⁹. “A obrigação é o direito a um comportamento pessoal do devedor; esse é seu objeto imediato – ainda que mediatamente vise a uma coisa”¹⁰.

A obrigação pode nascer através das mais diversas fontes e, deve ser cumprida de forma voluntária. Quando o cumprimento não se dá de forma espontânea, observa-se o inadimplemento e, assim, surge a responsabilidade como consequência jurídica patrimonial¹¹. Nessa linha de raciocínio, preceitua Carlos Roberto Gonçalves que o instituto da responsabilidade civil é parte integrante do direito das obrigações, tendo

⁶ GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 15.ed. Saraiva: 2017, p. 49-50.

⁷ DIDIER JR. Fredie. CUNHA, Leonardo Carneiro. BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael Alexandria. **Curso de Direito Processual Civil: Execução**. 8.ed. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 336-339.

⁸ *Ibidem*, loc.cit.

⁹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Obrigações**. 9.ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 14.

¹⁰ DIDIER JR. Fredie. CUNHA, Leonardo Carneiro. BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael Alexandria. *Op.cit.*, 2018, p. 340.

¹¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. 11.ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 20-21.

em vista que a principal consequência prática de um ato ilícito é a obrigação de reparar o dano causado¹².

Para além das diferenciações entre os institutos, ainda se faz necessário destacar que a responsabilidade civil se mostra, atualmente, como uma das searas do Direito Civil que passou (e ainda passa) por grandes evoluções, posto que é instrumento que dá vazão aos anseios de uma sociedade em transformação e envolta por grandes avanços tecnológicos e científicos¹³. Nesse sentido, ao discorrer acerca dos escritos de Anderson Schreiber na obra “Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil”, Maria Celina Bodin de Moraes indica que a responsabilidade civil perpassou por mudanças radicais e, que tais mudanças foram responsáveis pela realização de uma mitigação e posterior substituição dos elementos tradicionais da responsabilidade civil por “novos e assistemáticos critérios, não tendo sido tal processo, porém, acompanhado do necessário esclarecimento teórico-científico acerca de seus conteúdos”¹⁴.

Com a evolução da sociedade e o aumento da complexidade envolvendo as relações interpessoais, passou-se a observar um incremento considerável do potencial lesivo da autonomia privada¹⁵, motivo pelo qual discutir acerca da responsabilidade civil é temática que possui particular importância.

2.1 DESENVOLVIMENTO HISTÓRICO

A responsabilidade civil, historicamente, perpassou por diversas fases. Quando os homens viviam em pequenos grupos, de acordo com Luiz Ricardo Guimarães, o que imperava era a vingança coletiva, de modo que, se um sujeito causasse dano a outro, era punido por todos os membros do grupo que formava essa sociedade primitiva. Tal punição, em geral, se dava a partir da exclusão do ofensor ou da sua morte – não

¹² GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. 11.ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 22.

¹³ RENNERT, Rafael Henrique. Notas Sobre o Conceito de Dano na Responsabilidade Civil. **Revista Legis Augustus**, Rio de Janeiro, v. 3, n. 2, jul./dez. 2012, p. 94. Disponível em: <<http://apl.unisuam.edu.br/revistas/index.php/legisaugustus/article/view/284/226>>. Acesso em 19 dez. 2017.

¹⁴ MORAIS, Maria Celina Bodin de. In: SCHREIBER, Anderson. **Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil: Da Erosão dos Filtros da Reparação à Diluição dos Danos**. 6.ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. XIV.

¹⁵ SCHREIBER, Anderson. **Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil: Da Erosão dos Filtros da Reparação à Diluição dos Danos**. 6.ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 86.

existiam regras ou limites¹⁶. Com a evolução histórica, a própria vítima poderia repelir a agressão sofrida. Tem-se, então, a vingança privada, na qual o dano causado por uma agressão era repellido a partir de uma nova agressão, capaz de causar igual prejuízo¹⁷.

Observa-se, então, que nos primórdios da sociedade a primeira forma de reação em face de um mal sofrido era vislumbrada através da vingança privada, tanto coletiva quanto individual. Nas palavras de Nelson Rosenthal, “na ausência de um poder central, a vendeta era levada a efeito pela própria vítima ou pelo grupo ao qual pertencia”¹⁸.

Além da verificação de um poder punitivo exercido pela própria vítima, segundo os ensinamentos de Carlos Roberto Gonçalves, não havia qualquer análise acerca da existência de culpa em face do evento danoso, tendo em vista que a reação do ofendido era imediata, instintiva e brutal, fazendo com que a vingança prevalecesse sobre o direito¹⁹. Tem-se, portanto, a vingança privada como marco originário e embrião daquilo que viria a se tornar a responsabilidade civil conhecida atualmente²⁰.

A vingança privada passa a observar alguma espécie de regulamentação a partir da Pena de Talião. Conforme preceituam Luciano Lima Figueiredo e Roberto Lima Figueiredo, a Pena de Talião pode ser tida como embrião da responsabilidade civil no âmbito do Direito Romano. Ainda não havia debate acerca da culpa, do dolo ou da proporcionalidade, de modo que era possível utilizar o próprio corpo humano como mecanismo reparador²¹. A aludida regulamentação remete à conhecida expressão “olho por olho, dente por dente”²², que claramente exprime a ideia de desforra.

Com a evolução e o aumento da complexidade da sociedade, é possível verificar o início da fase de composição. A composição nasce em decorrência da constatação

¹⁶ GUIMARÃES, Luiz Ricardo. Responsabilidade Civil – Histórico e Evolução. Conceito e Pressupostos. Culpabilidade e Imputabilidade. **Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos**. São Paulo: BDJur, 2000, p. 174. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/19911>>. Acesso em 17 fev. 2018.

¹⁷ *Ibidem*, p. 175.

¹⁸ ROSENTHAL, Nelson. **As Funções da Responsabilidade Civil: A Reparação e a Pena Civil**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 35.

¹⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. 11.ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 24.

²⁰ FIGUEIREDO, Luciano; FIGUEIREDO, Roberto. **Direito Civil: Obrigações e Responsabilidade Civil**. 5.ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 286.

²¹ *Ibidem*, *loc.cit.*

²² GONÇALVES, Carlos Roberto. *Op.cit.*, 2016, p. 25.

de que não há vantagem na retaliação, tendo em vista que diante da vingança, o que surge é um novo dano²³. A composição, inicialmente era voluntária, todavia, a partir do surgimento da Lei das XII Tábuas, tem-se a determinação de sua obrigatoriedade – além disso, o instituto passa a ser regulamentado²⁴. Nesse período, quando já se observa uma autoridade soberana, o legislador veda que a vítima realize justiça pelas próprias mãos, de modo que a composição voluntária passa a ser obrigatória e tarifada²⁵.

Pelo sistema da composição, impõe-se ao autor da agressão o dever de reparar o mal que proporcionou à vítima através do pagamento de determinada quantia em dinheiro ou bens²⁶. A compensação pecuniária, portanto, passou a substituir tanto a primitiva vingança privada quanto a Pena de Talião²⁷. Ao invés de atingir o corpo do ofensor, a vítima, através da via transacional e a seu critério, receberia uma importância em dinheiro ou em outros bens²⁸.

A partir do momento em que o homem passou a viver em comunidades, os conflitos de interesses passaram a ser vistos de forma usual. Justamente em face da necessidade de equilibrar os anseios individuais aos coletivos é que o direito passa por transformações, visto que um comportamento tido como padrão de conduta poderá ser tido como incompatível em um momento futuro²⁹.

A humanização do direito trouxe consigo o princípio da responsabilidade patrimonial, o qual determina que somente o patrimônio do sujeito se submete à execução da prestação inadimplida – dessa forma, o corpo do devedor não é mais alvo da responsabilização pelo descumprimento de uma obrigação³⁰.

²³ GUIMARÃES, Luiz Ricardo. Responsabilidade Civil – Histórico e Evolução. Conceito e Pressupostos. Culpabilidade e Imputabilidade. **Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos**. São Paulo: BDJur, 2000, p. 175. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/19911>>. Acesso em 17 fev. 2018.

²⁴ *Ibidem*, *loc.cit.*

²⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. 11.ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 25.

²⁶ AMORIM, Paulo Henrique. **A responsabilidade civil decorrente de danos ocasionados por fenômenos da natureza**. Santa Catarina, 2011, p. 02. Disponível em <<http://buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/5415-5407-1-PB.htm>>. Acesso em 24 out. 2017.

²⁷ ROSENVALD, Nelson. **As Funções da Responsabilidade Civil: A Reparação e a Pena Civil**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 35.

²⁸ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 15.ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 58.

²⁹ RESEDÁ, Salomão. **A Função Social do Dano Moral**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009, p. 76.

³⁰ DIDIER JR. Fredie. CUNHA, Leonardo Carneiro. BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael Alexandria. **Curso de Direito Processual Civil: Execução**. 8.ed. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 71.

Traçada a evolução histórica relacionada à responsabilidade patrimonial do sujeito inadimplente, é necessário analisar a questão da culpa e do surgimento da responsabilização nela fundada. Nesse sentido, “um marco na evolução histórica da responsabilidade civil se dá, porém, com a edição da *Lex Aquilia*”³¹. De acordo com Luiz Ricardo Guimarães, a *Lex Aquilia* foi o pilar para o desenvolvimento da responsabilidade civil baseada na culpa³².

No momento em que a função punitiva passou a ser somente do Estado, a responsabilização civil tomou espaço ao lado da responsabilização penal e, é na *Lex Aquilia Damno* que se verifica um princípio geral regulador da reparação do dano³³. Constata-se, nesse ponto, a inserção de um elemento subjetivo no âmbito da responsabilidade civil³⁴. Os ideais romanos ultrapassaram fronteiras, influenciando na construção jurídica de outros ordenamentos.

No direito francês, passa-se a observar um princípio geral da responsabilidade civil e, gradualmente, são estabelecidos princípios que exerceram importante influência em outros povos – um exemplo diz respeito ao direito à reparação diante da culpa, ainda que leve³⁵. Percebe-se, portanto, que o direito francês foi responsável por aperfeiçoar as ideias romanas e generalizar o princípio aquiliano *in lege aquilia et levissima culpa venit*, que expressa a ideia de que a culpa, ainda que levíssima, obriga a indenizar³⁶.

A inserção da culpa como elemento básico da responsabilidade civil aquiliana (extracontratual), foi incorporada a partir do Código de Napoleão, que influenciou o conteúdo de diversas legislações civis ao redor do mundo, inclusive as disposições do Código Civil Brasileiro de 1916³⁷.

No Brasil, em decorrência das determinações da Constituição do Império, inicialmente se observava a reparação cível condicionada à reparação penal. Todavia, em

³¹ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 15.ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 59.

³² GUIMARÃES, Luiz Ricardo. Responsabilidade Civil – Histórico e Evolução. Conceito e Pressupostos. Culpabilidade e Imputabilidade. **Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos**. São Paulo: BDJur: 2000, p. 176. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/19911>>. Acesso em 17 fev. 2018.

³³ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. 11.ed. São Paulo: Saraiva: 2016, p. 25.

³⁴ FIGUEIREDO, Luciano; FIGUEIREDO, Roberto. **Direito Civil: Obrigações e Responsabilidade Civil**. 5.ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 287.

³⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Op.cit.*, 2016, p. 26.

³⁶ GUIMARÃES, Luiz Ricardo. *Op.cit.*, 2000, p. 177.

³⁷ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Op.cit.*, 2017, p. 60.

momento posterior, verificou-se a adoção do princípio da independência entre as jurisdições civil e criminal³⁸.

Excetuadas poucas hipóteses em que se admitia a culpa presumida, o Código Civil de 1916 se filiou à teoria subjetiva da responsabilidade civil a partir do art. 159, exigindo prova de culpa ou dolo do lesante para que pudesse lhe ser imposta a obrigação de reparar o dano³⁹ - tratava-se, pois, do habitat legal da responsabilidade derivada da culpa⁴⁰. Contudo, com o decorrer do tempo e a modificação da sociedade, as construções teóricas em torno da culpa no âmbito da responsabilidade civil passaram por grandes avanços.

Com o aumento da complexidade das relações surge a necessidade de criação de novas formas de proteção às vítimas de um dano e, em face de tal situação, surge a teoria do risco, de modo a determinar que aquele que lucra com atividade considerada arriscada deve arcar com os danos causados em decorrência de tal atividade, inaugurando a responsabilidade objetiva, portanto⁴¹.

As hipóteses de responsabilidade objetiva dizem respeito àquelas nas quais o sujeito responderá, independentemente da presença da culpa. Por decorrência lógica, se existem hipóteses em que a responsabilização independe de culpa, esta não pode ser tida como elemento essencial do instituto da responsabilidade civil – tal ponto será melhor explanado a partir da análise dos elementos que compõem o instituto.

Em suma, portanto, tem-se que a responsabilidade civil evoluiu ao ponto de se observar que toda execução é real, ou seja, atingirá tão somente o patrimônio daquele que está em mora diante do descumprimento de determinada obrigação, bem como que coexiste no ordenamento a possibilidade de que a responsabilização seja subjetiva ou objetiva. Faz-se necessária, então, a análise dos elementos que compõem o instituto em questão.

³⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. 11.ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 27.

³⁹ *Ibidem*, *loc.cit.*

⁴⁰ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Responsabilidade Civil e Contemporaneidade: retrato e moldura. In: **Novos Estudos Jurídicos**, v.8, n.3. set/dez. 2003, p. 581. Disponível em: <<https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/download/348/292>>. Acesso em 27 maio 2018.

⁴¹ FIGUEIREDO, Luciano; FIGUEIREDO, Roberto. **Direito Civil: Obrigações e Responsabilidade Civil**. 5.ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 17-19.

2.2 ELEMENTOS ESSENCIAIS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

O Código Civil de 2002, em seu art. 927, dispõe que, aquele que, por ato ilícito (arts. 186 a 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo⁴². O parágrafo único do mesmo dispositivo preceitua que haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem⁴³.

A obrigação de reparar é imposta quando há quebra do dever negativo de não lesar o outro⁴⁴, quando se observa o descumprimento da proibição de não ofender os bens jurídicos de outrem. A delimitação da responsabilidade civil, todavia, exige a presença de três elementos necessários, quais sejam a conduta do agente ofensor, o dano à vítima e o nexo causal entre a lesão observada e a conduta praticada pelo agente ao qual se imputa a responsabilidade. Ausente um dos três elementos essenciais, não há que se cogitar a responsabilidade civil de alguém.

Conforme supracitado, a culpa integra elemento essencial em casos de responsabilidade subjetiva, todavia, não se pode indicar de modo genérico que tal elemento é integrante essencial do instituto da responsabilidade civil, tendo em vista as diversas hipóteses em que o ordenamento brasileiro exclui a necessidade de sua presença para o surgimento do dever de indenizar.

2.2.1 Conduta

Como o primeiro elemento da responsabilidade civil, tem-se a conduta humana e, a expressão obrigacional mais visível da atividade humana, conforme os ensinamentos de Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, é a responsabilidade civil⁴⁵. O

⁴² BRASIL. **Código Civil Brasileiro**. Brasília: 2002. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em 07 abr. 2018.

⁴³ *Ibidem, loc.cit.*

⁴⁴ FAVARETTO, Cícero Antônio. **A fixação do valor indenizatório do dano extrapatrimonial nas relações de consumo**. 2008. Monografia. Orientador: Prof. Leilane Mendonça Zavarizi da Rosa (Curso de Graduação em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, p. 11. Disponível em <<https://favaretto.files.wordpress.com/2010/06/monografia-cicero-versao-final.pdf>>. Acesso em 20 ago. 2017.

⁴⁵ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. 15.ed. **Novo Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil**. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 77.

que se entende por conduta, a partir do que dispõe Sérgio Cavalieri Filho, é o “comportamento humano voluntário que se exterioriza através de uma ação ou omissão, produzindo consequências jurídicas”⁴⁶.

Então, a configuração da responsabilidade civil depende de uma conduta humana que possa ser verificada através de uma ação, em sua forma positiva, ou através de uma omissão, em sua forma negativa. Ademais, é importante destacar que a conduta precisa ser guiada pela vontade do agente, de modo a desembocar no dano ou prejuízo⁴⁷.

Para que se observe a responsabilização civil, a conduta humana precisa ser voluntária e, por esse motivo, diz-se que o primeiro elemento da responsabilidade civil é composto por dois aspectos: um aspecto subjetivo e um aspecto objetivo. “A ação ou omissão diz respeito ao aspecto físico, objetivo da conduta. Por outro lado, constitui o aspecto psicológico e subjetivo da conduta, a vontade”⁴⁸.

Conforme mencionado, a conduta humana pode ser verificada em suas formas positiva ou negativa. A conduta positiva é aquela que é verificada diante da prática de comportamento ativo. A conduta negativa, por outro lado, pauta-se em uma atuação comissiva capaz de gerar um dano. A omissão, no plano jurídico, pode ensejar um dano atribuível ao sujeito omitente e, tal comportamento, é capaz de servir como fato gerador da responsabilização⁴⁹.

A ilicitude, no âmbito da responsabilidade civil, constantemente acompanha a conduta ensejadora de um dano, todavia, não se trata de elemento essencial para que recaia sobre o causador do dano o dever de indenizar. Isso porque, é plenamente viável e possível verificar a ocorrência de conduta capaz de gerar dano, sem que, no entanto, haja ilicitude. Nesse sentido, conforme o entendimento de Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, “poderá haver responsabilidade civil sem necessariamente haver antijuridicidade, ainda que excepcionalmente por força de norma legal”⁵⁰.

⁴⁶ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 11.ed. rev. e amp. São Paulo: Atlas: 2014, p. 38.

⁴⁷ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. 15.ed. **Novo Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil**. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 77.

⁴⁸ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Op.cit.*, 2014, p. 38.

⁴⁹ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Op.cit.*, 2017, p. 78-79.

⁵⁰ *Ibidem*, p. 81.

Então, em linhas gerais, é possível indicar que a conduta, primeiro elemento essencial para a delimitação da responsabilidade civil, pode ser conceituada como a ação voluntária, positiva ou negativa, capaz de produzir consequências jurídicas. Para que surja o dever de indenizar, tal conduta deve ser capaz de atingir a esfera jurídica de outrem, causando-lhe prejuízo. O dano decorrente da conduta é, portanto, o segundo elemento necessário para que se observe a imposição do dever de indenizar.

2.2.2 Dano

O Código Civil de 2002, assim como o anterior, não abarca um conceito legal acerca do dano. Dessa forma, atribuiu-se à doutrina o encargo de realizar tal conceituação. Nesse sentido, muitos autores passaram a buscar definir o dano a partir dos seus efeitos, ou seja, conceituando-o como o prejuízo causado à esfera jurídica de outrem. Conforme preceitua Maria Fernanda Dias Mergulhão, em verdade, o dano deve ser observado a partir de seu nascedouro, motivo pelo qual entende ser válida a conceituação traçada por Agostinho Alvim, qual seja a de que o dano é toda lesão a um bem jurídico⁵¹.

Assim, como segundo elemento da responsabilidade civil, o dano pode ser conceituado como a lesão que atinge um bem jurídico de determinado sujeito e verificado como “o fato jurídico desencadeador de responsabilidade civil. Não há responsabilidade civil sem dano”⁵², de modo que não se pode falar em responsabilização por mera conduta no direito civil. O dano é, então, “um elemento indispensável à caracterização da responsabilidade civil”⁵³.

O dano é o elemento que se encontra no núcleo da obrigação de indenizar e, não se pode olvidar que a “obrigação de indenizar pressupõe o dano e sem ele não há indenização devida”⁵⁴. Trata-se de importante premissa para a responsabilização civil,

⁵¹ MERGULHÃO, Maria Fernanda Dias. **Indenização Integral na Responsabilidade Civil**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 78-79.

⁵² FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD Nelson; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. 2.ed. **Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 201.

⁵³ GUIMARÃES, Luiz Ricardo. Responsabilidade Civil – Histórico e Evolução. Conceito e Pressupostos. Culpabilidade e Imputabilidade. **Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos**. São Paulo: BDJur: 2000, p. 182. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/19911>>. Acesso em 17 fev. 2018.

⁵⁴ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 11.ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 92.

posto que, se não é possível delinear o dano, não é cabível a imposição da obrigação de indenizar. “Assim, a toda evidência, ninguém vai pleitear uma indenização pela prática de um ato ilícito, ou mesmo de um ato lícito eivado pelo abuso de direito, se não apontar o correlato dano”⁵⁵.

Ensina Maria Helena Diniz que não há responsabilidade civil sem que se verifique o dano a um bem jurídico, bem como que, para o deferimento da indenização, é imprescindível a prova real e concreta da ocorrência de lesão, em âmbito patrimonial ou extrapatrimonial⁵⁶. O dano ou prejuízo traduz lesão a uma situação jurídica tutelada pelo direito, de modo que, é possível conceituar o dano como uma lesão a bem jurídico, lesão esta que pode ser tanto patrimonial como extrapatrimonial⁵⁷. Tem-se, portanto, que para a configuração da responsabilidade civil, se mostra imprescindível a demonstração de lesão à direito, “considerando que para a existência de responsabilidade civil, o dano é elemento indissociável, além do que para que algo seja tutelado pelo direito, é mister a existência de um bem jurídico”⁵⁸.

Sérgio Savi aponta que o dano é o elemento essencial da responsabilidade civil, tendo em vista que mesmo que haja a comprovação da violação de dever jurídico e da culpa do infrator, nenhuma indenização será devida se não houver a ocorrência de um prejuízo. Indica ainda que, para que o dano seja indenizável ele precisa reunir duas características: certeza e atualidade. Certo é o dano fundado sobre um fato preciso e, atual é o dano existente no momento da ação de responsabilidade⁵⁹.

A conduta humana é capaz de lesar o patrimônio de um sujeito, mas também é capaz de atingir sua esfera extrapatrimonial. Conforme ensina Luiz Ricardo Guimarães, o dano patrimonial é aquele que atinge o patrimônio material do sujeito, causando sua desvalorização – trata-se de lesão passível de avaliação pecuniária⁶⁰, de modo que a

⁵⁵ MERGULHÃO, Maria Fernanda Dias. **Indenização Integral na Responsabilidade Civil**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 78.

⁵⁶ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. 25.ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 77.

⁵⁷ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 11.ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 93.

⁵⁸ MERGULHÃO, Maria Fernanda Dias. *Op.cit.*, 2015, p. 80.

⁵⁹ SAVI, Sérgio. Inadimplemento das Obrigações, Mora e Perdas e Danos. *In*: TEPEDINO, Gustavo (Coord). **Obrigações: Estudos na Perspectiva Civil-Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 479.

⁶⁰ GUIMARÃES, Luiz Ricardo. Responsabilidade Civil – Histórico e Evolução. Conceito e Pressupostos. Culpabilidade e Imputabilidade. **Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos**. São Paulo: BDJur, 2000, p. 182. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/19911>>. Acesso em 17 fev. 2018

utilização da chamada teoria da diferença se mostra plenamente viável. O dano moral, por sua vez, atinge a esfera não patrimonial da vítima e, ainda de acordo com os ensinamentos do autor, nem toda dor ou sofrimento é passível de indenização, mas somente aqueles que atingem bens jurídicos tutelados pelo ordenamento⁶¹.

Atualmente, a existência do dano extrapatrimonial é inquestionável, todavia, ainda restam dúvidas acerca de seu conceito e de sua amplitude. Justamente por conta da ausência de um conceito sólido acerca do dano extrapatrimonial, a jurisprudência vacila no reconhecimento de situações em que se configura tal espécie de dano⁶².

Em momento apropriado, a problemática em torno da ausência de uma definição concreta para o dano extrapatrimonial será analisada, todavia, importante indicar a existência de três principais correntes versando sobre o seu conceito. A primeira delas trata do dano extrapatrimonial a partir de um conceito negativo ou excludente. A segunda, indica que tal espécie de dano estaria atrelada a uma lesão a determinada categoria de direitos. Por fim, tem-se a terceira corrente defendendo o dano moral como a dor ou alteração negativa do estado anímico, psicológico ou espiritual da pessoa, possuindo forte relação com os direitos da personalidade.

Constando-se a existência de uma conduta lesiva e de um prejuízo certo e atual, é necessário observar se há relação de causalidade, ou seja, se há um liame entre os dois primeiros elementos essenciais da responsabilidade civil. Assim, passa-se à análise do elemento nexa de causalidade.

2.2.3 Nexa de causalidade

O terceiro elemento necessário à configuração da responsabilidade civil é o nexa de causalidade. Conforme indica Gustavo Tepedino, para a configuração da responsabilidade civil, demonstrar o nexa causal entre a conduta do ofensor e

⁶¹ GUIMARÃES, Luiz Ricardo. Responsabilidade Civil – Histórico e Evolução. Conceito e Pressupostos. Culpabilidade e Imputabilidade. **Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos**. São Paulo: BDJur, 2000, p. 182. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/19911>>. Acesso em 17 fev. 2018.

⁶² ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. A Evolução do Conceito de Dano Moral. **Revista da EMERJ**: Rio de Janeiro, v. 6, n.24, 2003, p. 143. Disponível em: <<http://bdjur.stj.br/dspace/handle/2011/67009>>. Acesso em: 16 abr. 2018.

resultado danoso se torna indispensável, tanto na responsabilidade objetiva quanto na responsabilidade subjetiva⁶³.

O conceito de nexa causal deriva das leis naturais. Trata-se de liame que constitui um elo entre a conduta do agente e o dano, figurando como elemento indispensável à caracterização da responsabilidade civil⁶⁴. Em sendo assim, se faz necessário que, além de uma conduta lesiva e da ocorrência do dano, haja o estabelecimento de uma relação entre os elementos⁶⁵.

Em última análise, o nexa de causalidade é a demonstração de que o evento danoso ocorreu em virtude de determinada conduta. Em alusão ao doutrinador italiano Adriano de Cupis, Anderson Schreiber indica que “o nexa causal, ou relação de causalidade, vem usualmente definido como o vínculo que se estabelece entre dois eventos, de modo que um represente consequência do outro”⁶⁶.

São muitas as teorias que buscam traçar os limites que definem o nexa causal na ordem jurídica, sendo a maioria delas inspiradas em autores alemães, franceses e italianos⁶⁷. “As teorias da causalidade surgiram em meados do século XIX, no momento em que o pensamento naturalista estava a influenciar as correntes filosóficas, limitando a investigação empírica”⁶⁸. Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, na linha do quanto, ensinam que “são três as principais teorias que tentam explicar o nexa de causalidade: a) teoria da equivalência dos antecedentes; b) a teoria da causalidade adequada; c) a teoria da causalidade direta e imediata”⁶⁹.

A primeira teoria, nomeada de teoria da equivalência dos antecedentes causais, foi elaborada por Von Buri no ano de 1860, tendo sido melhorada posteriormente⁷⁰. Tal teoria não realiza a diferenciação entre os antecedentes do dano, de modo que se indica como causa tudo aquilo que concorreu para o resultado danoso – dessa forma,

⁶³ TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**: Tomo II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 63.

⁶⁴ VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil**: Responsabilidade Civil. 15.ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 58.

⁶⁵ STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**: Doutrina e Jurisprudência – Tomo I. 9.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 204.

⁶⁶ DE CUPIS, Adriano *apud* SCHREIBER, Anderson. **Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil**: Da Erosão dos Filtros da Reparação à Diluição dos Danos. 6.ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 55.

⁶⁷ TEPEDINO, Gustavo. *Op.cit.*, 2006, p. 63.

⁶⁸ CRUZ, Gisela Sampaio da. **O Problema do Nexa Causal na Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 34.

⁶⁹ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**: Responsabilidade Civil. 15.ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 144.

⁷⁰ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. **Curso de Direito Civil**: Responsabilidade Civil. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 372.

os antecedentes se equivalem, de modo a não haver distinção entre causa e condição⁷¹. Para tal teoria, “qualquer evento capaz de contribuir para a produção do dano deve ser considerado causa para fins de responsabilização”⁷².

Em momento posterior, surge a teoria da causalidade adequada no Alemanha, a partir das ideias de Von Kries⁷³. De acordo com Carlos Roberto Gonçalves, para a teoria da causalidade adequada, somente é considerada como causa do dano aquela condição que por si só é apta a o produzir⁷⁴. Haveria, então, um juízo de probabilidade, de modo que apenas o antecedente abstratamente idôneo à produção do efeito danoso pode ser considerado como causa⁷⁵.

No Brasil, surge a chamada teoria da causalidade direta ou imediata, também conhecida como teoria da interrupção do nexo causal ou causalidade necessária. Atribui-se aos estudos de Agostinho Alvim o desenvolvimento de tal teoria⁷⁶ e, de acordo com Gustavo Tepedino, a mesma prevalece no âmbito do Supremo Tribunal Federal⁷⁷. O substrato da causalidade necessária indica que, entre o dano e a conduta, deve haver uma relação de causa e efeito direta e imediata – partindo-se de tal premissa, o sujeito somente responde civilmente pelos danos que resultam direta e imediatamente de sua conduta⁷⁸. Em sua formulação mais simples, tal teoria preceitua que somente deve ser considerada como causa jurídica do dano o evento que se vincula diretamente a ele, sem interferência de outra condição sucessiva⁷⁹.

O ordenamento brasileiro não indica de modo explícito qual fora a teoria adotada, motivo pelo qual a doutrina se divide ao buscar estabelecer a opção abraçada pelo Código Civil de 2002⁸⁰. Grandes vozes doutrinárias, a exemplo de Carlos Roberto Gonçalves, dispõem que a teoria aplicável ao nexo causal é a teoria da causalidade

⁷¹ FIGUEIREDO, Luciano; FIGUEIREDO, Roberto. **Direito Civil: Obrigações e Responsabilidade Civil**. 5.ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 359.

⁷² SCHREIBER, Anderson. **Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil: Da Erosão dos Filtros da Reparação à Diluição dos Danos**. 6.ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 57.

⁷³ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 15.ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 146.

⁷⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. 11.ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 361.

⁷⁵ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Op.cit.*, 2017, p. 146.

⁷⁶ FIGUEIREDO, Luciano; FIGUEIREDO, Roberto. *Op.cit.*, 2016, p. 361.

⁷⁷ TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil: Tomo II**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 64.

⁷⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Op.cit.*, 2016, p. 361-362.

⁷⁹ SCHREIBER, Anderson. *Op.cit.*, 2015, p. 31.

⁸⁰ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Op.cit.*, 2017, p. 150.

direta e imediata⁸¹. Seguindo a mesma linha de entendimento, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho concordam que tal teoria foi a adotada pela legislação civil, apontando o art. 403 do Código Civil como o fundamento que consubstancia tal compreensão⁸². O dispositivo indica que “ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual”⁸³.

A despeito da existência de um reconhecimento por parte da doutrina de que o Brasil adotou a teoria da causalidade direta e imediata, a jurisprudência não é uníssona, de modo que, em determinados momentos, é possível a verificação da aplicação da teoria da causalidade adequada⁸⁴. Ademais, cumpre destacar que as três teorias mencionadas são tidas como as principais, porém não são as únicas existentes. Um exemplo é a subteoria da necessariedade, derivada da própria teoria da causalidade direta e imediata⁸⁵.

Independentemente da teoria adotada, é necessário que sempre haja a presença de um liame entre a conduta indicada como ensejadora do dano e o próprio dano alegado. Em sendo assim, demonstrada a relação de causa e efeito, o terceiro elemento necessário para a configuração da responsabilidade civil se mostrará presente. Constatados os três elementos essenciais da responsabilidade civil, resta analisar a necessidade ou não da presença do elemento subjetivo.

2.2.4 Culpa

Quando se fala em culpa, tem-se expressão que pode se apresentar sob as seguintes perspectivas: a) ação negligente ou imprudente ou danosa a outrem; b) falta involuntária contra a moral, preceito religioso ou lei; c) responsabilidade por ação ou omissão prejudicial, reprovável ou criminosa, mas não intencional⁸⁶.

⁸¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. 11.ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 362.

⁸² GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Op.cit.*, 2017, p. 151.

⁸³ BRASIL. **Código Civil Brasileiro**. Brasília: 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 07 abr. 2018.

⁸⁴ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, *Op.cit.*, 2017, p.152.

⁸⁵ SCHREIBER, Anderson. *Op.cit.*, 2015, p. 62.

⁸⁶ MERGULHÃO, Maria Fernanda Dias. **Indenização Integral na Responsabilidade Civil**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 96.

“Ontologicamente, a culpa é a ausência de dever de cuidado objetivo que se exterioriza através da negligência, imprudência ou imperícia”⁸⁷.

De modo genérico, a culpa é tida como o fundo animador da conduta lesiva e, compreende duas projeções. No dolo, identifica-se diretamente a vontade de gerar um prejuízo. Por outro lado, diante da culpa em sentido estrito, tal intencionalidade não é observada⁸⁸. A distinção entre o dolo e a culpa em sentido estrito remete ao direito romano, em que o delito constituía a violação intencional de norma de conduta, enquanto o quase-delito era demonstrado diante de ofensa a bem jurídico de modo não intencional, porém em decorrência de negligência inescusável⁸⁹.

De acordo com Paulo Queiroz, em tese seria possível tratar o dolo e a culpa igualmente, tendo em vista que o resultado danoso produzido é o mesmo. Ocorre que, a sociedade e o legislador valoram diferentemente as ações dolosas e culposas, de modo que, a distinção dogmática é relevante – embora o resultado seja o mesmo, o desvalor da ação é diverso⁹⁰.

A distinção entre dolo e culpa, apesar de pertinente, não é o alvo das maiores discussões acerca da culpa em sentido amplo no âmbito da responsabilidade civil. Em verdade, mais relevante é observar a existência de dois tipos de responsabilização diante da análise da culpa, quais sejam a responsabilidade subjetiva e a responsabilidade objetiva.

A culpa não é elencada como pressuposto essencial da responsabilização civil justamente pelo fato de que, no ordenamento jurídico brasileiro, é possível verificar a existência de hipóteses nas quais somente se exige a presença de uma conduta, um dano e um liame entre estes para que seja imputado a alguém o dever de indenizar outrem.

Nesse sentido, se faz importante delimitar e distinguir os fundamentos da responsabilidade subjetiva e objetiva e, conforme os ensinamentos de Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, a culpa em sentido amplo é aquela que decorre da inobservância de deveres de condutas estabelecidos previamente pela ordem

⁸⁷ MERGULHÃO, Maria Fernanda Dias. **Indenização Integral na Responsabilidade Civil**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 96.

⁸⁸ AGUIAR DIAS, José de. **Da Responsabilidade Civil**. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1954, p.122-123.

⁸⁹ *Ibidem*, p.123.

⁹⁰ QUEIROZ, Paulo. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. 10.ed. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 242.

jurídica, a fim de promover a paz social. Se há uma violação proposital de tais deveres, diz-se que o agente atua com dolo. Por outro lado, se a violação se dá por conta de negligência, imprudência ou imperícia, tem-se uma atuação culposa⁹¹.

De acordo com Fábio Ulhoa Coelho, aquele que é responsabilizado por ato ilícito agiu como não deveria ter agido, de modo a se observar negligência, imperícia ou imprudência, ou comportamento contrário àquele que era devido. Dessa forma, somente se verifica a responsabilidade civil subjetiva se a exigibilidade de conduta diversa estiver presente no caso⁹². Então, em sentido amplo a culpa pode ser vista como “a inobservância de um dever que o agente devia conhecer e observar”⁹³. Trata-se de noção que abrange tanto o dolo, quanto a culpa em sentido estrito, visto que em ambos os casos, diante da ocorrência do dano, a consequência que surge é a mesma, qual seja o dever de indenizar.

A indispensabilidade do pressuposto subjetivo para a verificação da responsabilidade por danos foi alvo de questionamentos durante o século XX e, com isso surge a ideia da responsabilização objetiva, na qual o lesante responde mesmo diante da ausência de culpa⁹⁴.

Como mencionado, na responsabilidade subjetiva o fundamento da imputação da obrigação de indenizar diz respeito à verificação da exigibilidade de conduta diversa do lesante: a culpa fundamenta a responsabilidade subjetiva. A responsabilidade objetiva, por sua vez, é fundada no risco e, não cabe analisar a vontade do agente ou a existência de negligência, imprudência ou imperícia. Não há a necessidade de verificar, na responsabilidade objetiva, a subjetividade do agente causador do dano⁹⁵.

O Código Civil de 2002 traz, como regra, a responsabilização subjetiva fundada na culpa, no entanto, se a atividade exercida pelo sujeito envolve determinados riscos aos direitos de outrem, é possível que se aplique a responsabilização objetiva, que,

⁹¹ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 15.ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 186.

⁹² COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil: Obrigações e Responsabilidade Civil**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 521.

⁹³ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 15.ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 27.

⁹⁴ COELHO, Fábio Ulhoa. *Op.cit.*, 2012, p. 526-527.

⁹⁵ SILVA, Regina Beatriz Tavares da. Responsabilidade Civil nas Atividades de Ensino Privadas. In: SILVA, Regina Beatriz Tavares da (Coord.). **Série GVlaw: Responsabilidade Civil e sua Repercussão nos Tribunais**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 23.

conforme mencionado, dispensa a verificação de culpa⁹⁶ para que se impute ao sujeito o dever de indenizar os danos sofridos pela vítima.

Fernando Noronha dispõe que são três os riscos que fundamentam a responsabilidade objetiva: o risco de empresa, o risco administrativo e o risco perigo. O risco de empresa indica que, aquele que exerce de forma profissional uma atividade econômica voltada à produção ou circulação de bens ou serviços deve arcar com os ônus resultantes de qualquer evento danoso relacionado ao processo de produtivo ou distributivo. O risco administrativo dispõe que a pessoa jurídica de direito público deve assumir a obrigação de indenizar particulares que sejam lesados em razão da sua atividade de gestão da máquina pública. Por fim, o risco perigo preceitua que aquele que se beneficia com atividade potencialmente perigosa deve arcar com eventuais consequências danosas⁹⁷.

Criou-se a teoria da reponsabilidade objetiva justamente pelo fato de que, o exercício de certas atividades potencialmente lesivas que impliquem em benefícios àqueles que a exploram devem, de alguma forma, abarcar o ônus de danos eventualmente causados a outrem⁹⁸.

Além da responsabilização objetiva, tem-se ainda as hipóteses de presunção de culpa. Segundo Anderson Schreiber, tais hipóteses não dizem respeito à ausência do elemento culpa, mas sim à uma inversão do ônus da sua demonstração em benefício daquele que sofre o dano⁹⁹. Em tal ponto, o autor tece crítica ao indicar que, através da evolução jurisprudencial acerca da presunção da culpa, esta que nasce como relativa, acaba se tornando absoluta, tendo em vista que por vezes os magistrados realizam presunções tão definitivas que equivaleriam à própria responsabilidade objetiva, na qual não se observa a presença da culpa¹⁰⁰.

⁹⁶ SILVA, Regina Beatriz Tavares da. Responsabilidade Civil nas Atividades de Ensino Privadas. In: SILVA, Regina Beatriz Travares da (Coord.). **Série GVlaw: Responsabilidade Civil e sua Repercussão nos Tribunais**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 23.

⁹⁷ NORONHA, Fernando. Desenvolvimentos Contemporâneos da Responsabilidade Civil. **Sequência**. Florianópolis: UFSC, v.19, n.36, 1998, p. 27-28. Disponível em <<http://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/download/15533/14089>>. Acesso em 29 abr. 2018.

⁹⁸ *Ibidem, loc.cit.*

⁹⁹ SCHREIBER, Anderson. **Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil: Da Erosão dos Filtros da Reparação à Diluição dos Danos**. 6.ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 31.

¹⁰⁰ *Ibidem, loc.cit.*

Ademais, com a evolução da responsabilidade civil, mesmo diante da responsabilidade subjetiva, a culpa perde o seu espaço central na análise do direito à uma indenização. Atualmente, os olhares se voltam ao elemento dano, que ganha força e se dispõe como o elemento mais importante da reparação civil, tendo em vista que sem ele, não há que se falar em dever de reparar¹⁰¹.

Assim, após constatada a presença dos elementos essenciais da responsabilidade civil e, da culpa em hipóteses de responsabilidade subjetiva, é necessário observar se o dano causado a outrem decorre de uma quebra contratual ou da violação ao dever geral de não lesar.

2.3 RESPONSABILIDADE CONTRATUAL E EXTRACONTRATUAL

O ser humano, sujeito titular de direitos e obrigações, possui em seu favor a proteção de seus atributos físicos, morais e patrimoniais e, para que tal proteção se mostre efetiva, observa-se a necessidade de garantir que todo dano que lhe for impingido será reparado¹⁰². A vida em sociedade enseja a convivência entre sujeitos e, essa convivência exige de todos a observância de um dever negativo de não causar danos à esfera jurídica de terceiros – *neminem laedere*¹⁰³. Quando um sujeito causa prejuízo a outrem, verifica-se a necessidade de reparação e, o instituto que se presta a realizar tal papel é a responsabilidade civil.

Conforme preceitua Flávio Tartuce, a responsabilidade civil se origina a partir “do descumprimento obrigacional, pela desobediência de uma regra estabelecida em um contrato, ou por deixar determinada pessoa de observar um preceito normativo que regula a vida”¹⁰⁴.

Assim, a responsabilidade civil pode ser dividida entre contratual e extracontratual – tratam-se, pois, de tipos diversos de responsabilidade, de modo que a primeira resulta

¹⁰¹ FIGUEIREDO, Luciano; FIGUEIREDO, Roberto. **Direito Civil: Obrigações e Responsabilidade Civil**. 5.ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 295.

¹⁰² ZULIANI, Ênio Santarelli, Responsabilidade Civil na Área Bancária. In: SILVA, Regina Beatriz Travares da (Coord.). **Série GVlaw: Responsabilidade Civil e sua Repercussão nos Tribunais**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 115.

¹⁰³ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Obrigações**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 95.

¹⁰⁴ TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. 6.ed. rev., atual. e amp. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 483.

do inadimplemento de um contrato, enquanto a segunda é indiferente à presença de um instrumento contratual entre a vítima e o agente causador do dano¹⁰⁵. Um sujeito, então, pode causar prejuízo a outrem ao descumprir o que fora avençado contratualmente, mas também pode lesar a esfera jurídica desta pessoa através da quebra de um dever legal. Observa-se, então, a nítida divisão entre a responsabilidade contratual e extracontratual¹⁰⁶ (ou aquiliana).

Caio Mário da Silva Pereira indica que a obrigação de reparar pode ser um resultado decorrente da culpa contratual ou da culpa aquiliana – o fundamento primário do dever de reparar está na conduta do agente contrária à predeterminação da norma. O segundo fundamento da cadeia se encontra na ofensa a um bem jurídico e, por fim, se faz necessária a demonstração de uma relação de causalidade entre a antijuridicidade da conduta e o dano causado¹⁰⁷.

A responsabilidade contratual atua na reparação de danos relacionados a um vínculo jurídico celebrado formalmente e que, por alguma razão antijurídica, não atingiu seu escopo fundamental¹⁰⁸ – ocorre, então, o cumprimento de uma obrigação avençada através de um contrato firmado entre as partes¹⁰⁹. Se preexiste vínculo obrigacional e o dever de indenizar surge em face do inadimplemento, há responsabilidade contratual.

Por outro lado, se surge um dever em virtude de lesão a um direito subjetivo de outrem, sem que haja entre ofensor e vítima qualquer relação contratual, há responsabilidade extracontratual, também conhecida como ilícito aquiliano ou absoluto¹¹⁰. A

¹⁰⁵ MONATERI, Pier Giuseppe. *Nature and Purposes of Civil Responsibility*. Tradução por TARTUCE, Flávio; GIANNESSE, Giuliana. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 26, n. 112, jul./ago. 2017, p. 04.

¹⁰⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 44.

¹⁰⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil: Teoria Geral das Obrigações**. 25.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 315.

¹⁰⁸ ZULIANI, Ênio Santarelli. Responsabilidade Civil na Área Bancária. In: SILVA, Regina Beatriz Travares da (Coord.). **Série GVlaw: Responsabilidade Civil e sua Repercussão nos Tribunais**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 114.

¹⁰⁹ GUIMARÃES, Luiz Ricardo. Responsabilidade Civil – Histórico e Evolução. Conceito e Pressupostos. Culpabilidade e Imputabilidade. **Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos**. São Paulo: BDJur, 2000, p. 182. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/19911>>. Acesso em 17 fev. 2018

¹¹⁰ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 11.ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 30.

responsabilidade extracontratual se observa quando há o desrespeito a um dever geral inserido no ordenamento jurídico¹¹¹.

De acordo com Pier Giuseppe Monateri, o dano seria um fato jurídico, a conduta que o produz, um ato jurídico, e a ilicitude da conduta, uma decorrência da transgressão ao princípio do *neminem laedere* (não lesar). A reunião de tais elementos constituiria o tipo (*fattispecie*) da responsabilidade extracontratual, fonte de uma obrigação ressarcitória¹¹².

Em relação às consequências jurídicas decorrentes de cada espécie, conforme as lições de Carlos Roberto Gonçalves, quando se está diante da responsabilidade contratual, em face da ocorrência do inadimplemento surge a responsabilidade em indenizar as perdas e danos, conforme preceitua o art. 389 do Código Civil de 2002. Por outro lado, em ocorrendo hipótese de responsabilidade extracontratual, aplica-se o disposto no art. 927 do Código Civil, que dispõe que aquele que causa dano a outrem, por culpa em sentido estrito ou dolo, fica obrigado a repará-lo¹¹³.

A responsabilidade civil, portanto, pode surgir em meio a uma obrigação contratual, mas também pode advir de uma obrigação legal. Constata-se, assim, que a indenização devida ao sujeito que é vítima de um dano nem sempre possuirá a mesma fundamentação legal, sendo essa uma das principais importâncias em realizar a distinção entre a responsabilidade contratual e a responsabilidade aquiliana.

2.4 FUNÇÕES DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Conforme mencionado, a responsabilidade civil pode surgir no bojo de uma relação contratual, configurando a chamada responsabilidade civil contratual, ou a partir da quebra de um dever geral de não lesar, ensejando a responsabilidade civil

¹¹¹ GUIMARÃES, Luiz Ricardo. Responsabilidade Civil – Histórico e Evolução. Conceito e Pressupostos. Culpabilidade e Imputabilidade. **Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos**. São Paulo: BDJur, 2000, p. 182. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/19911>>. Acesso em 18 fev. 2018

¹¹² MONATERI, Pier Giuseppe. *Nature and Purposes of Civil Responsibility*. Tradução por TARTUCE, Flávio; GIANNESI, Giuliana. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 26, n. 112, jul./ago. 2017, p. 5.

¹¹³ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. 11.ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p.44.

extracontratual. A partir de então, impende traçar breve análise acerca das funções que perpassam a responsabilidade civil.

A responsabilidade civil não pode ser vista como um instituto que possui um fim em si mesmo. Trata-se, em verdade, de um mecanismo que apresenta mais de uma função e, conforme Pier Giuseppe Monateri indica ao compilar as ideias de autores como Ponzanelli, Salvi, Alpa, Bessone, Luigi Corsaro e Vincenzo Zeno-Zencovich, nenhuma delas, por si só, é capaz de firmar uma estruturação completa das normas que permeiam a responsabilidade civil¹¹⁴.

Nesse sentido, observa-se a existência de três funções que devem ser compreendidas sistematicamente e que, a depender do caso concreto podem preponderar umas sobre as outras: fala-se, então, da função compensatória ou reparatória, da função preventiva e da função sancionatória ou punitiva¹¹⁵. O instituto da responsabilidade civil consiste em uma expressão fluída nos tempos atuais, tendo em vista que, a depender da dimensão temporal e espacial que se coloque, pode exprimir uma ideia de reparação, punição ou precaução¹¹⁶.

Conforme mencionado, não há um isolamento entre as funções observadas no âmbito da responsabilidade civil, sendo possível observar a existência de três funções que não exercem qualquer prioridade hierárquica uma sobre a outra, mas coexistem harmonicamente¹¹⁷. O que se observa, a depender do caso, é a ocorrência de preponderância de função.

Compartilha de tal linha de raciocínio Ana Carolina Gusmão de Souza Costa, que indica que a responsabilidade civil “deve ser entendida como um sistema complexo, dotado de finalidades que não se esgotam na mera função reparatória. Segundo doutrina e jurisprudência, a responsabilidade civil tem também função preventiva e punitiva”¹¹⁸.

¹¹⁴ MONATERI, Pier Giuseppe. *Nature and Purposes of Civil Responsibility*. Tradução por TARTUCE, Flávio; GIANNESI, Giuliana. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 26, n. 112, jul./ago. 2017, p. 23.

¹¹⁵ *Ibidem*, loc.cit.

¹¹⁶ ROSENVALD, Nelson. **As Funções da Responsabilidade Civil: A Reparação e a Pena Civil**. 3.ed. São Paulo, Saraiva: 2017, p. 32.

¹¹⁷ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. **Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 37.

¹¹⁸ SOUZA COSTA, Ana Carolina Gusmão de. **Dano Moral e Indenização Punitiva**. 2009. Artigo Científico. Orientadores: Profa. Néli Fetzner, Prof. Nelson Travares, Profa. Mônica Areal. Prof. Marcelo Pereira (Curso de Pós-Graduação em Direito) – Escola da Magistratura do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, p. 04. Disponível em:

Dessa forma, faz-se necessário delinear a abrangência de cada uma das funções, tendo em vista que elas estarão presentes sempre que houver a constatação da ocorrência de uma conduta capaz de gerar como consequência do dever de indenizar.

2.4.1 Função reparatória ou compensatória

A fonte geradora da responsabilidade civil pode ser indicada como sendo o interesse em tutelar o restabelecimento do equilíbrio violado a partir da ocorrência de um dano, sendo possível afirmar, portanto, que a responsabilidade civil exprime a ideia de reparação de danos¹¹⁹. Dessa forma, a primeira função da responsabilidade civil, então, diz respeito à determinação de uma compensação ao sujeito vítima de um prejuízo, quando assim for necessário¹²⁰.

A função compensatória também atende pelo nome de função reparatória e, é considerada a função clássica da responsabilidade civil. Isso porque, seu núcleo exprime uma ideia de lesão, dando ensejo, conseqüentemente, à necessidade de restabelecimento de um equilíbrio, tanto econômico quanto jurídico, desfeito em razão do evento danoso¹²¹.

Sérgio Cavalieri Filho ensina que, o prejuízo provocado em decorrência do ato ilícito acaba por romper o equilíbrio jurídico-econômico anteriormente existente entre o agente e vítima, fazendo com que surja uma necessidade fundamental de se restabelecer esse equilíbrio, o que se procura fazer recolocando o prejudicado no *statu quo ante*¹²².

Maria Clara Osuna Diaz Falavigna dispõe que, diante a necessidade de equilíbrio das relações jurídicas, o dever de reparar um dano causado se torna claro. Para tanto, parte do preceito Justiniano para a justiça (*jus est constans et perpetua voluntas suum*

<http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/2semestre2009/trabalhos_22009/AnaCarolinaGusmaodeSouzaCosta.pdf>. Acesso em: 12 dez. 2017.

¹¹⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. 11.ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 19.

¹²⁰ MONATERI, Pier Giuseppe. *Nature and Purposes of Civil Responsibility*. Tradução por TARTUCE, Flávio; GIANNESI, Giuliana. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 26, n. 112, jul./ago. 2017, p. 23.

¹²¹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. **Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 38.

¹²² CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 11.ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 26.

cuique tribuere)¹²³, indicando que aquele que foi alvo de um prejuízo, deve ser indenizado para manter o equilíbrio da relação jurídica¹²⁴.

No ordenamento jurídico brasileiro, a função reparatória pode ser traduzida a partir do princípio da reparação integral do dano. Tal premissa também é reconhecida pela doutrina como princípio da restituição integral ou princípio do imperador. O Código Civil de 1916, em seu art. 800, preceituava que “a indemnização será sempre a mais completa, que for possível; em caso de dúvida, será a favor do ofendido”¹²⁵, demonstrando a reparação integral como guia a ser seguido pelos aplicadores do direito.

Com o advento do Código Civil de 2002 e, a partir da leitura do art. 944, observa-se a adoção explícita da função reparatória da responsabilidade civil, tendo em vista que se determina que a indenização deverá ser medida a partir da extensão do dano¹²⁶. O princípio da reparação integral do dano, portanto, seguiu consubstanciando a função reparatória da responsabilidade civil no Código Civil de 2002.

Apesar da inexistência de hierarquia entre as funções da responsabilidade civil, indica-se que a sua atribuição precípua é a de “restabelecer o estado jurídico no qual a vítima se encontrava antes da lesão sofrida”¹²⁷, considerando-se, portanto, a função compensatória como a função primordial da responsabilidade civil.

Adentrando a questão dos danos extrapatrimoniais, é possível constatar que, por bastante tempo, a doutrina e a jurisprudência resistiram à possibilidade de conferir indenização à vítima de uma lesão extrapatrimonial sob o fundamento de que não seria possível lhe conferir uma compensação econômica, tendo em vista que o bem

¹²³ “Vontade constante e perpétua de dar a cada um o que é seu”.

¹²⁴ FALAVIGNA, Maria Clara Osuna Diaz. **O Arbitramento do Dano Moral e a Administração Pública**. Alagoas, 2008, p. 01. Disponível em: <<http://www.procuradoria.al.gov.br/centro-de-estudos/teses/xxxv-congresso-nacional-de-procuradores-de-estado/direito-civil/O%20arbitramento%20do%20dano%20moral%20e%20a%20administracao%20publica.pdf>>.
Acesso em 16 abr. 2018.

¹²⁵ BRASIL. **Código Civil Brasileiro**. Brasília: 1996. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L3071/.htm>. Acesso em 07 abr. 2018.

¹²⁶ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 11.ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 27.

¹²⁷ FIGUEIREDO, Luciano; FIGUEIREDO, Roberto. **Direito Civil: Obrigações e Responsabilidade Civil**. 5.ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 293.

atingindo não seria passível de quantificação – tal argumento possui base na função compensatória da responsabilidade civil¹²⁸.

Nesse sentido, Carlos Alberto Bittar indica que a questão da reparação dos danos morais demandou longa evolução, tendo encontrado resistência de certa parte da doutrina que somente identificava a possibilidade de restituição a partir da quantificação do preço da dor (*pretium doloris*)¹²⁹. Ao mesmo tempo em que a justiça enxergava certa imoralidade naqueles que pretendiam receber indenização em face de danos extrapatrimoniais, fechava os olhos em relação àqueles que praticavam a conduta danosa¹³⁰.

A problemática em relação ao dano extrapatrimonial, todavia, não gira somente em torno da função compensatória, motivo pelo qual, há tópico específico para tratar sobre tal ponto.

Preceitua Ana Paula Gusmão de Souza Costa que “a responsabilidade civil é um sistema complexo dotado de finalidades. Por isso, não se pode entender a reparação do dano como sua única função”¹³¹. A despeito de se observar uma preponderância da função reparatória em decorrência da necessidade da restauração do equilíbrio da relação jurídica violada, a responsabilidade civil contempla ainda em seu bojo a função precaucional e a função punitiva, tão importantes quanto a primeira.

2.4.2 Função preventiva

A função preventiva da responsabilidade civil, também chamada de função pedagógica ou educativa, possui dois objetivos: o primeiro é incentivar o responsável

¹²⁸ FAVARETTO, Cícero Antônio. **A fixação do valor indenizatório do dano extrapatrimonial nas relações de consumo**. 2008. Monografia. Orientador: Prof. Leilane Mendonça Zavarizi da Rosa (Curso de Graduação em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, p.14-15. Disponível em <<https://favaretto.files.wordpress.com/2010/06/monografia-cicero-versao-final.pdf>>. Acesso em 20 ago. 2017.

¹²⁹ BITTAR, Carlos Alberto. **Reparação Civil por Danos Morais**. 3ed. rev. atual. amp. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 76.

¹³⁰ FAVARETTO, Cícero Antônio. *Op.cit.*, 2008, p.15.

¹³¹ SOUZA COSTA, Ana Carolina Gusmão de. **Dano Moral e Indenização Punitiva**. 2009. Artigo Científico. Orientadores: Profa. Néli Fetzner, Prof. Nelson Tavares, Profa. Mônica Areal. Prof. Marcelo Pereira (Curso de Pós-Graduação em Direito) – Escola da Magistratura do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, p. 05. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/2semestre2009/trabalhos_22009/AnaCarolinaGusmaodeSouzaCosta.pdf>. Acesso em: 12 dez. 2017.

pelo dano a não voltar a cometer a mesma violação e, o segundo é o de prevenir que outra pessoa pratique conduta lesiva semelhante¹³². Observa-se, então, que a função precaucional ou preventiva da responsabilidade civil se direciona tanto ao sujeito passivo de uma ação indenizatória quanto a sociedade como um todo.

Carlos Alberto Bittar indica que a função preventiva possibilita o desestímulo à realização de condutas lesivas, tendo em vista que dela decorrerá uma situação desfavorável, um ônus ao agente em face da concretização de um dano patrimonial ou extrapatrimonial¹³³. A precaução conduz a efeitos inibitórios, posto que o risco da aplicação de uma sanção desestimula a ocorrência de atividades potencialmente danosas¹³⁴.

Não se olvida o caráter compensatório da responsabilidade civil, todavia, após a origem da teoria do desestímulo, passou-se a buscar uma penalidade que apresentasse também um caráter preventivo e punitivo, a fim de evitar que o ofensor cometesse o mesmo ato lesivo de forma reiterada¹³⁵. Ana Carolina Gusmão de Souza Costa dispõe que a indenização por danos morais não visa somente ressarcir os danos experimentados pela vítima, mas também prevenir a prática de novos ilícitos e punir o agente ofensor¹³⁶, demonstrando, portanto, a existência das funções preventiva e punitiva a partir da imposição da indenização a ser paga.

Reconhecer a função preventiva demonstra uma preocupação em observar um horizonte além da pura e simples compensação ou reparação dos danos ocorridos. Em verdade, ao aceitar a existência de uma função preventiva da responsabilidade

¹³² FAVARETTO, Cícero Antônio. **A fixação do valor indenizatório do dano extrapatrimonial nas relações de consumo**. 2008. Monografia. Orientador: Prof. Leilane Mendonça Zavarizi da Rosa (Curso de Graduação em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, p. 27. Disponível em <<https://favaretto.files.wordpress.com/2010/06/monografia-cicero-versao-final.pdf>>. Acesso em 20 ago. 2017.

¹³³ BITTAR, Carlos Alberto. **Reparação Civil por Danos Morais**. 3.ed. rev. atual. amp. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p.121.

¹³⁴ ROSENVALD, Nelson. **As Funções da Responsabilidade Civil: A Reparação e a Pena Civil**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2017 p. 122.

¹³⁵ CARVALHO, George Barbosa Jales de. A Aplicação da Teoria do Desestímulo como Forma de Inibição da Responsabilidade Civil no Brasil. In: **Interfaces Científicas – Direito**, Aracaju, v.4, n.1, p.11-22, 2015, p. 13. Disponível em <<http://dx.doi.org/10.17564/2316-381X.2015v4n1p11-22>>. Acesso em 27 mar. 2018.

¹³⁶ SOUZA COSTA, Ana Carolina Gusmão de. **Dano Moral e Indenização Punitiva**. 2009. Artigo Científico. Orientadores: Profa. Néli Fetzner, Prof. Nelson Travares, Profa. Mônica Areal. Prof. Marcelo Pereira (Curso de Pós-Graduação em Direito) – Escola da Magistratura do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, p. 04. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/2semestre2009/trabalhos_22009/AnaCarolinaGusmaodeSouzaCosta.pdf>. Acesso em: 12 dez. 2017.

civil, vislumbra-se uma tutela mais eficiente dos bens jurídicos fundamentais, evitando que estes sejam alvo de novos danos¹³⁷.

O aumento da complexidade das relações sociais exige que o direito acompanhe as mudanças fáticas que envolvem tal evolução e, observar somente o viés reparatório ou compensatório da responsabilidade civil não mais se mostra como suficiente para uma tutela eficaz dos bens jurídicos abarcados pelo instituto.

2.4.3 Função punitiva

A função punitiva tem origem no direito romano, que trouxe a pena privada como um substitutivo da vingança privada. Enquanto a reparação era realizada nos estritos limites do prejuízo sofrido pela vítima, a pena privada possuía caráter punitivo, aplicando-se a condutas lesivas a interesses privados (*delictum*), servindo como uma proteção à pessoa e aos seus bens. Através da *actio poena privata* a vítima poderia pleitear a condenação do ofensor em determinada quantia, quantia esta que não mais era vista em caráter ressarcitório, mas sim punitivo¹³⁸.

Por se mostrar como uma forma remanescente de barbárie das civilizações remotas, a pena privada deixou de ser adotada, de modo que, nos países de tradição romana, houve um processo de despenalização da responsabilidade civil. O mesmo não é visto nos países em que há adesão ao direito anglo-saxão, de modo que, no século XVIII surge a doutrina dos *punitive damages*, aplicável no âmbito dos danos extrapatrimoniais¹³⁹.

Dessa forma, além da função preventiva e da função reparatória, é possível verificar na responsabilidade civil um viés punitivo. A função punitiva atribuída à responsabilidade civil consiste em punir o causador de um dano pela ofensa cometida

¹³⁷ FARIAS, Camila Azevedo. **Punitive Damage**: uma análise crítica sobre o instituto e sua aplicação nos Juizados Especiais Cíveis baianos entre os anos de 2010 e 2013. Monografia. Orientador: Prof. Maurício Requião de Sant'Ana (Curso de Graduação em Direito) – Faculdade Baiana de Direito. Salvador: 2016, p.15.

¹³⁸ SOUZA COSTA, Ana Carolina Gusmão de. **Dano Moral e Indenização Punitiva**. 2009. Artigo Científico. Orientadores: Profa. Néli Fetzner, Prof. Nelson Travares, Profa. Mônica Areal. Prof. Marcelo Pereira (Curso de Pós-Graduação em Direito) – Escola da Magistratura do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, p. 10. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/2semestre2009/trabalhos_22009/AnaCarolinaGusmaodeSouzaCosta.pdf>. Acesso em: 12 dez. 2017.

¹³⁹ *Ibidem*, p. 11.

através da sua condenação ao pagamento de montante indenizatório apto a demonstrar que a prática de condutas lesivas não é tolerada pelo ordenamento jurídico¹⁴⁰.

Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho indicam que, a função punitiva não é finalidade básica da responsabilidade civil, no entanto, a prestação que se impõe ao lesante também gera um efeito punitivo, persuadindo-o a não incorrer em outras condutas lesivas¹⁴¹.

Em alusão à Judith Martins Costas e Maria Souza Pargendler, Ana Carolina Gusmão de Souza Costa indica que a indenização punitiva ganha espaço no Brasil por se tratar de um mecanismo capaz de coibir danos causados por empresas que auferem lucro a partir da inserção de produtos danosos no mercado, mesmo diante das ações indenizatórias propostas pelas vítimas. Aduz, entretanto, não ser possível acolher a indenização punitiva livremente no âmbito jurisprudencial¹⁴².

Por conta da determinação prevista no art. 944 do Código Civil (a indenização deve ser medida pela extensão do dano), ainda é possível observar grande resistência diante da aplicação das funções preventiva e punitiva da responsabilidade civil. Paulatinamente, todavia, surgem novos paradigmas no âmbito de tal instituto, de modo que a função punitiva passou a possuir certo destaque nos debates doutrinários¹⁴³.

Um claro exemplo da discussão acerca da aplicação de uma função punitiva no âmbito do ordenamento brasileiro diz respeito à divergência de entendimento sobre a sua aplicabilidade. Em prol da aplicação de uma função punitiva, o Conselho da Justiça

¹⁴⁰ FAVARETTO, Cícero Antônio. **A fixação do valor indenizatório do dano extrapatrimonial nas relações de consumo**. 2008. Monografia. Orientador: Prof. Leilane Mendonça Zavarizi da Rosa (Curso de Graduação em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, p.18. Disponível em <<https://favaretto.files.wordpress.com/2010/06/monografia-cicero-versao-final.pdf>>. Acesso em 20 ago. 2017.

¹⁴¹ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 15.ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 70.

¹⁴² SOUZA COSTA, Ana Carolina Gusmão de. **Dano Moral e Indenização Punitiva**. 2009. Artigo Científico. Orientadores: Profa. Néli Fetzner, Prof. Nelson Travares, Profa. Mônica Areal. Prof. Marcelo Pereira (Curso de Pós-Graduação em Direito) – Escola da Magistratura do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, p. 10. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/2semestre2009/trabalhos_22009/AnaCarolinaGusmaodeSouzaCosta.pdf>. Acesso em: 12 dez. 2017.

¹⁴³ LONGHI, João Victor Rozatti. SILVA, Letícia Rezende. **A Função Punitiva da Responsabilidade Civil: Uma Análise da Indenização Punitiva por Dano Social no Brasil**. Florianópolis: CONPEDI, 2014, p. 07. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=25102b27fa432b4b>>. Acesso em 16 abr. 2018.

Federal, na IV Jornada de Direito Civil, elaborou o Enunciado nº. 379, dispondo que “o art. 944, *caput*, do Código Civil não afasta a possibilidade de se reconhecer a função punitiva ou pedagógica da responsabilidade civil”¹⁴⁴.

Por outro lado, a jurisprudência do STJ demonstra não admitir a aplicação da função punitiva da responsabilidade civil através da chamada indenização punitiva. Nesse sentido, no Acórdão proferido no bojo do Recurso Especial nº. 1.354.536-SE, de relatoria do Ministro Luís Felipe Salomão, entendeu-se não ser possível falar em caráter de punição no âmbito da responsabilidade civil brasileira, tendo em vista que o ordenamento não consagra o instituto do *punitive damages*¹⁴⁵.

No julgamento, afirmou-se ainda que a função punitiva imediata é tarefa do direito penal e do direito administrativo – para realizar tal indicação, o Relator se fundou nas lições de Sérgio Luiz Junkes, que aduz que o critério punitivo não pode ser utilizado na indenização decorrente de dano moral, tendo em vista que o critério adotado pelo ordenamento seria o do arbitramento judicial. O autor reconhece a discricionariedade de tal método, todavia, entende ser ele o mais cabível por possibilitar a medição mais precisa da repercussão do dano – o juiz, ao manter contato com as partes e com os fatos, possuiria condições para determinar o *quantum* devido¹⁴⁶.

De acordo com Thiago de Carvalho Borges, grande parte da doutrina estrangeira e nacional remete a origem dos *punitive damages* ao caso *Wilkes v. Wood*, todavia, no âmbito do direito norte-americano é que o instituto se desenvolveu a ponto de se tornar um modelo seguido por diversos ordenamentos jurídicos ao redor do mundo¹⁴⁷. Apesar da inexistência de um consenso acerca do tema, para aqueles que defendem a possibilidade de aplicação, os *punitive damages* dizem respeito à fixação de uma

¹⁴⁴ BRASIL. Conselho da Justiça Federal. **IV Jornada de Direito Civil – Enunciado 379**. Disponível em <<http://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/IV%20Jornada%20volume%20I.pdf>>. Acesso em 28 abr. 2018.

¹⁴⁵ *Idem*. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº. 1.354.536/SE**. Relator: Min. Luís Felipe Salomão. DJ 23 jun. 2014. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=34455662&num_registro=201202466478&data=20140505&tipo=91&formato=PDF>. Acesso em: 22 abr. 2018.

¹⁴⁶ JUNKES, Sérgio Luiz *apud* BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº. 1.354.536/SE**. Relator: Min. Luís Felipe Salomão. DJ 23 jun. 2014. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=34455662&num_registro=201202466478&data=20140505&tipo=91&formato=PDF>. Acesso em: 22 abr. 2018.

¹⁴⁷ BORGES, Thiago Carvalho. Danos Punitivos: Hipóteses de aplicação no Direito brasileiro. *In: Teses da Faculdade Baiana de Direito*. Salvador: Faculdade Baiana de Direito, v.2, t. XX, 2010, p. 02. Disponível em: <<http://www.faculdadebaianadedireito.com.br/images/a/Texto%20Thiago.pdf>>. Acesso em 06 mar. 2018.

alta quantia em dinheiro a ser somada à indenização compensatória deferida à vítima que a postula judicialmente. A indenização punitiva pode ser visualizada desde que presentes características subjetivas que se assemelhem ao dolo, a exemplo da negligência grave, malícia, fraude, opressão e arbitrariedade¹⁴⁸.

Nesse sentido, indica Salomão Resedá ao traduzir o conceito dos *punitive damages* que, para os norte-americanos, o instituto em evidência se refere a indenizações especiais e altamente excepcionais. Tais indenizações são determinadas por um tribunal em face de um acusado quando é possível observar que o ato ou a omissão por ele praticada possui natureza particularmente odiosa, maliciosa ou arbitrária¹⁴⁹. Trata-se de hipótese na qual há a condenação ao pagamento do valor necessário à compensação somado a uma quantia tida como suficiente para punir o ofensor e prevenir a prática de novos ilícitos civis.

Nos *punitive damages*, busca-se, então, imputar àquele que realiza uma conduta lesiva, a obrigação de responder com os prejuízos causados à vítima e de arcar com o pagamento de um valor majorado a ser somado à indenização compensatória. É importante compreender tal premissa, tendo em vista ser ela de suma importância para a distinção entre os *punitive damages* e o *disgorgement*. O *disgorgement*, apesar de ostentar um caráter punitivo mais evidente, não diz respeito à determinação do pagamento de que valores para além daquele necessário para configurar a restituição apenas como uma forma de punir a conduta lesiva e de evitar novos ilícitos. O instituto será analisado em tópico próprio, todavia, pode-se, desde já, indicar que, trata-se da retirada do lucro ilícito obtido pelo ofensor e a sua posterior transferência ao patrimônio da vítima – não há uma simples punição, mas sim uma forma de evitar que condutas lesivas se mostrem lucrativas.

¹⁴⁸ LONGHI, João Victor Rozatti. SILVA, Letícia Rezende. **A Função Punitiva da Responsabilidade Civil: Uma Análise da Indenização Punitiva por Dano Social no Brasil**. Florianópolis: CONPEDI, 2014, p.08. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=25102b27fa432b4b>>. Acesso em 16 abr. 2018.

¹⁴⁹ RESEDÁ, Salomão. **A Função Social do Dano Moral**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009, p. 222.

3 O PROBLEMA DA QUANTIFICAÇÃO DO DANO EXTRAPATRIMONIAL

Quando se fala em responsabilidade, busca-se, em verdade, analisar em que condições um sujeito pode ser considerado responsável pelo dano sofrido por outra pessoa e, em que medida tal sujeito tido como responsável está obrigado a repará-lo. A reparação de tal dano se dá por meio da chamada indenização que, quase sempre apresenta um caráter pecuniário¹⁵⁰. Em relação à definição da indenização a ser paga pelo ofensor, pode-se indicar que, o que se observa no cenário nacional atual da responsabilidade civil é a reparação de danos por meio da restituição do bem lesado ao seu estado anterior ou a compensação através do pagamento de prestação pecuniária em favor do prejudicado¹⁵¹.

Nesse sentido, restando comprovada a presença dos três elementos essenciais da responsabilidade civil e, da culpa nos casos em que a responsabilidade civil for subjetiva, observa-se o surgimento da necessidade de se definir de qual forma ocorrerá a recomposição patrimonial ou a compensação extrapatrimonial àquele que foi vítima de uma lesão causada por outrem. Faz-se tal divisão tendo em vista que, no âmbito dos danos extrapatrimoniais não é técnico falar em restituição, tendo em vista que tal espécie de prejuízo é imensurável economicamente.

Nos casos em que se vislumbra a ocorrência de um dano patrimonial, em verdade, a questão da quantificação do valor a ser pago a título indenizatório se encontra, na maioria dos casos, pacificada – por vezes podem surgir determinados questionamentos acerca do valor fixado judicialmente, mas, o que se entende predominantemente é que, diante da uma lesão ao patrimônio de alguém, utiliza-se a chamada teoria da diferença, de origem alemã¹⁵² (*differenztheorie*)¹⁵³. A partir da aplicação da aludida teoria, a diminuição patrimonial sofrida pelo lesado é mensurada a partir da observância do patrimônio da vítima em dois momentos: antes da conduta

¹⁵⁰ FERREIRA, Thiago Soares. **A banalização do dano moral**. 2012. Monografia. Orientador: Prof. Emerson Silva Masullo (Curso de Graduação em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Católica de Brasília, Brasília, p. 13. Disponível em: <<http://repositorio.ucb.br/jspui/bistream/10869/2026/2/Thiago%20Soares%20Ferreira.pdf>>. Acesso em: 23 dez. 2017.

¹⁵¹ CARVALHO, Jéssica Alves de. A Reparação do Dano Moral Coletivo no Ordenamento Jurídico Brasileiro. In: **Revista Jurídica da Justiça Federal da Bahia**. Salvador: SJBA: a.11, n. 13, set. 2017, p. 142.

¹⁵² FIGUEIREDO, Luciano; FIGUEIREDO, Roberto. **Direito Civil: Obrigações e Responsabilidade Civil**. 5.ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 314.

¹⁵³ SEVERO, Sérgio. **Os Danos Extrapatrimoniais**. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 04.

lesiva e no momento posterior à tal conduta¹⁵⁴. A diferença entre os valores apurados deverá ser o montante fixado a título de danos materiais.

A teoria da diferença tem como principal expoente o alemão Friedrich Mommsen e, possui como premissa a noção de dano como efeito econômico negativo. Ocorre que, tal teoria, apesar de relativamente útil em casos de ressarcimento de danos patrimoniais, se mostrou um tanto quanto limitada, deixando de abarcar hipóteses de violações a outros interesses jurídicos merecedores de tutela, a exemplo dos danos que transcendem a esfera meramente patrimonial de um sujeito¹⁵⁵.

Quando se fala em lesões que recaem sobre direitos intangíveis, não é possível indicar a existência de um critério objetivo capaz de mensurar a extensão do prejuízo causado ao lesado. O dano extrapatrimonial é aquele cuja valoração não se funda em base de equivalência, característica verificada nos danos ao patrimônio. Justamente em decorrência dessa ausência de alicerce de equivalência é o que os danos extrapatrimoniais se mostram como uma espécie de difícil avaliação econômica¹⁵⁶, tornando a atividade do magistrado mais complexa.

Conforme os ensinamentos traçados por Salomão Resedá, o maior problema no âmbito dos danos extrapatrimoniais possui relação com o valor a ser pago em razão de um prejuízo imaterial – tanto o é que, em um primeiro momento, questionou-se se seria possível vincular um prejuízo imaterial a determinado valor econômico. Passada tal fase, começou-se a se observar que, em verdade, há uma problemática em torno da busca por padrões ou por parâmetros capazes de fixar o montante indenizatório devido¹⁵⁷.

Por conta da complexidade do tema, são construídas teses relacionadas à busca de um denominador comum para a questão da quantificação do dano extrapatrimonial. Ocorre que, mesmo diante de todo o esforço doutrinário e jurisprudencial, permanece uma lacuna no que diz respeito à existência de uma solução capaz de pacificar a

¹⁵⁴ FIGUEIREDO, Luciano; FIGUEIREDO, Roberto. **Direito Civil: Obrigações e Responsabilidade Civil**. 5.ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 319.

¹⁵⁵ RENNER, Rafael Henrique. Notas Sobre o Conceito de Dano na Responsabilidade Civil. **Revista Legis Augustus**, Rio de Janeiro, v. 3, n. 2, jul./dez. 2012, p. 101. Disponível em: <<http://apl.unisuam.edu.br/revistas/index.php/legisaugustus/article/view/284/226>>. Acesso em 19 dez. 2017.

¹⁵⁶ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 15.ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 335.

¹⁵⁷ RESEDÁ, Salomão. **A Função Social do Dano Moral**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009, p. 170.

temática. Tal problemática possui íntima relação com a amplitude e constante mudança em torno dos chamados direitos da personalidade, tendo em vista que o Poder Judiciário recebe as mais diversas demandas¹⁵⁸. abarcando a busca por uma indenização atrelada à tutela de tais direitos.

É certo que, no âmbito do direito brasileiro, quando se está diante de uma hipótese de responsabilização civil, os olhares, em geral, voltam-se quase sempre à perda suportada pela vítima em sua esfera patrimonial ou ao atingimento da sua esfera extrapatrimonial. São raras as hipóteses em que se faz a importante análise relacionada à conduta do sujeito lesante e aos lucros por ele auferidos e, em face da ausência de tal verificação, por vezes observa-se, mesmo após a condenação judicial ao pagamento de indenização, a manutenção, no patrimônio do ofensor, de lucros obtidos a partir da conduta ilícita.

Em decorrência da impossibilidade da aplicação da aludida teoria da diferença, já consolidada nos casos envolvendo danos patrimoniais, constata-se grande dificuldade prática na definição dos critérios objetivos de fixação do montante a ser pago a título de compensação à vítima de um dano extrapatrimonial – o arbitramento do dano extrapatrimonial, revela-se, portanto, como um dos mais turbulentos encargos suportados pelo Poder Judiciário brasileiro.

O dano extrapatrimonial está intrinsecamente relacionado à atributos da personalidade do sujeito, motivo pelo qual, não se pode falar na possibilidade de retorno ao estado anterior à lesão, mas tão somente em compensação. A fixação do *quantum* a ser indenização se mostra como uma tarefa complexa quando se verifica que, ao mesmo tempo em que a indenização não pode ser fixada em valor irrisório para o ofendido, ela também não pode ser demasiadamente gravosa ao ofensor¹⁵⁹.

É característica particular dos danos extrapatrimoniais a liberdade ampla que existe no momento da fixação do valor a ser pago a título de compensação, tendo em vista que fica à cargo do magistrado realizar o arbitramento da quantia devida – em tal

¹⁵⁸ RESEDÁ, Salomão. **A Função Social do Dano Moral**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009, p. 171.

¹⁵⁹ SOUZA COSTA, Ana Carolina Gusmão de. **Dano Moral e Indenização Punitiva**. 2009. Artigo Científico. Orientadores: Profa. Néli Fetzner, Prof. Nelson Travares, Profa. Mônica Areal. Prof. Marcelo Pereira (Curso de Pós-Graduação em Direito) – Escola da Magistratura do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, p. 09. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/2semestre2009/trabalhos_22009/AnaCarolinaGusmaodeSouzaCosta.pdf>. Acesso em: 12 dez. 2017.

exercício, o juiz deverá sempre buscar a melhor forma para a identificação do valor que crê ser adequado para realizar a compensação da vítima¹⁶⁰, todavia, os critérios se mostram demasiadamente subjetivos.

Atribui-se a uma pessoa que possui arraigada em si uma carga valorativa referente às experiências já vividas, a função de indicar qual seria o valor justo a ser pago à vítima de um dano extrapatrimonial. Por conta de tal atribuição, constata-se a presença de uma discricionariedade em grau acentuado no que toca a quantificação da indenização devida àquele que vê sua esfera extrapatrimonial atingida, motivo pelo qual se faz importante buscar critérios mais sólidos.

Diante disso, é relevante discutir a problemática que circunda a quantificação do montante indenizatório devido em hipóteses nas quais há o atingimento da esfera extrapatrimonial de outrem, tendo em vista que inexistem, no ordenamento jurídico brasileiro, critérios objetivos de fixação do *quantum* a ser pago.

3.1 O DANO

O dano, conforme mencionado anteriormente, é tido como o elemento indispensável e nuclear da responsabilidade civil e, conforme as lições apresentadas por Anderson Schreiber, o axioma herdado pelo direito francês e que serviu como fonte de inspiração para o Código de 1916 é expresso através da fórmula de Henri Lalou, que indica que se não há dano, não há responsabilidade civil (*pas des préjudice, pas de responsabilité civile*). Apesar da utilização de tal fórmula, não existe no ordenamento uma definição legal acerca do dano¹⁶¹.

Em face da inexistência de uma conceituação legal em tal sentido, coube à doutrina a função de traçar um conceito fundamental em torno de tal elemento, de modo que, pode-se conceituar o dano ou o prejuízo, de acordo com Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, como sendo a “lesão a um interesse jurídico tutelado – patrimonial ou não –, causado por ação ou omissão do sujeito infrator”¹⁶². O dano

¹⁶⁰ RESEDÁ, Salomão. **A Função Social do Dano Moral**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009, p. 172.

¹⁶¹ SCHREIBER, Anderson. **Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil: Da Erosão dos Filtros da Reparação à Diluição dos Danos**. 6.ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 104.

¹⁶² GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 15.ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 86.

precisa ser provado, tendo em vista que sem a prova do dano não será possível imputar a responsabilidade a alguém¹⁶³.

Sem a verificação da presença do elemento dano, não há o que indenizar, de modo que a sua ocorrência é indispensável para que se possa falar em responsabilidade civil. “Ação de indenização sem dano é pretensão sem objeto, ainda que haja violação de um dever de jurídico e que tenha existido culpa e até mesmo dolo por parte do infrator”¹⁶⁴. A ação indenizatória necessariamente pressupõe a ocorrência de um dano e, “é fato incontroverso que a ação civil reparatória depende da existência de um dano traduzível em pecúnia”¹⁶⁵.

Além da verificação da ocorrência de um dano, outros requisitos precisam ser constatados no caso concreto para que seja possível deferir uma indenização a alguém. Não será cabível a indenização se o dano não for atual e certo. “O dano atual é, pois, a lesão de interesses de que a vítima dispõe no presente, sejam eles patrimoniais ou extrapatrimoniais”¹⁶⁶. A atualidade do dano se relaciona com a necessidade de sua existência no momento da ação de responsabilidade – não há que se falar em ação indenizatória sem que o dano tenha ocorrido e nem fundada em dano futuro¹⁶⁷.

A certeza do dano, por sua vez, afasta a possibilidade de ressarcimento em decorrência de danos hipotéticos ou eventuais¹⁶⁸. Nesse sentido, “considera-se certo o dano que é razoável e não aquele meramente eventual”¹⁶⁹ – o dano certo, trata-se então, de um dano fundado sobre um fato preciso e não sobre uma hipótese¹⁷⁰. Nesse sentido, tem-se decisão do STJ em sede de Recurso Especial indicando a

¹⁶³ CARVALHO, George Barbosa Jales de. A Aplicação da Teoria do Desestímulo como Forma de Inibição da Responsabilidade Civil no Brasil. In: **Interfaces Científicas – Direito**, Aracaju: v.4, n.1, 2015, p. 14. Disponível em <<http://dx.doi.org/10.17564/2316-381X.2015v4n1p11-22>>. Acesso em 21 abr. 2018.

¹⁶⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. 11.ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 366.

¹⁶⁵ MERGULHÃO, Maria Fernanda Dias. **Indenização Integral na Responsabilidade Civil**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 78.

¹⁶⁶ SEVERO, Sérgio. **Os Danos Extrapatrimoniais**. Saraiva, São Paulo: 1996, p. 10.

¹⁶⁷ SAVI, Sérgio. Inadimplemento das Obrigações, Mora e Perdas e Danos. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord). **Obrigações: Estudos na Perspectiva Civil-Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 479.

¹⁶⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Op.cit.*, 2016, p. 368.

¹⁶⁹ SEVERO, Sérgio. *Op.cit.*, 1996, p. 09.

¹⁷⁰ RENNEN, Rafael Henrique. Notas Sobre o Conceito de Dano na Responsabilidade Civil. **Revista Legis Augustus**, Rio de Janeiro, v. 3, n. 2, jul./dez. 2012, p. 101. Disponível em: <<http://apl.unisuam.edu.br/revistas/index.php/legisagustus/article/view/284/226>>. Acesso em 19 dez. 2017.

impossibilidade de indenizar o dano incerto: por “se tratar de dano incerto e eventual, fica excluída da indenização por danos materiais a parcela correspondente ao valor da bolsa que o recorrido teria se tivesse sido aprovado no exame para frequentar o curso de mestrado”¹⁷¹.

Acrescentam Luciano Figueiredo e Roberto Figueiredo que, além da atualidade e certeza do dano, é necessário ainda que se verifique a lesão a um interesse juridicamente tutelado pelo direito para que seja possível o deferimento de uma indenização em decorrência de um dano¹⁷². Os chamados danos comezinhos ou meros aborrecimentos, por exemplo, não são enquadrados na categoria de danos indenizáveis, tendo em vista que se relacionam à interesses que não são abrangidos pela responsabilidade civil – isso porque, para impedir a ocorrência de uma banalização do instituto, o legislador brasileiro realiza opções políticas acerca dos interesses que merecem ser tutelados pelo ordenamento.

Em suma, o dano é, pois, o elemento em torno do qual gira toda a ideia da responsabilização civil – uma conduta que não gere dano a alguém, ainda que ilícita, não pode servir como fundamento para a responsabilização civil de outrem. Uma conduta lesiva pode ensejar danos de caráter patrimonial ou extrapatrimonial e, em assim sendo, é necessário imputar ao sujeito ofensor o dever de indenizar o sujeito ofendido.

Ultrapassados os filtros da conduta e do nexos de causalidade e, constatada a presença do dano e dos elementos que precisam o compor para que este seja considerado indenizável, é necessário observar qual a espécie de dano que está sendo analisada, ou seja, deve-se observar se a questão versa sobre danos patrimoniais ou danos extrapatrimoniais, tendo em vista que as normas aplicáveis a cada caso são diversas, bem como que as problemáticas que circundam cada espécie de dano se diferem.

¹⁷¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº. 300.190/RJ**, Relator: Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira. DJ 18 mar. 2002. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=IMGD&sequencial=91859&num_registro=200100055230&data=20020318&formato=PDF>. Acesso em: 20 abr. 2018.

¹⁷² FIGUEIREDO, Luciano; FIGUEIREDO, Roberto. **Direito Civil: Obrigações e Responsabilidade Civil**. 5.ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 317.

3.2 ESPÉCIES DE DANO

Inicialmente, é mister destacar, a partir da realização de uma breve consideração, a existência dos chamados “novos danos”. De acordo com Flávio Tartuce, a questão do reconhecimento de novas modalidades de danos é uma decorrência lógica da evolução humana, tendo em vista que, à medida que se reconhecem direitos e que são criadas novas tecnologias, surgem novos prejuízos e novas vítimas¹⁷³.

Quatro são os principais danos compreendidos como novos a partir da experiência da jurisprudência brasileira, quais sejam o dano estético, danos decorrentes da perda de uma chance, danos morais coletivos e danos sociais ou difusos¹⁷⁴. Para além de tais espécies reconhecidas nacionalmente, Anderson Schreiber elenca ainda como novos danos, a partir do exemplo da jurisprudência italiana, o dano à vida em relação, o dano pela perda de concorrencialidade, o dano por redução de capacidade laboral genérica e o dano sexual¹⁷⁵.

Não se ignora a presença dos novos danos, todavia, no presente trabalho somente serão abordados os danos clássicos tendo em vista que, a despeito do conhecimento acerca da existência dos chamados novos danos, entende-se que o *disgorgement* não possui ampla aplicabilidade em relação a estes. Por tal motivo, opta-se por realizar um recorte mais específico, de modo a voltar a análise acerca das espécies de dano para as lesões de cunho patrimonial e extrapatrimonial.

Nesse sentido, tem-se que o dano experimentado pela vítima de uma conduta lesiva poderá possuir tanto um caráter patrimonial quanto extrapatrimonial, a depender do bem jurídico atingindo. Marcius Geraldo Porto de Oliveira, ao fazer alusão ao doutrinador espanhol Roberto Brebbia, dispõe que este “orienta que os direitos patrimoniais são aqueles que têm a finalidade de proteger os bens que possuem valor pecuniário, ou seja, aqueles que permitem uma transação em dinheiro, que são suscetíveis de avaliação adequada em moeda”¹⁷⁶.

¹⁷³ TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Direito das Obrigações e Responsabilidade Civil**. 11.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 440.

¹⁷⁴ *Ibidem*, p. 441.

¹⁷⁵ SCHREIBER, Anderson. **Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil: Da Erosão dos Filtros da Reparação à Diluição dos Danos**. 6.ed. São Paulo: Altas, 2015, p. 92-93.

¹⁷⁶ OLIVEIRA, Marcius Geraldo Porto de. **Dano Moral: Proteção Jurídica da Consciência**. 3.ed. São Paulo: Editora de Direito, 2003, p.39.

O dano patrimonial, também conhecido como material, é caracterizado a partir de uma noção de equivalência consubstanciada a partir de uma fórmula aritmética que abarca tanto os danos emergentes quanto os lucros cessantes. O dano emergente é tido como a imediata redução patrimonial sofrida¹⁷⁷, ou seja, é visto como o dano que efetivamente foi sofrido, como o dano que emergiu – trata-se do prejuízo material efetivamente sofrido pela vítima. Por outro lado, os lucros cessantes dizem respeito àquilo que efetivamente o ofendido deixa de lucrar em face do dano sofrido¹⁷⁸.

O dano extrapatrimonial, por sua vez, não encontra fácil definição, tendo em vista que se relaciona à direitos intimamente relacionados à esfera psíquica e emocional de um sujeito. Salomão Resedá, ao diferenciar as espécies de dano, indica que o dano patrimonial se refere aos prejuízos de cunho eminentemente material, enquanto os danos extrapatrimoniais abarcam um patamar economicamente inestimável¹⁷⁹.

O dano extrapatrimonial não foi, desde logo, reconhecido pelo direito como uma espécie autônoma, todavia, quando tal reconhecimento passou a ser visto, se constatou a inexistência de uma noção conceitual servível¹⁸⁰. A dificuldade de conceituação ensejou o surgimento de diversas teorias doutrinárias e, é possível destacar a existência de três principais correntes que buscam tecer um conceito para o dano extrapatrimonial. Por merecer análise mais detalhada, a conceituação de tal espécie de dano será abordada em tópico específico.

Quanto à normatização no ordenamento brasileiro, o art. 944 do Código Civil de 2002 preceitua que, a indenização deverá ser medida pela extensão do dano e, conforme ensina Fábio Ulhoa Coelho, este é o “critério geral para a fixação do valor devido a título de ressarcimento dos danos patrimoniais”¹⁸¹. Quando se trata do dano patrimonial, não sendo possível a reparação *in natura*, deve-se realizar a análise de sua extensão para que se possa alcançar o *quantum* indenizatório devido, evitando o

¹⁷⁷ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 11.ed. rev. e amp. São Paulo: Atlas, 2014, p. 153.

¹⁷⁸ MERGULHÃO, Maria Fernanda Dias. **Indenização Integral na Responsabilidade Civil**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 25.

¹⁷⁹ RESEDÁ, Salomão. **A Função Social do Dano Moral**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009, p. 125.

¹⁸⁰ *Ibidem, loc.cit.*

¹⁸¹ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil: Obrigações e Responsabilidade Civil**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 818.

enriquecimento ilícito do ofendido¹⁸², bem como que este suporte parcela do dano causado pelo ofensor.

A ocorrência de um dano patrimonial, por vezes também chamado de dano material, pode possuir como causa a quebra de um contrato ou a inobservância do dever geral de não lesar. Quando se está diante de uma quebra contratual, observa-se a ocorrência da responsabilidade contratual. Por outro lado, caracteriza-se a responsabilidade extracontratual em face da ausência do cumprimento do dever geral de não lesar.

É certo, pois, que o dano patrimonial se mede por sua extensão, conforme determinada o dispositivo legal supramencionado. Ocorre que, a partir da leitura da exposição de motivos pela rejeição da proposta de mudança do art. 944 do Código Civil intentada pelo Projeto de Lei nº. 6.960 de 2002, parece que o legislador, em verdade, também quis determinar que o dano extrapatrimonial deveria ser medido da mesma forma. Explica-se.

O Projeto de Lei nº. 6.960 de 2002, de autoria do então Deputado Ricardo Fiuza, buscou inserir no art. 944 do Código Civil disposição indicando que a reparação do dano moral deveria se dar através de compensação ao lesado e de adequado desestímulo ao lesante¹⁸³. Observa-se, portanto, que já houve tentativa de conceder um caráter mais próximo às funções punitiva e preventiva da responsabilidade civil no que tange aos danos extrapatrimoniais. O Projeto de Lei, no entanto, foi rejeitado, mantendo-se a ideia predominante da função compensatória. Nesse sentido, observa-se na exposição de motivos da rejeição a indicação de que “o critério para cálculo do valor da indenização do dano, tanto para o material quanto para o moral, deve ser o da sua extensão”¹⁸⁴.

O dano patrimonial atinge bens que integram o patrimônio da vítima, logo, atinge aquilo que é capaz de ser apreciado economicamente. Trata-se de espécie que

¹⁸² RESEDÁ, Salomão. **A Função Social do Dano Moral**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009, p. 209.

¹⁸³ BRASIL. **Projeto de Lei nº. 6.960/02**. Disponível em <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=6AF2D5A6818DF50114E4176267DF9FB8.proposicoesWebExterno1?codteor=50233&filename=PL+6960/2002>. Acesso em 21 abr. 2018.

¹⁸⁴ *Idem*. **Exposição de motivos**. Disponível em <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/196514.pdf>>. Acesso em 21 abr. 2018.

envolve a diminuição do patrimônio da vítima¹⁸⁵ e, conforme Maria Celina Bodin de Moraes, “tradicionalmente, define-se o dano patrimonial como a diferença entre o que se tem e o que se teria, não fosse o evento danoso”¹⁸⁶.

O dano extrapatrimonial, por sua vez, constitui, em contraposição ao dano patrimonial, e, adotando-se uma ideia de conceituação excludente, um prejuízo que atinge um interesse sem expressão econômica¹⁸⁷. Ao se distanciar de uma conceituação negativa e, observando-se uma conceituação substancial, tem-se que o dano extrapatrimonial é aquele que atinge um bem tido como caro ao ser humano, um bem relacionado à sua esfera psíquica e emocional, conforme se verá adiante.

A partir de um conceito negativo ou de um conceito substancial, é necessário perceber que, ao contrário do que fora disposto pelo legislador na aludida exposição de motivos pela rejeição da alteração proposta pelo PL nº. 6.960/02, o cálculo do valor devido a título de indenização por danos morais não pode ser medida pela extensão do dano por um motivo simples: o dano extrapatrimonial não é reparável, mas sim compensável, tendo em vista a impossibilidade de precificar a dor e o sofrimento decorrentes do atingimento de um direito de cunho não econômico.

3.3 O DANO EXTRAPATRIMONIAL

A fonte primária das normas relativas ao campo da responsabilidade civil é a Constituição – isso porque, a responsabilidade civil pode ser vista como um instrumento de proteção dos valores previstos, notadamente, pelo art. 5º, inciso X da Constituição Federal de 1988 que, ao dispor que “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”¹⁸⁸, acaba por fornecer proteção à importantes aspectos da personalidade humana.

¹⁸⁵ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 11.ed. rev. e amp. São Paulo: Atlas: 2014, p. 93-94.

¹⁸⁶ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à Pessoa Humana: Uma Leitura Civil-Constitucional dos Danos Morais**. Rio de Janeiro: Renovar: 2003, p. 143.

¹⁸⁷ SEVERO, Sérgio. **Os Danos Extrapatrimoniais**. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 43.

¹⁸⁸ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 11 abr. 2018.

De acordo com Maria Fernanda Dias Mergulhão, os princípios da dignidade da pessoa humana e da solidariedade, ambos alçados à posição de preceitos fundamentais, passaram a ser vistos no sistema constitucional brasileiro a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988¹⁸⁹.

Quando se observa a necessidade de atrelar o direito civil aos princípios constitucionais, há um direcionamento da atividade humana no sentido da defesa da dignidade da pessoa e da construção de uma sociedade justa, solidária e plural. Nesse sentido, o direito civil constitucional cumpre o papel de harmonizar o até então chamado direito privado, aos princípios fundamentais, em especial, às necessidades existenciais dos sujeitos¹⁹⁰.

As normas relativas ao direito privado passam, então, por um processo de constitucionalização, tendo em vista a necessidade de uma releitura dos seus dispositivos à luz da nova ordem constitucional. “Os danos material e moral passam a ser analisados sob novo viés, com vistas à obtenção de um sistema mais seguro e eficiente, nas incontáveis ações de reparação”¹⁹¹.

Antes da promulgação da Constituição de 1998, diversas eram as questões que giravam em torno da reparabilidade do dano extrapatrimonial, todavia, a partir da nova ordem constitucional, restou expressa, a partir do inciso X do art. 5º¹⁹², a possibilidade de compensação em decorrência do atingimento de aspectos não atrelados à esfera patrimonial de um sujeito. O dano extrapatrimonial se tornou inconfundível com o dano patrimonial, portanto¹⁹³.

Nesse sentido, observa-se que o direito à uma compensação em face de uma lesão à esfera extrapatrimonial do sujeito decorre de determinação constitucional. A despeito de tal proteção observada na Carta de 1988, houve a necessidade de se

¹⁸⁹ Mergulhão, Maria Fernanda Dias. **Indenização Integral na Responsabilidade Civil**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 126.

¹⁹⁰ Valési, Raquel Helena. Estudos sobre a responsabilidade objetiva e os critérios para fixação de danos morais com base no princípio *in dubio pro dignate* nas relações privadas. In: **Revista de Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 83, ano 18, nov. 2017, p. 98.

¹⁹¹ Mergulhão, Maria Fernanda Dias. *Op.cit.*, 2015, p. 1.

¹⁹² BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 11 abr. 2018.

¹⁹³ Ferreira, Thiago Soares. **A banalização do dano moral**. 2012. Monografia. Orientador: Prof. Emerson Silva Masullo (Curso de Graduação em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Católica de Brasília, Brasília, p. 17. Disponível em: <<http://repositorio.ucb.br/jspui/bistream/10869/2026/2/Thiago%20Soares%20Ferreira.pdf>>. Acesso em: 23 dez. 2017.

percorrer um tortuoso caminho para que se tutelasse o dano extrapatrimonial de tal forma. Além do tardio reconhecimento da importância de se oferecer uma justa compensação à vítima de uma lesão de cunho extrapatrimonial, conceituar essa espécie de dano não constitui tarefa simples. Por tal motivo, faz-se necessário traçar um breve histórico acerca dos danos extrapatrimoniais, bem como analisar os diversos posicionamentos existentes em relação à sua conceituação.

3.3.1 Breve histórico e consolidação como espécie autônoma

A possibilidade de atingir atributos não relacionados à esfera econômica de alguém sempre pôde ser constatada, todavia, nem sempre se considerou admissível compensar os danos decorrentes de tal atingimento. Conforme ensina Salomão Resedá, “a agressão aos direitos desprovidos de cunho econômico sempre existiu”, todavia, nem sempre se observou a proteção do ordenamento jurídico aos danos extrapatrimoniais conforme se verifica atualmente¹⁹⁴. No Brasil, a partir da análise da evolução histórica da responsabilidade civil, é possível constatar que o dano extrapatrimonial nem sempre foi reconhecido como algo capaz de ensejar o direito a uma indenização¹⁹⁵.

No momento de origem do dano extrapatrimonial como uma espécie de dano, vedava-se o seu ressarcimento. Isso porque, argumentava-se não ser possível mensurar o *pretium doloris*, bem como a inexistência de previsão legal em tal sentido. Com o tempo, tal fundamentação foi sendo superada pelo entendimento de que o que se pretendia era realizar uma reparação financeira à vítima, em face da dor sofrida¹⁹⁶.

Inicialmente, a doutrina clássica não aceitava a possibilidade de agregar um valor pecuniário a um dano extrapatrimonial. Com o desenvolvimento tecnológico e a maior necessidade da proteção do ser humano, passou-se a verificar uma simbiose entre os aspectos patrimonial e não-patrimonial: a simples condição de pessoa é o que confere

¹⁹⁴ RESEDÁ, Salomão. **A Função Social do Dano Moral**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009, p. 74.

¹⁹⁵ RENNEN, Rafael Henrique. Notas Sobre o Conceito de Dano na Responsabilidade Civil. **Revista Legis Augustus**, Rio de Janeiro, v. 3, n. 2, jul./dez. 2012, p. 115. Disponível em: <<http://apl.unisuam.edu.br/revistas/index.php/legisaugustus/article/view/284/226>>. Acesso em 19 dez. 2017.

¹⁹⁶ *Ibidem*, loc.cit.

ao sujeito o direito de ser protegido pelo ordenamento. A partir da ótica da dignidade da pessoa humana, observa-se uma proteção mais efetiva em face de lesão a direitos. O aumento das interações sociais fez com que o Poder Judiciário vislumbrasse que o dano não atinge apenas aspectos patrimoniais, mas também subjetivos¹⁹⁷.

No âmbito do direito internacional, o dano extrapatrimonial não fora, de logo, reconhecido como espécie indenizatória independente. O *lead case* que trata do dano extrapatrimonial como espécie autônoma data de 1897 – observa-se no *case Wilkinson v. Downton* a possibilidade de compensar, via pecúnia, a vítima de um abalo psíquico, tendo em vista que se passou a considerar que a dor e a agonia podem ensejar um dano à integridade psicossomática do indivíduo – até então, entendia-se que um ilícito civil (*tort*), não poderia abranger lesões puramente psicológicas¹⁹⁸.

Admitida a possibilidade de pagamento em pecúnia em face da ocorrência de um dano extrapatrimonial, passou-se a vislumbrar, então, a problemática acerca da cumulação de indenização por danos patrimoniais e por danos extrapatrimoniais. Inicialmente, tal cumulação não era tida como possível, pois o entendimento que prevalecia era o de que o dano patrimonial era capaz de absorver o dano extrapatrimonial¹⁹⁹. Aos poucos, foi sendo desenvolvido o entendimento de que os danos extrapatrimoniais não deveriam estar atrelados aos danos patrimoniais e, com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, esse entendimento passou a encontrar menção constitucional expressa no art. 5º, inciso X.

A Constituição Federal de 1988 se atentou para o fato de que os efeitos causados pelo dano extrapatrimonial são distintos daqueles vistos em face do dano patrimonial, motivo pelo qual, plausível a possibilidade de cumulação²⁰⁰, bem como a independência das espécies. No mesmo sentido, a Súmula nº. 37 do STJ descreve, justamente, que “são cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral

¹⁹⁷ RESEDÁ, Salomão. **A Função Social do Dano Moral**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009, p. 74.

¹⁹⁸ CARRÁ, Bruno Leonardo Câmara. **Evolução dos Torts: do trespass à strict liability**. Ceará, 2013, p. 10. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=79bdf677fe52c08>>. Acesso em: 08 fev..2018,

¹⁹⁹ RENNEN, Rafael Henrique. Notas Sobre o Conceito de Dano na Responsabilidade Civil. **Revista Legis Augustus**, Rio de Janeiro, v. 3, n. 2, jul./dez. 2012, p. 115. Disponível em: <<http://apl.unisuam.edu.br/revistas/index.php/legisaugustus/article/view/284/226>>. Acesso em 19 dez. 2017.

²⁰⁰ *Ibidem, loc.cit.*

oriundos do mesmo fato”, pondo, portanto, um fim na discussão acerca do tema e firmando a ideia da cumulabilidade²⁰¹ e da ausência de autonomia da espécie.

Dessa forma, resta claro que, atualmente, tanto é possível a cumulação entre danos patrimoniais e extrapatrimoniais, como também a existência de ação autônoma referente somente ao dano extrapatrimonial – não há a necessidade de que o dano extrapatrimonial seja pleiteado no bojo de uma ação na qual também se busca a condenação de alguém em indenização por danos patrimoniais. É isso que se quer dizer ao se indicar que o dano extrapatrimonial é dotado de autonomia.

3.3.2 Conceito

Além de traçar o histórico percorrido pelo ordenamento jurídico em relação aos danos extrapatrimoniais no tocante à possibilidade de compensação, também se faz necessário observar os caminhos percorridos pela doutrina no que tange à conceituação de tal espécie de prejuízo ou dano. A conceituação do dano extrapatrimonial não é algo que se possa afirmar como solidificado doutrinariamente. Não se trata de espécie de dano que encontra simples conceituação, como ocorre com o dano patrimonial – os danos extrapatrimoniais se ligam à interesses relacionados ao interior do homem, logo, a sua própria natureza gera uma maior dificuldade de conceituação. Nesse sentido, observam-se três correntes que buscam traçar um conceito para o dano extrapatrimonial.

A primeira corrente busca descrever o dano extrapatrimonial a partir de um conceito negativo ou excludente – tenta-se traçar um conceito do dano moral a partir de uma contraposição ao dano patrimonial. Sérgio Severo, ao citar os doutrinadores franceses Henri Mazeaud e André Tunc, indica que estes definiam o dano extrapatrimonial como sendo “aquele que não atinge de modo algum ao patrimônio e causa tão-somente uma dor moral à vítima”²⁰², de modo a demonstrar a utilização da conceituação excludente. André Gustavo Corrêa de Andrade, também ao abordar a doutrina francesa, indica que “Savatier definia o dano moral como: “todo sofrimento humano que não resulta de

²⁰¹ BRASIL. **Súmulas do Superior Tribunal de Justiça**. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?materia=%27DIREITO%20CIVIL%27.mat.#TIT14TEMA0>>. Acesso em: 17 abr. 2018.

²⁰² SEVERO, Sérgio. **Os Danos Extrapatrimoniais**. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 40.

uma perda pecuniária”²⁰³. O autor indica ainda que, o referido conceito foi adotado, no âmbito nacional, por doutrinadores como Aguiar Dias, Pontes de Miranda, Wilson de Mello da Silva e Agostinho Alvim²⁰⁴.

A despeito de constatar que não há base de equivalência patrimonial no âmbito dos danos extrapatrimoniais, a conceituação negativa não é capaz de esclarecer o conteúdo de tal espécie, motivo pelo qual, parte da doutrina, a fim de atingir o núcleo dos danos insuscetíveis de apreciação econômica, buscou realizar uma conceituação do dano moral com base na dor ou a alteração negativa do estado anímico, psicológico ou espiritual do sujeito²⁰⁵ – a procura de uma definição diversa daquela da excludente, alguns doutrinadores tentaram definir, então, o dano extrapatrimonial a partir de uma análise substancial²⁰⁶. De acordo com Sérgio Severo, partindo de tal premissa o doutrinador espanhol Roberto Brebbia delimitou tal espécie de dano como sendo “a violação de um ou vários dos direitos inerentes à personalidade de um sujeito de direito”²⁰⁷.

Nesse sentido, seria o dano extrapatrimonial aquele relacionado à dor em sentido amplo, ou seja, tanto física quanto psicológica e emocional. Doutrinadores como Silvio Rodrigues, Antônio Jeová Santos e Carlos Alberto Bittar se alinham à tal posicionamento e, as definições por eles traçadas convergem no sentido de indicar que o dano extrapatrimonial estaria relacionado a alterações anímicas, psicológicas ou espirituais do lesado, não havendo dano moral sem dor ou sofrimento²⁰⁸.

A segunda corrente que buscou traçar uma conceituação substancial do dano extrapatrimonial, todavia, não se mostrou imune a críticas. Passou-se a observar a que a referida linha de entendimento não observa que, em verdade, a dor e o sofrimento não constituem o dano em si, mas tão somente sua consequência e, as consequências decorrentes de um dano extrapatrimonial também podem ser vistas em face de uma lesão patrimonial²⁰⁹. Dessa forma, a segunda corrente doutrinária

²⁰³ ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. A Evolução do Conceito de Dano Moral. **Revista da EMERJ**: Rio de Janeiro, v. 6, n.24, 2003, p. 143. Disponível em: <<http://bdjur.stj.br/dspace/handle/2011/67009>>. Acesso em: 16 abr. 2018.

²⁰⁴ *Ibidem*, p. 144.

²⁰⁵ *Ibidem*, p. 145.

²⁰⁶ SEVERO, Sérgio. **Os Danos Extrapatrimoniais**. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 40.

²⁰⁷ *Ibidem*, 1996, p. 41.

²⁰⁸ ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. *Op.cit.*, 2003, p. 145-146.

²⁰⁹ *Ibidem*, p. 146.

também não demonstrou ser capaz de firmar um conceito suficiente à determinação do que seria o dano extrapatrimonial.

Surge, então, uma terceira corrente doutrinária dispondo que o dano moral deve ser visto como uma lesão a determinada categoria de direitos, caracterizando-se pela ofensa a certa categoria de interesses capaz de provocar, então, efeitos como a dor e o sofrimento. Leva-se em conta a natureza do direito atingido, portanto. Nesse sentido, indica-se que os direitos merecedores de proteção em face de um dano extrapatrimonial são os chamados direitos da personalidade²¹⁰. A dor, o sofrimento e o abalo psíquico não constituem o dano em si, mas sim uma consequência do mesmo.

Assim, tem-se que a definição do dano extrapatrimonial não deve se vincular à dor, sofrimento ou qualquer outra repercussão sentimental do fato sobre a vítima, tendo em vista o grande subjetivismo observado a partir da utilização de tal critério²¹¹. A crítica feita à conceituação substancial é que os danos extrapatrimoniais não se resumem a lesões aos direitos da personalidade²¹², o que demonstra, ainda nos dias atuais, a dificuldade que envolve a definição de um conceito pacífico acerca do dano extrapatrimoniais.

A despeito de tais críticas e da impossibilidade de indicação de existência de um consenso, atualmente o dano extrapatrimonial é amplamente conceituado como aquele que atinge os mais variados atributos da personalidade da vítima, e justamente por conta de sua natureza é que surge a dificuldade de realizar uma quantificação pecuniária capaz de observar critérios efetivamente objetivos e aptos a restituir a vítima de uma conduta danosa através de critérios menos discricionários.

Veja-se que não se afirma que não há uma busca, tanto pela doutrina pela jurisprudência, de firmar critérios objetivos para a quantificação do valor devido a título de indenização decorrente de danos extrapatrimoniais. Realizar tal afirmação seria ignorar o fato de que por vezes fixa-se a indenização a partir da reincidência da conduta do agente lesante, da capacidade econômica do ofensor ou da vítima e da impossibilidade de enriquecimento sem causa – tais critérios demonstram uma maior

²¹⁰ ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. A Evolução do Conceito de Dano Moral. **Revista da EMERJ**: Rio de Janeiro, v. 6, n.24, 2003, p. 147. Disponível em: <<http://bdjur.stj.br/dspace/handle/2011/67009>>. Acesso em: 16 abr. 2018.

²¹¹ SCHREIBER, Anderson. **Direitos da Personalidade**. 3.ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2014, p. 17.

²¹² SEVERO, Sérgio. **Os Danos Extrapatrimoniais**. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 41.

objetividade quando em contraposição à hipóteses nas quais fixa-se o valor indenizatório a partir de critérios como a intensidade ou a duração do sofrimento experimentado pela vítima, ou grau de culpa das partes, as condições pessoais da vítima ou o ideia de justiça e equidade do magistrado.

Ressalte-se ainda a recente inserção do art. 223-G na Consolidação das Leis do Trabalho através da Lei nº. 13.467/17²¹³, abordando a questão da tarifação do dano extrapatrimonial²¹⁴⁻²¹⁵, bem como a existência de momentos anteriores nos quais se tentou realizar a utilização do critério da tarifação do dano extrapatrimonial, a exemplo de previsão contida no art. 51 da Lei de Imprensa²¹⁶.

A utilização da tarifação como forma de mensuração do dano é deveras controversa – a atribuição de valores em abstrato, antes mesmo da ocorrência do dano, desconsidera a espécie de lesão ocasionada com o atingimento da esfera extrapatrimonial de outrem, ou seja, desconsidera o atingimento de direitos da personalidade²¹⁷. Ademais, mesmo diante de critérios que limitam um pouco mais atividade jurisdicional, ainda resta um espaço de discricionariedade no momento de proferir a decisão em relação ao montante devido.

Cícero Antônio Favaretto indica que, o instituto jurídico do dano extrapatrimonial deve observar três funções básicas. A primeira delas seria a de compensar o ofendido em razão da lesão cometida por outrem à sua esfera personalíssima. A segunda função seria a de punir o agente ofensor. Por fim, a terceira função seria a dissuasão e/ou prevenção da prática do mesmo tipo de evento danoso, tanto em contra o lesante

²¹³ BRASIL. **Lei nº. 13.467/17**. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis nºs 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13467.htm. Acesso em 16 maio 2018.

²¹⁴ Brasil. **Consolidação das Leis do Trabalho**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm. Acesso em: 06 maio 2018.

²¹⁵ Em relação às recentes alterações no âmbito do Direito do Trabalho em decorrência das disposições elencadas na Lei nº. 13.467/17, tem-se ainda cenário instável. Especificamente na questão relativa à tarifação dos danos extrapatrimoniais, tem-se tema controverso. Em 23 de abril de 2018, a Medida Provisória nº. 808/17 perdeu a eficácia, revogando determinadas alterações realizadas na legislação trabalhistas. O art. 223-G sofreu com a perda de eficácia da MP nº. 808/17. Posteriormente, surgiram rumores acerca do uso de Decreto para fins de regulamentação dos pontos antes tratados através da Medida Provisória. A questão encontra-se, portanto, instável. Para o presente trabalho importa indicar a existência da tentativa, por parte do legislador, de realizar uma tarifação dos danos extrapatrimoniais observados no âmbito da relação de trabalho.

²¹⁶ BRASIL. **Lei nº. 5.250/67**. Regula a liberdade de manifestação do pensamento e de informação. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5250.htm. Acesso em 16 maio 2018.

²¹⁷ MERGULHÃO, Maria Fernanda Dias. **Indenização integral na responsabilidade civil**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 61.

como contra a sociedade em geral²¹⁸. Observa-se, então, que as funções que devem ser observadas em face de um dano extrapatrimonial são as próprias funções da responsabilidade civil. Justamente pelo fato de se tratarem de premissas que norteiam o instituto como um todo, não de ser observadas no âmbito da responsabilização decorrente da verificação da ocorrência de um dano extrapatrimonial.

Para a configuração do dano extrapatrimonial, Hamid Charaf Bdine Júnior preceitua que é necessário que a dor, a humilhação, o vexame ou o constrangimento resulte na agressão à dignidade de alguém – somente se verificando tal agressão é que será possível admitir a reparação²¹⁹. Anderson Schreiber entende que “a gravidade da lesão decorre, no dano extrapatrimonial, não da sua intensidade, mas do seu próprio objeto – o interesse existencial constitucionalmente tutelado”²²⁰.

Por se relacionar a bens jurídicos tão caros à pessoa humana, o dano extrapatrimonial, tendo em vista o seu caráter intangível e não-econômico, demonstra uma extrema dificuldade no que tange à sua quantificação. Por tal motivo e, em face da necessidade de uma limitação à discricionariedade no âmbito judicial, é necessário observar as possibilidades oferecidas pelos ordenamentos ao redor do mundo no que tange à liquidação de tal espécie. Destaque-se que não há a pretensão de abarcar todas as hipóteses em que se verifica a ocorrência de um dano extrapatrimonial – firma-se um recorte relacionado a hipóteses nas quais, a partir de uma ofensa a um atributo da personalidade de alguém, o sujeito ofensor, mesmo após condenação ao pagamento de indenização, mantém em seu patrimônio os lucros obtidos a partir de sua conduta contrária ao direito.

²¹⁸ FAVARETTO, Cícero Antônio. **A fixação do valor indenizatório do dano extrapatrimonial nas relações de consumo**. 2008. Monografia. Orientador: Prof. Leilane Mendonça Zavarizi da Rosa (Curso de Graduação em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, p. 13. Disponível em <<https://favaretto.files.wordpress.com/2010/06/monografia-cicero-versao-final.pdf>>. Acesso em 20 ago. 2017.

²¹⁹ BDINE JÚNIOR, Hamid Charaf. **Responsabilidade Civil na Perda dos Entes Queridos**, In: SILVA, Regina Beatriz Travares da (Coord.). Série GVlaw: Responsabilidade Civil e sua Repercussão nos Tribunais. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 323.

²²⁰ SCHREIBER, Anderson. **Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil: Da Erosão dos Filtros da Reparação à Diluição dos Danos**. 6.ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 130.

3.4 A LIQUIDAÇÃO DO DANO EXTRAPATRIMONIAL

A subjetividade na liquidação do dano extrapatrimonial é algo presente no ordenamento jurídico pátrio desde o momento em que se reconheceu a sua indenizabilidade até os dias atuais. Conforme fundamentação realizada pelo Ministro Athos Carneiro, em sede de Recurso Especial, o dano extrapatrimonial pode ser visto por dois aspectos: o primeiro deles diz respeito à pessoa para consigo mesmo e, o segundo, se relaciona com a forma que terceiros a enxergam. Dessa forma, é possível observar a forte presença do subjetivismo na liquidação do dano extrapatrimonial²²¹ como um reflexo de sua própria natureza.

As palavras do Ministro Rafael de Barros Monteiro Filho endossam a existência do subjetivismo que gira em torno do dano extrapatrimonial, tendo em vista que se indica que, “em verdade, não há um parâmetro para estimar-se o valor necessário a ser ressarcido. Há o Juiz de recorrer aos princípios da equidade, ao bom senso, ao *arbitrium boni viri*”²²². Diferentemente do dano extrapatrimonial, o dano patrimonial é quantificado a partir do valor da redução experimentada pelo patrimônio do ofendido em todos os seus aspectos²²³, aplicando-se a teoria da diferença em relação aos danos emergentes e calculando-se os lucros cessantes a partir de parâmetros objetivos. Em face da ocorrência de um dano patrimonial, busca-se a volta ao *statu quo ante*, ou seja, busca-se recompor o patrimônio do lesado para que volte a ser aquele existente no momento imediatamente anterior à lesão.

Em relação ao dano extrapatrimonial, explica Maria Helena Diniz que, “um dos grandes desafios da ciência jurídica é o da determinação dos critérios de quantificação do dano moral, que sirvam de parâmetro para o órgão julgante na fixação do *quantum debeat*”²²⁴. A reparação do dano extrapatrimonial somente é capaz de funcionar como uma compensação pela lesão sofrida, de modo que não será possível retornar

²²¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº. 3.003/MA**. Relator: Min. Athos Carneiro. DJ 09 dez. 1991. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=199000042402&dt_publicacao=09-12-1991&cod_tipo_documento=3>. Acesso em 02 mar. 2018.

²²² MONTEIRO FILHO, Rafael de Barros. **Indenização por Dano Moral: Evolução da Jurisprudência**. Brasília: 1995. Disponível em <http://www.stj.gov.br/webstj/ministros/discursao_internet.asp?Minis=0001089>. Acesso em 09 abr. 2018.

²²³ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil: Obrigações e Responsabilidade Civil**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 818.

²²⁴ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. 25.ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 117.

a uma situação anterior através da indenização, que terá, portanto, a função de consolo à vítima de um dano²²⁵.

No Brasil, como forma de definir o *quantum* indenizatório a ser pago em face de uma lesão a direito extrapatrimonial, utiliza-se a técnica do arbitramento pelo juiz. Se indica que, a despeito da ausência de critério objetivos para a fixação do valor devido a título de dano extrapatrimonial, o magistrado deverá observar repercussão econômica da indenização, de forma que esta não deverá ser alta a ponto de se converter em enriquecimento ilícito da vítima, nem ínfima, a ponto de se tornar inexpressiva²²⁶.

Sabe-se que, em sede de recursos extraordinários em sentido amplo, somente podem ser discutidas questões de direito. Nesse sentido, conforme ensinam Fredie Didier Júnior e Leonardo Carneiro da Cunha, “é pacífica a orientação dos tribunais superiores de não admitir recursos extraordinários para a simples revisão de prova, tendo em vista o seu caráter de controle da correta aplicação do Direito objetivo”²²⁷, continuam os ensinamentos preceituando que “isso decorre de uma velha lição: não é possível a interposição de recurso extraordinário para a revisão de matéria de fato”²²⁸.

A despeito da impossibilidade de discussão acerca de matérias de fato, bem como do entendimento de que a análise do *quantum* indenizatório devido a título de indenização constitui questão de fato, o STJ tem o entendimento de que, em casos nos quais o arbitramento do montante indenizatório se mostra ínfimo ou exorbitante, é possível a sua revisão em sede de Recurso Especial. Em Recurso Especial julgado em dezembro de 2017, de relatoria da Ministra Maria Isabel Gallotti, indicou-se que “admite a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, excepcionalmente, em recurso especial, reexaminar a quantia fixada a título de indenização por danos morais, quando ínfima ou exagerada”²²⁹. Demonstra-se então a clara opção por realizar uma limitação dos valores devidos a partir da quantia determinada – o

²²⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. 11.ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 406-407.

²²⁶ *Ibidem*, p. 407.

²²⁷ DIDIER JR., Fredie; DA CUNHA, Leonardo Carneiro. **Curso de Direito Processual Civil: Meios de Impugnação às Decisões Judiciais e Processos nos Tribunais**. 13.ed Salvador: Juspodivm, 2016, p. 306.

²²⁸ *Ibidem*, loc.cit.

²²⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Interno nos Embargos de Declaração no Recurso Especial nº. 1549926/SC**. Rel.: Min. Maria Isabel Gallotti. DJ 2 dez. 2017. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=77796299&num_registro=201502030928&data=20171218&tipo=51&formato=PDF>. Acesso em 28 abr. 2018.

aprofundamento de outras questões observadas no caso se dá a partir de critérios como, por exemplo, as condições econômicas das partes, de modo que dificilmente há uma análise acerca dos lucros auferidos pelo ofensor.

A análise do valor a ser pago, como visto, é exceção no âmbito dos tribunais superiores. Em verdade, são as instâncias ordinárias que, diariamente, enfrentam a questão que envolve a liquidação dos danos extrapatrimoniais. Nesse sentido e, a título exemplificativo, observa-se em inúmeros Acórdãos proferidos pela Terceira Turma Recursal do Juizado Especial Federal Cível da Seção Judiciária do Estado da Bahia, que a fixação do montante a ser pago como forma de compensação pelo dano extrapatrimonial, diz respeito a um valor que não seja considerado irrisório a ponto de não atingir a função pedagógica, mas que também não seja elevado de modo a ensejar o enriquecimento ilícito da vítima²³⁰.

A lesão extrapatrimonial se mostra como uma espécie de dano que, essencialmente, se encontra atrelada à aspectos particulares e individuais de um sujeito e, justamente por conta dessa natureza subjetivista, um dos maiores obstáculos que o magistrado encontra no momento do cumprimento das suas funções de julgamento é realizar a quantificação do valor a ser pago através da fixação do montante indenizatório.

Nesse sentido, tem-se que a tarefa de fixar critérios capazes de conferir maior objetividade à fixação do valor devido à vítima de um dano extrapatrimonial representa dificuldades tanto para a doutrina diante da necessidade da elaboração de novas teses, quanto para os magistrados em face da análise do caso concreto. Assim, Anderson Schreiber explica que a doutrina tem falhado na elaboração de novos critérios relacionados à responsabilidade civil, de modo a ser esse um dos motivos pelo qual a jurisprudência tem realizado a tarefa por conta própria, criando um universo discricionário e, por vezes, incoerente²³¹.

Observa-se, então, que o dano extrapatrimonial revela uma problemática que acaba, necessariamente, por ser submetida ao crivo da discricionariedade e do subjetivismo do Poder Judiciário – a própria natureza da lesão é que dá ensejo à tais questões. A

²³⁰ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. **Recurso Inominado nº. 4218-06.2014.4.01.3302**. Rel.: Juiz Federal Ailton Schramm de Rocha. DJ: 14 set. 2016. Disponível em: <https://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/arquivo/login/index.php?sistema=red&download=1&proc_id=10005072646&cpw=34913433300200&secao=BA&proc=4218-06.2014.4.01.3302&desc=Ac%C3%B3rd%C3%A3o>. Acesso em 12 dez. 2017.

²³¹ SCHREIBER, Anderson. **Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil**: Da Erosão dos Filtros da Reparação à Diluição dos Danos. 6.ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. XIV.

temática envolvendo a quantificação do dano se mostra mais relevante quando se percebe a ocorrência de casos nos quais o ofensor permanece em posição patrimonial mais vantajosa em decorrência do cometimento de conduta lesiva, mesmo após a condenação ao pagamento de indenização por danos extrapatrimoniais.

Diversas são as formas procuradas a fim de integrar as lacunas abertas no ordenamento jurídico e, o magistrado não pode deixar de cumprir o seu papel de dizer o direito, tendo em vista a necessidade de respeito ao princípio do *non liquet* – abre-se, dessa forma, a oportunidade para discutir o desenvolvimento de teorias, institutos e mecanismos relevantes em face de uma busca por maior objetividade na quantificação do valor devido a título de indenização decorrente de danos extrapatrimoniais²³².

Em alguns casos, podem ser buscadas soluções dentro do próprio sistema jurídico brasileiro, todavia, existem determinadas hipóteses em que não são encontrados, no âmbito interno, institutos capazes de solucionar a problemática envolvendo a questão em análise. Por tal motivo, se faz necessário voltar as atenções para soluções encontradas no âmbito externo e que demonstraram viabilidade de aplicação. Existem casos nos quais ocorre a prática de uma conduta que gera um dano à alguém e que há a condenação ao pagamento de indenização à vítima, todavia, ainda se verifica no patrimônio do ofensor a manutenção de lucros indevidos.

Nesse sentido, é possível observar em meio aos países adeptos ao *common law*, a presença de um instituto que visa retirar os lucros ilícitos auferidos pelo sujeito ofensor a partir de sua conduta lesiva, deslocando os valores para o patrimônio da vítima, como forma de indenizar pelo mal sofrido – fala-se, aqui, dos chamados *disgorgement damages* ou *disgorgement of profits*.

²³² RESEDÁ, Salomão. **A Função Social do Dano Moral**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009, p. 171.

4 A (IM)POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DO *DISGORGEMENT OF PROFITS* NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A partir da constatação da existência de uma subjetividade na fixação do valor devido a título de indenização decorrente de dano extrapatrimonial e, observadas as funções que integram a responsabilidade civil, se faz necessário buscar mecanismos capazes de atribuir uma maior objetividade à liquidação do *quantum* indenizatório.

Reconhece-se a existência de todo o esforço realizado pelo Poder Judiciário com a finalidade de alcançar a aludida quantificação dos valores devidos àquele que vê sua esfera extrapatrimonial (ou até mesmo patrimonial, em certos casos) atingida pela conduta lesiva praticada por outrem. Reconhece-se, também, que a doutrina se debruça sobre tal questão, buscando determinar critérios capazes de minorar a discricionariedade que circunda o momento da definição do montante a ser indenizado.

Ocorre que, a despeito de todo esforço argumentativo realizado tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência, ainda se mostra uma tarefa extremamente dificultosa quantificar qual o valor devido para compensar aquele que teve sua esfera extrapatrimonial atingida pela conduta lesiva de outrem. Ademais, dificilmente se verifica a realização de uma análise acerca do acréscimo patrimonial obtido pelo ofensor em decorrência da prática da que constituiu o fato gerador do prejuízo. São muitos os casos nos quais, mesmo após o pagamento da indenização estipulada, o ofensor ainda observa a manutenção, em seu patrimônio, de vantagem econômica obtida em decorrência do dano causado.

O que se constata, em verdade, é que a mencionada manutenção de lucros obtidos a partir da conduta danosa ocorre, por vezes, em decorrência do fato de que o valor fixado pelo magistrado a título de indenização acaba se limitando a certos parâmetros em que se dá um papel de maior importância à função reparatória da responsabilidade civil. Nesse sentido, diversos são os casos nos quais acaba sendo vantajoso para o ofensor realizar a conduta lesiva, tendo em vista que o valor a ser indenizado não abrange todo o lucro decorrente da sua conduta.

A partir de tal constatação e da análise das próprias funções da responsabilidade civil, é possível chegar à conclusão de que a reparação ou a compensação do dano sofrido

nem sempre é capaz de ensejar uma resposta satisfatória à vítima de um dano e, conforme ensinamentos de Fredie Didier Jr., Leandro Carneiro da Cunha, Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira, o princípio da efetividade, que rege o ordenamento jurídico brasileiro, determina que os direitos precisam ser efetivados, e não apenas reconhecidos²³³.

A efetivação do direito precisa se dar de forma integral, pois se assim não o for, a tutela jurisdicional não se mostra completa. Assim, “o magistrado tem o dever de adotar todas as medidas que possam auxiliar na restituição da vítima, o quanto possível, à sua situação original”²³⁴.

Em meio a tal contexto, indica Ana Carolina Gusmão de Souza Costa que “a função reparatória se mostra insuficiente, quando, por exemplo, é mais lucrativo para o ofensor reparar o dano do que deixar de praticar o ilícito civil”²³⁵. Observa-se então uma maior necessidade de atenção em relação às funções punitiva e preventiva da responsabilidade civil, de modo que, diante de tal cenário, é preciso voltar os olhos não somente para o lesado e o dano sofrido, mas também para o lesante e aquilo que passa a integrar seu patrimônio após a conduta ilícita.

Assim, a partir de uma análise do direito estrangeiro, é possível observar no sistema de *common law* a aplicação de determinados institutos que possuem a capacidade de objetivar a restituição devida em face de um dano em determinadas hipóteses. Uma dessas hipóteses diz respeito aos casos nos quais a conduta lesiva possibilita ao ofensor a manutenção de valores, em seu patrimônio, mesmo após o pagamento do valor estipulado pelo magistrado e tido como necessário à reparação do dano sofrido pela vítima. Dentre tais institutos, destaca-se no presente trabalho, o *disgorgement damage* também conhecido como *disgorgement of profits*.

²³³ DIDIER JR. Fredie. CUNHA, Leonardo Carneiro. BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael Alexandria. **Curso de Direito Processual Civil: Execução**. 8.ed. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 67.

²³⁴ SCHREIBER, Anderson. **Direitos da Personalidade**. 3.ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2014, p. 82.

²³⁵ SOUZA COSTA, Ana Carolina Gusmão de. **Dano Moral e Indenização Punitiva**. 2009. Artigo Científico. Orientadores: Profa. Néli Fetzner, Prof. Nelson Travares, Profa. Mônica Areal. Prof. Marcelo Pereira (Curso de Pós-Graduação em Direito) – Escola da Magistratura do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, p. 05. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/2semestre2009/trabalhos_22009/AnaCarolinaGusmaodeSouzaCosta.pdf>. Acesso em: 12 dez. 2017.

4.1 CONCEITO E ORIGEM

O direito estrangeiro, atualmente, demonstra a existência de determinados institutos jurídicos diferenciados dos que o ordenamento brasileiro prevê e regula. Tais institutos não possuem aplicabilidade no âmbito nacional porque, por vezes, são pouco conhecidos ou estudados. Há ainda toda uma questão normativa que impossibilita a recepção de determinados mecanismos – a inaplicabilidade pode ser vista diante da existência de um sistema engessado que demonstra de forma clara a necessidade de realização de uma readequação no que tange determinadas questões envolvendo a responsabilidade civil.

É bem verdade que não se pode dizer que o sistema brasileiro de responsabilidade civil é totalmente fechado aos mecanismos existentes em outros países, tendo em vista que em determinados casos é possível observar uma utilização incipiente dos institutos estrangeiros. Todavia, quando assim ocorre, constata-se que há pouca regulamentação e instrumentalização e, ainda, uma certa discricionariedade na aplicação – é o que ocorre nos casos dos *punitive damages*, por exemplo.

O *punitive damages* pode ser apontado como um dos instrumentos de origem estrangeira mais conhecidos no direito nacional, todavia, a despeito de a doutrina se debruçar sobre tal instituto, é possível observar, conforme preceitua André Barreto Lima, que internacionalmente existem atuações judiciais que se colocam além da função punitiva da responsabilidade civil. Nesse sentido, ressalta o autor a existência do chamado *actual damages*, também conhecido como *compensatory damages*, bem como a existência do *nominal damages*²³⁶.

Além de tais institutos, dispõe Nelson Rosenthal que existem alguns países adeptos do *common law* que se valem do chamado *gain-based damages* para hipóteses nas quais se observa que determinado sujeito, ao ofender um bem jurídico de outrem, obtém através de tal conduta, ganhos financeiros que extrapolam sobremaneira o valor dos danos experimentados pela vítima²³⁷. O remédio conhecido como *gain-*

²³⁶ LIMA, André Barreto. O Dano Moral nos Estados Unidos e seus Reflexos no Brasil. **Revista Jurídica da Justiça Federal da Bahia**. Salvador: SJBA: a.11, n. 13, set. 2017, p. 276.

²³⁷ ROSENVALD, Nelson; KUPERMAN, Bernard Korman. Restituição de ganhos ilícitos: há espaço no Brasil para o *disgorgement*? **Revista Fórum de Direito Civil – RFDC**, Belo Horizonte, ano 6, n. 14, jan./abr. 2017, p. 16.

based damages é o gênero que abarca duas hipóteses, quais sejam os *restitutionary damages* e o *disgorgement of profits* ou *disgorgement damages*.

Dessa forma, o *disgorgement damage*, na tradição do *common law*, corresponde a um dos remédios possíveis para assegurar a indenização à parte lesada em face da ocorrência de um dano²³⁸. Esse instituto não demonstra apenas a função reparatória da responsabilidade civil – a partir de sua aplicação, são cumpridas também as funções preventiva e punitiva. Ao tratar da restituição, tipicamente se pensa em restaurar o patrimônio da vítima. Ocorre que, existem hipóteses nas quais, mesmo após o deferimento de uma indenização à parte lesada, o ofensor permanece em uma posição melhor do que a que se encontrava antes de incidir em uma conduta danosa. Em situações como estas, a função compensatória tradicional é incapaz de promover uma solução adequada ao caso²³⁹.

Ao se indicar que a função punitiva é cumprida através da aplicação do *disgorgement*, cumpre alertar que o instituto não se mostra como uma nova faceta dos já conhecidos *punitive damages*, tendo em vista que o segundo se funda na necessidade de fixação de quantia a ser somada à indenização compensatória fixada em favor da vítima. No âmbito do *disgorgement damage*, não há a fixação de um sobrevalor com o intuito de punir o ofensor – em verdade, o que se quer é evitar que, mesmo após a condenação ao pagamento de indenização, ainda seja possível observar a manutenção de lucros no patrimônio do ofensor.

O instituto do *disgorgement damage*, como já mencionado, possui origem no bojo do direito anglo-saxão e, pode ser definido como o remédio que exige que a parte que auferiu proventos a partir de atos ilegais ou ilícitos abra mão de quaisquer lucros que surjam como resultado de sua conduta lesiva. O objetivo desse remédio é evitar o enriquecimento injusto²⁴⁰, a partir de uma perspectiva indenizatória. Observa-se o

²³⁸ DUARTE, Victória Albertão. **As Hipóteses de Aplicação do *Disgorgement* na Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias**. Rio Grande do Sul, 2016, p. 17. Disponível em: <http://conteudo.pucrs.br/wp-content/uploads/sites/11/2016/09/victoria_duarte_2016_1.pdf>. Acesso em 30 set. 2017.

²³⁹ ISRAEL, Ronald L.; O'NEILL, Brian P. ***Disgorgement as a viable theory of restitution damages***. Nova Jérsei: Chiesa Shahnian & Giantomasi PC, 2014, p. 01. Disponível em: <http://www.csglaw.com/B8D11B/assets/files/News/israel_oneill__commercial_damages_reporter_jan_2014_lead_article.pdf>. Acesso em 29 out. 2017.

²⁴⁰ Tradução livre para: “A remedy requiring a party who profits from illegal or wrongful acts to give up any profits he or she made as a result of his or her illegal or wrongful conduct. The purpose of this remedy is to prevent unjust enrichment” (*DISGORGEMENT*. In: **Wex Legal Dictionary/Encyclopedia**. Nova Iorque: Cornell University Law School, 2016. Disponível em: <<https://www.law.cornell.edu/wex/disgorgement>>. Acesso em: 10 abr. 2018).

disgorgement como um remédio que pode ser aplicado em circunstâncias limitadas relacionadas aos casos nos quais o ofensor, em decorrência da conduta lesiva, mantém em seu patrimônio mais do que aquilo que lhe é imposto a título de restituição ou compensação. O propósito fundamental do instituto é impedir que o ofensor obtenha enriquecimento ilícito através de uma conduta lesiva, mesmo após o pagamento da indenização devida²⁴¹.

Em suma, a aplicação do mecanismo em questão tem como objetivo fazer com que o ofensor tenha contra si a retirada do lucro ilícito auferido a partir da prática de uma conduta danosa, mesmo que a retirada de tal lucro signifique transportar para o patrimônio da vítima um valor acima daquele entendido pelo Poder Judiciário, a partir de critérios subjetivos, como necessário à reparação. Trata-se, pois, de um critério que observa uma objetividade maior em face do caso concreto, na medida em que a quantificação do valor a ser pago encontrará uma base quantitativa existente, qual seja, o lucro ilícito obtido pelo sujeito lesante.

Nesse sentido, cumpre ainda observar em quais hipóteses será possível a aplicação do instituto, tendo em vista que nem todos os casos envolvendo a ocorrência de um dano serão passíveis da aplicação do *disgorgement of profits* como forma de reparação do prejuízo.

4.2 APLICAÇÃO NOS ORDENAMENTOS ESTRANGEIROS

Nos Estados que adotam o sistema de *common law*, destacando-se a Grã-Bretanha e os Estados Unidos da América, há a predominância da análise casuística e da aplicação de precedentes em face do direito legislado e, justamente por conta de tal característica, não é possível verificar a construção de um conceito abstrato de dano em tais países²⁴². Apesar da inexistência de um conceito legal, entende-se que, para que seja deferida uma indenização a alguém, se faz necessária a verificação de

²⁴¹ ISRAEL, Ronald L.; O'NEILL, Brian P. *Disgorgement as a viable theory of restitution damages*. Nova Jérsei: Chiesa Shahinian & Giantomasi PC, 2014, p. 02. Disponível em: <http://www.csglaw.com/B8D11B/assets/files/News/israel_oneill_commercial_damages_reporter_jan_2014_lead_article.pdf>. Acesso em 29 out. 2017.

²⁴² CARRÁ, Bruno Leonardo Câmara. *Evolução dos Torts: do trespass à strict liability*. Ceará, 2013, p. 02-03. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=79bdf677fe52c08>>. Acesso em: 08 fev. 2018.

uma conduta da qual decorra um dano²⁴³. Então, assim como se observa no âmbito do direito nacional, se faz necessária a presença dos elementos essenciais da responsabilidade civil (conduta, nexo causal e prejuízo) para que seja possível, em tais países, iniciar ação na qual se pretende obter o direito à uma indenização.

Mesmo diante da inexistência de uma conceituação abstrata acerca do elemento dano, é importante destacar que no âmbito do direito anglo-saxão é possível observar uma produção jurídica fundada na evolução jurisprudencial dos ilícitos civis, conhecidos como *torts*. Constata-se que nos países adeptos ao *common law*, a estruturação da responsabilidade civil se dá, notadamente, através de uma tríplice divisão. Os *torts* abarcam, portanto, três espécies distintas, quais sejam o delito intencional (*intentional tort*), o delito de negligência (*negligence tort*) e a chamada responsabilidade estrita ou absoluta (*strict liability*)²⁴⁴.

Um *tort*, essencialmente, constitui um ato ilícito no qual alguém causa dano a outrem e, como mencionado, trata-se de espécie que abarca uma série de condutas divididas em subcategorias. A primeira espécie de ilícito civil observada diz respeito ao chamado delito intencional. O *intentional tort* é verificado quando um sujeito possui a intenção de realizar a conduta causadora do dano. Dessa forma, trata-se de espécie de ato ilícito ou violação de direitos que enseja a responsabilidade civil de um sujeito e, constitui-se nas hipóteses em que alguém causa dano a outrem possuindo o conhecimento de que sua conduta poderia levar à ocorrência de tal dano²⁴⁵. O delito intencional seria, portanto, configurado através da conduta deliberada do sujeito que, mesmo possuindo o conhecimento da potencialidade lesiva de sua ação ou omissão, opta por a realizar. Em tal ponto, é possível antecipar que o *disgorgement* encontra

²⁴³ CARRÁ, Bruno Leonardo Câmara. **Evolução dos Torts: do trespass à strict liability**. Ceará, 2013, p. 04. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=79bdf677fe52c08>>. Acesso em 08 fev. 2018,

²⁴⁴ *Ibidem*, p. 01-02.

²⁴⁵ *A tort is a wrongful act in which harm or injury is caused to another person. The term "tort" covers a vast range of actions in tort law, and is divided into subcategories, which include "intentional tort." Intentional tort occurs when a person intends to perform an action that causes harm to another. For intentional tort to be proven, it is not required for the person causing the harm to intentionally cause an actual injury, they must only intend to perform the act. For instance, if a person intentionally frightens a person with a bad heart, who then has a heart attack as a result of the action, it would be an intentional tort even though the person did not have the intention of causing the heart attack. To explore this concept, consider the following intentional tort definition. A wrongful or unlawful act or infringement of rights which lead to civil legal liability. A civil wrong that occurs when a person causes harm to another with knowledge that harm or injury can occur (INTENTIONAL TORT. In: **LEGAL DICTIONARY**. Disponível em <<https://legaldictionary.net/intentional-tort/>>. Acesso em 23 abr. 2018).*

aplicabilidade no bojo desta subespécie de ilícito civil, tendo em vista a existência de conduta deliberada por parte do lesante.

Já o delito de negligência, por outro lado, é tido como aquele relacionado à uma falha de agir. Trata-se de conduta não deliberada e, é necessário que haja um prejuízo resultante de um dever para que haja a sua configuração – seriam os casos envolvendo acidentes de trânsito e negligência médica, por exemplo. Tal ilícito civil se tipifica diante da violação do dever de um padrão de cuidado que venha a ensejar um prejuízo tutelado por lei – exige-se ainda que a violação do dever seja causa real e imediata do dano causado.²⁴⁶

A terceira espécie abarcada pelos *torts* é a responsabilidade estrita ou absoluta (*strict liability*) – tal subcategoria diz respeito aos casos nos quais uma pessoa ou empresa é responsável por suas ações ou produtos que causem danos a outrem, independentemente de qualquer negligência ou culpa²⁴⁷. Nesse caso, é possível constatar hipótese correspondente à chamada responsabilidade objetiva prevista no ordenamento brasileiro, tendo em vista que esta também não exige a demonstração da culpa do agente para que sobre ele recaia a responsabilização, desde que demonstrada a presença dos elementos essenciais da responsabilidade civil.

Os *torts*, portanto, constituem ilícitos civis e, servem como base para o ajuizamento de ações em que a pretensão autoral é a reparação de danos e, tal reparação poderá ocorrer através do deferimento de indenizações à vítima. Partindo de tal constatação, tem-se que, em alguns dos países adeptos ao *common law*, o instituto do *disgorgement* “corresponde a um dos *remedies* possíveis para assegurar a

²⁴⁶ *Negligent tort means a tort committed by failure to act as a reasonable person to someone to whom s/he owes a duty, as required by law under the circumstances. Further, negligent torts are not deliberate, and there must be an injury resulting from the breach of the duty. Examples of negligent torts are car accidents, slip and fall accidents, and most medical malpractice cases. The elements of negligent tort are: that there must be a breach of duty to a known standard of care; that the breach of that duty was the actual cause and the proximate cause of the harm to the plaintiff; and that the plaintiff was harmed, to which the law provides a remedy. (NEGLIGENT TORT. In: UsLegal. <<https://definitions.uslegal.com/n/negligent-tort/>>. Acesso em 24 abr. 2018).*

²⁴⁷ *Strict liability is a legal doctrine that makes a person or company responsible for their actions or products which cause damages regardless of any negligence or fault on their part. A plaintiff filing a personal injury lawsuit under a strict liability law does not need to show intentional or negligent conduct, only that the defendant's action triggered strict liability and that the plaintiff suffered a harm. Whether or not a tort action is considered strict liability and what damages are appropriate will depend on your state law, so consult an experienced personal injury attorney prior to filing a strict liability tort. (FREE ADVICE: LAW. Disponível em <https://law.freeadvice.com/litigation/legal_remedies/strict-liability-cause-of-action.htm>. Acesso em 23 abr. 2018).*

indenização à parte lesada diante da ocorrência de um *tort*²⁴⁸. Trata-se de mecanismo que possui como premissa básica a possibilidade de calcular as perdas sofridas pelo lesado a partir dos lucros auferidos pelo ofensor²⁴⁹.

O *disgorgement* é, então, um instituto que se presta a impor à parte que auferiu lucros indevidos, o dever de transferir tais lucros ao sujeito lesado em decorrência de sua conduta danosa. A partir da aplicação do *disgorgement of profits*, evita-se a possibilidade de manutenção dos valores obtidos através de uma conduta ilícita na esfera patrimonial do agressor, impedindo a ocorrência de enriquecimento ilícito²⁵⁰. O instrumento se presta a combater determinadas condutas que podem ser inseridas no âmbito dos delitos intencionais, tendo em vista a existência de determinados requisitos para a sua aplicação ao caso concreto.

No direito norte-americano, é possível verificar que o instituto ora analisado somente possui possibilidades de aplicação diante de uma quebra proposital do dever de não lesar – em tais termos, a parte prejudicada poderá pleitear a reparação dos danos em razão dos lucros auferidos pelo lesante. A base de aplicação do instituto, conforme indica Victória Albertão Duarte, é o *Restatement Third of Law of Restitution and Unjust Enrichment*, bem como os *cases* pertinentes ao tema. Os *restatements* são fontes secundárias que buscam consolidar regras do *common law* e, tais fontes são redigidas pelo *American Law Institute* (ALI), organização formada por professores, juízes e advogados que possuam atuação na área a ser analisada²⁵¹.

O *Restatement Third of The Law of Restitution and Unjust Enrichment* trata especificamente da restituição e do enriquecimento ilícito, de modo que sua análise é de extrema importância para a compreensão do instituto do *disgorgement damages* ou *disgorgement of profits*. O *Third Restatement* se divide em princípios gerais, responsabilidade pela restituição e *remedies* e defesas. Parte-se do princípio que preceitua que aquele que enriquece injustamente às expensas de outrem fica sujeito

²⁴⁸ DUARTE, Victória Albertão. **As Hipóteses de Aplicação do *Disgorgement* na Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias**. Rio Grande do Sul: 2016. p. 18-19. Disponível em <http://conteudo.pucrs.br/wp-content/uploads/sites/11/2016/09/victoria_duarte_2016_1.pdf>. Acesso em 09 abr. 2018.

²⁴⁹ *Ibidem*, p. 18.

²⁵⁰ “A remedy requiring a party who profits from illegal or wrongful acts to give up any profits he or she made as a result of his or her illegal or wrongful conduct. The purpose of this remedy is to prevent unjust enrichment”. (DISGORGEMENT. In: **Wex Legal Dictionary/Encyclopedia**. Nova Iorque: Cornell University Law School, 2016. Disponível em: <<https://www.law.cornell.edu/wex/disgorgement>>. Acesso em: 10 abr. 2018).

²⁵¹ DUARTE, Victória Albertão. *Op.cit.*, 2016. p. 18.

à responsabilidade pela restituição²⁵². É possível, portanto, indicar que o *Third Restatement* advoga a ideia de que o *disgorgement of profits*, servindo como uma teoria compensatória, permite que o lesado recupere, por vezes, mais que a provável perda, tendo em vista que o ofensor ficará despido dos ganhos ilícitos obtidos com a sua conduta contrária às normas legais. Seguindo tal linha de raciocínio, Ronald L. Israel e Brian P. O'Neill defendem que a restituição requer a inteira devolução dos lucros pelo ofensor, pois a condenação ao pagamento em qualquer valor a menor constituiria um inadequado incentivo para um comportamento contraditório às regras²⁵³ que regem a responsabilização civil.

O *disgorgement* não é, todavia, um instituto que pode ser aplicado diante de toda e qualquer hipótese em que se verifica a existência de um dano. É necessário observar que o *Third Restatement* possibilita a utilização do *disgorgement* diante da observância de três condições que, necessariamente precisam ser cumulativas. A primeira condição diz respeito ao fato de que a conduta lesiva deve ser deliberada, ou seja, intencional. Além disso, exige-se que a conduta seja rentável ao lesante. Por fim, os danos fixados em caráter indenizatório precisam ser inadequados para a proteção da parte lesada²⁵⁴. Não há, todavia, a indicação de que o instituto possui a sua aplicação exclusivamente atrelada à reparação de danos patrimoniais, motivo pelo qual, plenamente plausível pensar em uma possível aplicação em hipóteses relacionadas à outras espécies de danos, inclusive aos danos extrapatrimoniais.

Conforme os ensinamentos de Nelson Rosenvald, o direito civil somente se mostrará realmente eficaz diante da ocorrência de um ilícito quando a responsabilidade civil for observada de modo multifuncional, e não somente como uma forma capaz de ensejar uma compensação à vítima de um dano. Para tanto, se faz necessário analisar

²⁵² DUARTE, Victória Albertão. **As Hipóteses de Aplicação do *Disgorgement* na Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias**. Rio Grande do Sul: 2016. p. 19. Disponível em <http://conteudo.pucrs.br/wp-content/uploads/sites/11/2016/09/victoria_duarte_2016_1.pdf>. Acesso em 09 abr. 2018.

²⁵³ ISRAEL, Ronald L.; O'NEILL, Brian P. ***Disgorgement as a viable theory of restitution damages***. Nova Jérsei: *Chiesa Shahinian & Giantomasi PC*, 2014, p. 02. Disponível em: <http://www.csglaw.com/B8D11B/assets/files/News/israel_oneill__commercial_damages_reporter_jan_2014_lead_article.pdf>. Acesso em 29 out. 2017.

²⁵⁴ DUARTE, Victória Albertão. *Op.cit.*, 2016. p. 19.

aspectos e atividades realizadas por todos os agentes envolvidos na relação, delimitando as funções da responsabilidade civil a critérios objetivos²⁵⁵.

Surge, então, o questionamento acerca da possibilidade ou impossibilidade de aplicação do *disgorgement of profits* no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro e, mais especificamente, como uma forma de aferição do *quantum* indenizatório a ser pago à vítima de um dano extrapatrimonial, nos casos em que se constata que, mesmo diante da condenação a partir dos critérios utilizados comumente pelo Poder Judiciário, ainda se observa a manutenção de lucros obtidos ilicitamente pelo sujeito ofensor.

4.3 A POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DO *DISGORGEMENT OF PROFITS* NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO COMO UMA FORMA VIÁVEL À QUANTIFICAÇÃO DO VALOR A SER PAGO ANTE A OCORRÊNCIA DE UM DANO EXTRAPATRIMONIAL

O art. 944 do Código Civil de 2002 contém em seu bojo a determinação de que a indenização devida ao sujeito lesado deverá ser mensurada a partir da extensão do dano²⁵⁶. Observa-se, portanto, a opção legislativa em tornar expressa a existência da função compensatória ou reparatória da responsabilidade civil. Constata-se, no país, que ainda vige o forte entendimento de que a função reparatória prepondera em face das demais, tendo em vista que, ante a ocorrência de um ilícito civil, determina-se, na maior parte dos casos, que o ofensor pague à vítima determinada quantia tida como capaz de compensar ou reparar os danos sofridos. Atrelado à tal entendimento, tem-se a própria jurisprudência do STJ rechaçando a ideia de uma indenização com caráter punitivo, sob o fundamento de ausência de previsão legal expressa adotando o instituto estrangeiro do *punitive damages*²⁵⁷.

²⁵⁵ ROSENVALD, Nelson. **Suprema Corte Americana avança na responsabilidade civil por ganhos ilícitos**. Belo Horizonte: 2016, p. 01. Disponível em: <<https://www.nelsonrosenvald.info/single-post/2016/12/13/Suprema-corte-americana-avan%C3%A7a-na-responsabilidade-civil-por-ganhos-il%C3%ADcitos>>. Acesso em 10 abr. 2018.

²⁵⁶ *Ibidem*, loc. cit.

²⁵⁷ BRASIL Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº. 1.354.536/SE**. Relator: Min. Luís Felipe Salomão. DJ 23 jun. 2014. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=34455662&num_registro=201202466478&data=20140505&tipo=91&formato=PDF>. Acesso em: 22 abr. 2018.

Ocorre que, para além da pura e simples reparação dos danos, a responsabilidade civil deve ser vista como um campo que possui a capacidade de abarcar diversas outras hipóteses e funções, gerando consequências diversas da restituição ou compensação. Através de uma aplicação mais eficaz e abrangente da responsabilidade civil, bem como da melhor observância de suas funções, seria possível alcançar a prevenção de condutas antijurídicas, punir comportamentos demeritórios, restituir ganhos obtidos indevidamente em face do ofendido, bem como realizar o desapossamento dos lucros obtidos ilicitamente²⁵⁸.

A adoção da função compensatória, por si só, por vezes não possui o condão de atingir o patrimônio do ofensor para realizar a retirada de lucros auferidos a partir da conduta danosa, tendo em vista que muitas vezes tais lucros ultrapassam o *quantum* indenizatório judicialmente arbitrado. Assim, é possível perceber que a técnica ou função ressarcitória da responsabilidade civil, ao voltar suas atenções exclusivamente à vítima, por vezes se mostra como insuficiente para conter o comportamento de agentes racionais²⁵⁹.

No mundo fático, é possível observar hipóteses nas quais determinado sujeito, a partir de uma fórmula matemática, chega à conclusão de que a prática de um ilícito civil é lucrativa, mesmo diante de eventual condenação ao pagamento de indenização à vítima de tal ilícito. Nesse sentido e, partindo da visão atualmente existente no campo dos danos extrapatrimoniais, o magistrado sentenciante determina, por vezes, o pagamento de uma condenação em valor que entende ser capaz de satisfazer o interesse do lesado e inibir novos atos lesivos, tanto por parte do lesante quanto por parte de outros agentes potencialmente causadores de danos similares. Ocorre que, ante a confusão realizada entre as funções desestimuladora e compensatória, as condenações se mostram insatisfatórias no que tange a compensação de danos e,

²⁵⁸ ROSENVALD, Nelson. **Suprema Corte Americana avança na responsabilidade civil por ganhos ilícitos**. Belo Horizonte: 2016, p. 01. Disponível em: <<https://www.nelsonrosenvald.info/single-post/2016/12/13/Suprema-corte-americana-avan%C3%A7a-na-responsabilidade-civil-por-ganhos-il%C3%ADcitos>>. Acesso em 10 abr. 2018.

²⁵⁹ ROSENVALD, Nelson; KUPERMAN, Bernard Korman. Restituição de ganhos ilícitos: há espaço no Brasil para o *disgorgement*? **Revista Fórum de Direito Civil – RFDC**, Belo Horizonte, ano 6, n. 14, jan./abr. 2017, p. 12.

por vezes, insuficiente ou imperceptível no que diz respeito à prevenção e à punição de comportamentos lesivos²⁶⁰.

Diante da inexistência de suporte legal, as funções punitiva e preventiva da responsabilidade civil acabam sendo desprestigiadas, enquanto se eleva a função ressarcitória, o que, em verdade, demonstra uma defasagem do direito brasileiro no âmbito da responsabilidade civil em relação à países que adotam outras perspectivas nesse campo jurídico. Nesse sentido, preceitua Nelson Rosendal que a atuação da Suprema Corte dos Estados Unidos demonstra o atraso do direito brasileiro no que diz respeito à responsabilidade civil, indicando que, em países adeptos ao *common law*, a exemplo dos EUA, Canadá e Inglaterra, em várias situações relacionadas à prática de ilícitos extracontratuais, violações de deveres de confiança e sigilo e quebras contratuais, possibilita-se ao lesado a opção de substituir a compensação do dano pelo exercício da pretensão de suprimir os ganhos ilícitos obtidos pelo lesante²⁶¹.

A título exemplificativo e, ainda no âmbito dos danos patrimoniais, em processo envolvendo as empresas *Apple* e *Samsung*, a Suprema Corte dos Estados Unidos proferiu decisão na qual condicionou a aplicação dos *disgorgement of profits* a requisitos objetivos, de modo a demonstrar que a parte lesada não possui um direito direto e automático de embolsar os lucros decorrentes de uma conduta ilícita praticada pela outra parte – é necessário observar determinadas limitações²⁶² e, tais limitações decorrem da própria ideia formada em volta do instituto. Conforme mencionado, o *disgorgement* encontra base no *Third Restatement*, motivo pelo qual se exige que a conduta do agente seja deliberada e rentável ao lesante, bem como que os danos fixados em caráter indenizatório sejam inadequados à proteção do ofendido²⁶³.

Observados tais requisitos, mesmo nos casos em que o prejuízo da vítima se mostre inferior ao lucro obtido pelo lesante, havendo demonstração donexo causal entre o

²⁶⁰ ROSENVALD, Nelson; KUPERMAN, Bernard Korman. Restituição de ganhos ilícitos: há espaço no Brasil para o *disgorgement*? **Revista Fórum de Direito Civil – RFDC**, Belo Horizonte, ano 6, n. 14, jan./abr. 2017, p. 12.

²⁶¹ ROSENVALD, Nelson. **Suprema Corte Americana avança na responsabilidade civil por ganhos ilícitos**. Belo Horizonte: 2016, p. 01. Disponível em: <<https://www.nelsonrosendal.info/single-post/2016/12/13/Suprema-corte-americana-avan%C3%A7a-na-responsabilidade-civil-por-ganhos-il%C3%ADcitos>>. Acesso em: 10 abr. 2018.

²⁶² *Ibidem*, loc.cit.

²⁶³ DUARTE, Victória Albertão. **As Hipóteses de Aplicação do Disgorgement na Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias**. Rio Grande do Sul: 2016. p. 19. Disponível em <http://conteudo.pucrs.br/wp-content/uploads/sites/11/2016/09/victoria_duarte_2016_1.pdf>. Acesso em 09 abr. 2018

proveito financeiro e a prática do ilícito, aplica-se a máxima que dispõe que o delito não deve compensar (*tort must not pay*). Assim, é possível, a partir da utilização do *disgorgement*, privar o lesante dos ganhos ilícitos e desencorajar tanto ele quanto outros agentes, simultaneamente, de incidirem em comportamentos lesivos fundados na realização de um cálculo dos prováveis lucros a serem obtidos, mesmo em face de possível condenação de pagamento de indenização²⁶⁴.

Através da readequação do sistema de responsabilidade civil brasileiro seria possível observar um espaço de aplicação do instituto do *disgorgement* no país. Nesse sentido, de acordo com Nelson Rosenvald, o Poder Judiciário brasileiro, ao exercer a atividade de aplicação de condenações com o intuito de suprimir do patrimônio do ofensor os lucros obtidos ilícitamente, em decorrência de ausência de previsão legislativa, poderia o fazer de duas formas: ou através do recurso ao dano extrapatrimonial, ou recorrendo à teoria do enriquecimento sem causa. Em relação à teoria do enriquecimento sem causa, o autor entende que a mesma deveria se restringir apenas ao campo do direito das obrigações, aplicando-se em situações semelhantes a um pagamento indevido, por exemplo²⁶⁵.

Na linha do quanto, tem-se que, se um sujeito pratica “um ato ilícito como ponto de partida para a obtenção de proveito econômico, esse fato jurídico não pode ser conduzido ao campo do enriquecimento sem causa, que pressupõe uma causa que não seja um consenso (fato jurídico do contrato) ou um fato ilícito”²⁶⁶.

Tanto a responsabilidade civil quanto o enriquecimento sem causa buscam, em certa medida, restaurar o equilíbrio patrimonial originário ou, no caso dos danos extrapatrimoniais, oferecer uma compensação pecuniária à vítima.

O atingimento do patrimônio material ou imaterial da vítima faz surgir o dever de indenizar, assim como o incremento injusto do patrimônio de alguém implica na obrigação de restituir²⁶⁷.

²⁶⁴ ROSENVALD, Nelson. **Suprema Corte Americana avança na responsabilidade civil por ganhos ilícitos**. Belo Horizonte: 2016, p. 01. Disponível em: <<https://www.nelsonrosenvald.info/single-post/2016/12/13/Suprema-corte-americana-avan%C3%A7a-na-responsabilidade-civil-por-ganhos-il%C3%ADcitos>>. Acesso em: 10 abr. 2018.

²⁶⁵ *Ibidem*, p. 02.

²⁶⁶ *Ibidem*, *loc.cit.*

²⁶⁷ SILVA, Rodrigo da Guia. Contornos do enriquecimento sem causa e da responsabilidade civil: estudo a partir da diferença entre lucro da intervenção e lucros cessantes. **Civilística**, a. 5, n. 2, 2016, p. 07. Disponível em: <<http://civilistica.com/wp-content/uploads/2017/01/Silva-civilistica.com-a.5.n.2.2016.pdf>>. Acesso em 30 abr. 2018.

A diferença entre os institutos, em verdade, está no foco de cada um: a vedação ao enriquecimento sem causa visa restaurar o patrimônio do sujeito ao estado que estaria anteriormente, caso não houvesse o fato gerador do enriquecimento injustificado – para tanto, não haveria a necessidade de observar o estado anímico do enriquecido. Por outro lado, a responsabilidade civil se volta à tutela da vítima do dano injusto²⁶⁸.

No presente trabalho, alinha-se à possibilidade de ingresso do instituto no âmbito dos danos extrapatrimoniais, tendo em vista ser o *disgorgement* uma hipótese em que, observando sua origem a partir do *Third Restatement*, exige, por parte do lesante, uma intencionalidade na prática do ato prejudicial. Exige-se ainda que haja, além do lucro ilícito, uma inadequação da indenização para fins de proteção do lesado²⁶⁹. A vedação ao enriquecimento sem causa, conforme indica Rodrigo da Guia Silva, não possui a finalidade de observar o estado anímico do sujeito²⁷⁰, motivo pelo qual, como já aludido, segue-se o entendimento de que a teoria do enriquecimento sem causa deveria se restringir ao campo do direito das obrigações²⁷¹.

No Brasil, instituto não muito debatido, mas que possui fundamentação similar ao *disgorgement* é o chamado lucro da intervenção. De acordo com Carlos Nelson Konder, o referido instituto em verdade se trata de um problema, e não de uma solução – o lucro da intervenção trata da hipótese em que pessoas obtêm lucros ao intervir indevidamente sobre o direito alheio, de modo a ensejar a necessidade de aplicação de uma sanção, tendo em vista o caráter injusto do mesmo: se fosse possível lucrar a partir da usurpação de direitos alheios, haveria um esvaziamento da tutela destes²⁷². O autor indica que a restituição do lucro obtido ilícitamente poderia se dar de três formas: pelo campo das obrigações, através da responsabilidade civil ou pela via do enriquecimento ilícito. Rechaça-se a opção traçada pela via do direito das obrigações

²⁶⁸ SILVA, Rodrigo da Guia. Contornos do enriquecimento sem causa e da responsabilidade civil: estudo a partir da diferença entre lucro da intervenção e lucros cessantes. *Civilística*, a. 5, n. 2, 2016, p. 08. Disponível em: <<http://civilistica.com/wp-content/uploads/2017/01/Silva-civilistica.com-a.5.n.2.2016.pdf>>. Acesso em 30 abr. 2018.

²⁶⁹ DUARTE, Victória Albertão. **As Hipóteses de Aplicação do *Disgorgement* na Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias**. Rio Grande do Sul: 2016. p. 19. Disponível em <http://conteudo.pucrs.br/wp-content/uploads/sites/11/2016/09/victoria_duarte_2016_1.pdf>. Acesso em 09 abr. 2018.

²⁷⁰ SILVA, Rodrigo da Guia. *Op. cit.*, 2016, p. 07.

²⁷¹ ROSENVALD, Nelson. **Suprema Corte Americana avança na responsabilidade civil por ganhos ilícitos**. Belo Horizonte: 2016, p. 02. Disponível em: <<https://www.nelsonrosenvald.info/single-post/2016/12/13/Suprema-corte-americana-avan%C3%A7a-na-responsabilidade-civil-por-ganhos-il%C3%ADcitos>>. Acesso em 10 abr. 2018.

²⁷² KONDER, Carlos Nelson. Dificuldades de uma abordagem unitária do lucro da intervenção. In **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, São Paulo, ano 4, v. 13, out/dez. 2017, p. 233.

tendo em vista que o lucro da intervenção é marcado por uma invasão não autorizada na esfera de direitos alheia²⁷³.

A via adotada por Carlos Nelson Konder é a da teoria do enriquecimento ilícito, todavia, o autor o faz a partir da indicação da vedação realizada pelo art. 944 do Código Civil ao dispor que a indenização se mede pela extensão do dano, bem como que não haveria aplicabilidade relacionada aos lucros cessantes nos casos em torno dos lucros da intervenção²⁷⁴. Além de indicar uma violação do art. 944 do Código Civil no tocante à determinação de que a indenização deve ser medida pela extensão do dano, defende-se que, se valer do instituto do lucro da intervenção através da via da responsabilidade civil também ensejaria uma abertura à aplicação da controvertida função punitiva da responsabilidade civil²⁷⁵.

Observa-se que, a via de aplicação do lucro da intervenção, instituto que parece fazer vezes ao *disgorgement*, começa, pouco a pouco, a ser abordada doutrinariamente. Em 27 de abril de 2018, o Conselho da Justiça Federal finalizou a VIII Jornada de Direito Civil²⁷⁶, aprovando enunciado que dispõe que “a obrigação de restituir o lucro da intervenção, entendido como a vantagem patrimonial auferida a partir da exploração não autorizada de bem ou direito alheio, fundamenta-se na vedação do enriquecimento sem causa”²⁷⁷.

A despeito de toda discussão em volta do instituto, bem como do surgimento de posicionamento favorável à utilização da teoria do enriquecimento sem causa como forma de embasar seu ingresso no ordenamento, no presente trabalho, entende-se que a via da responsabilidade civil pode ser viável à aplicação do *disgorgement*. Partindo para a análise do âmbito dos danos extrapatrimoniais, o instituto pode ser visto como uma possibilidade aplicável ao momento de quantificação do valor a ser pago a uma vítima de um dano que não possui uma base econômica de equivalência.

²⁷³ KONDER, Carlos Nelson. Dificuldades de uma abordagem unitária do lucro da intervenção. In **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, São Paulo, ano 4, v. 13, out/dez. 2017, p. 236.

²⁷⁴ *Ibidem*, p. 237.

²⁷⁵ *Ibidem*, loc.cit.

²⁷⁶ CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. **VIII Jornada de Direito Civil é finalizada no CJF com aprovação de 33 enunciados**. Disponível em <<http://www.cjf.jus.br/cjf/noticias/2018/abril/viii-jornada-de-direito-civil-e-finalizada-no-cjf-com-aprovacao-de-33-enunciados>>. Acesso em 02 maio 2018.

²⁷⁷ TARTUCE, Flávio. **Enunciados aprovados na VIII Jornada de Direito Civil**. Divulgação não oficial. Jusbrasil. Disponível em: <<https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/noticias/572162564/enunciados-aprovados-na-viii-jornada-de-direito-civil-divulgacao-nao-oficial>>. Acesso em 07 maio 2018.

Conforme aduzido anteriormente, o dano patrimonial pode ser medido pela sua extensão, de acordo com a determinação expressa no art. 944 do Código Civil, através da aplicação da teoria da diferença (*differenztheorie*). O dano patrimonial encontra uma base econômica de equivalência, de modo a ser possível a utilização de um critério objetivo de aferição. Por outro lado, o dano extrapatrimonial não encontra uma base econômica de correspondência e, em não sendo possível precificar a dor, diversos são os critérios aplicados judicialmente. Ocorre que, nas hipóteses em que um sujeito pratica uma conduta lesiva deliberadamente com o intuito de obter lucros, atingindo a esfera extrapatrimonial de outrem, não se mostra plausível aplicar tão somente a função compensatória da responsabilidade civil no momento de determinar o valor da condenação por danos extrapatrimoniais.

O valor a ser pago a título de indenização, por previsão legislativa expressa, deve ser medido a partir da extensão da indenização²⁷⁸. Ocorre que, não há uma forma capaz de mensurar, objetivamente, a extensão do dano sofrido por alguém em sua esfera interior. Ao observar a jurisprudência brasileira, consta-se de forma concreta a inexistência de parâmetros capazes de mensurar de modo objetivo o valor devido a título de danos extrapatrimoniais. Por vezes há a indicação da necessidade de determinar um *quantum* indenizatório que não seja tão elevado a ponto de ensejar o enriquecimento ilícito da vítima e nem tão ínfimo a ponto de não cumprir seu papel pedagógico. Em outros casos, indica-se a necessidade de analisar as peculiaridades do caso concreto. Qualquer que seja o critério utilizado judicialmente, constata-se a presença da discricionariedade na quantificação do valor a ser pago.

O STJ possui o entendimento de que “o valor da indenização por dano moral sujeita-se ao controle do Superior Tribunal de Justiça, desde que o *quantum* contrarie a lei ou o bom senso, mostrando-se manifestamente exagerado, ou irrisório, distanciando-se das finalidades da lei”²⁷⁹. Nesse sentido, conforme já abordado, mesmo diante de matéria de fato, o STJ exerce um controle sobre o valor da indenização, pautando-se

²⁷⁸ BRASIL. **Código Civil Brasileiro**. Brasília: 2002. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em 07 abr. 2018.

²⁷⁹ *Idem*. Superior Tribunal de Justiça. **Embargos de Declaração nos Embargos de Declaração no Recurso Especial nº. 309.725/MA**. Relator: Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira. DJ 14 out. 2002. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=653886&num_registro=200100293131&data=20030324&tipo=51&formato=PDF>. Acesso em 16 maio 2018.

em critérios agregados ao valor fixado pelos magistrados *a quo* e pelos órgãos colegiados.

No âmbito do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, o Desembargador Federal Manoel Erhardt dispôs, durante voto em processo de sua relatoria que, “na falta de critérios objetivos, a quantificação do dano moral há de guiar-se pela razoabilidade, a partir das peculiaridades do caso”²⁸⁰. Ainda no âmbito do TRF1, o Desembargador Daniel Paes Ribeiro indicou que “na quantificação da indenização, devem ser levadas em conta as circunstâncias em que o caso ocorreu, o alcance negativo do evento na vida do ofendido, bem como a condição econômica das partes”²⁸¹. O Desembargador seguiu a fundamentação indicando que “o valor da indenização não deve ser tão alto a ponto de ser causa de enriquecimento da vítima, nem tão baixo a ponto de não impingir ao ofensor uma reflexão sobre sua conduta danosa e uma precaução redobrada em hipóteses similares”²⁸².

Já em meio aos julgados proferidos nos Juizados Especiais Federais, observa-se claramente a utilização do critério do arbitramento judicial. A título exemplificativo, é possível constatar que a Terceira Turma Recursal possui o entendimento de que é necessário “observar o caso concreto, analisando-se o fato gerador do dano, as condições socioeconômicas das partes e a função reparadora e pedagógica do dano moral”²⁸³. Todavia, no mesmo julgado reconhece-se que a questão não é pacífica, tendo em vista a inexistência de critérios objetivos para a fixação do valor da condenação”²⁸⁴.

²⁸⁰ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. **Apelação Cível nº. 438.193/PE**. Relator: Des. Federal Manoel Erhardt. DJ 22 mar. 2012. Disponível em: <http://www4.trf5.jus.br/data/2012/03/200383080022742_20120329_2648395.pdf>. Acesso em 18 abr. 2018.

²⁸¹ *Idem*. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. **Apelação Cível nº. 0006321-57.2003.4.01.3500/GO**, Sexta Turma. Relator: Desembargador Federal Daniel Paes Ribeiro. DJ 15 fev. 2016. Disponível em: <http://arquivo.trf1.jus.br/AGText/2003/0006300/00063215720034013500_2.doc>. Acesso em: 29 abr. 2018.

²⁸² *Ibidem, loc.cit.*

²⁸³ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. **Recurso Inominado nº. 3100-94.2016.4.01.3311**. Relator: Juiz Federal Ailton Schramm de Rocha. DJ 23 ago. 2017. Disponível em: <<https://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/arquivo/abrir.php?tipo=fs&nome=1c65681bd3b906b9159d428cfecf03da.pdf&size=121757>>. Acesso em 12 dez. 2017.

²⁸⁴ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. **Recurso Inominado nº. 3100-94.2016.4.01.3311**. Relator: Juiz Federal Ailton Schramm de Rocha. DJ 23 ago. 2017. Disponível em: <<https://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/arquivo/abrir.php?tipo=fs&nome=1c65681bd3b906b9159d428cfecf03da.pdf&size=121757>>. Acesso em 12 dez. 2017.

A indenização em dinheiro decorrente de danos extrapatrimoniais possui um caráter meramente compensatório, tendo em vista que o dano em si, jamais poderá ser efetivamente reparado. Justamente por conta disso, o seu arbitramento se dá de acordo com os mais variados critérios: grau da ofensa, capacidade financeira do ofensor, proporcionalidade²⁸⁵. Por conta da ausência de um critério objetivo, tem-se grande margem para o exercício de um arbitramento judicial dotado de grande discricionariedade.

Ao contrário do dano material, que é aferível matematicamente, a avaliação do dano moral encontra suporte em critérios subjetivos, tendo em vista que não é possível precificar a dor. Compensa-se o sujeito ofendido através de um valor em pecúnia, todavia, a fixação desse valor apresenta diversas dificuldades. O critério da tarifação²⁸⁶, um dos primeiros utilizados em decorrência de previsão expressa na Lei de Imprensa, restou afastado pelo STJ em 2004, ante a edição da Súmula 281²⁸⁷, que dispõe expressamente que “a indenização por dano moral não está sujeita à tarifação prevista na Lei de Imprensa”²⁸⁸.

Diante da ausência de critérios objetivos para a quantificação do valor a ser imposto como condenação em decorrência de um dano extrapatrimonial é que se verifica um possível encaixe do instituto do *disgorgement* como forma de solução de tal problemática. O instituto, ao determinar que o ofensor transfira à vítima os valores obtidos a partir do dano perpetrado contra ela, não deixa de medir a extensão do dano determinada pelo art. 944 do Código Civil. Isso porque, não fosse a lesão ao bem jurídico da vítima, o ofensor jamais veria ingressar em seu patrimônio os lucros indevidos. O valor ilícitamente obtido a partir de uma ofensa à esfera extrapatrimonial de outrem poderia ser tido como ideal para figurar como aquele devido a título de compensação.

²⁸⁵ GASPARIAN, Taís. **O STJ e o valor da indenização por danos morais**. Disponível em: <<http://www.oabsp.org.br/comissoes2010/direito-propriedade-imaterial/artigos/o-stj-e-o-valor-da-indenizacao-por-danos-morais>>. Acesso em 29 abr. 2018.

²⁸⁶ Sobre o critério de tarifação adotado pela CLT a partir da reforma realizada pela Lei nº. 13.467/17, observar a nota de rodapé nº 215, na qual se realiza abordagem relacionada ao referido critério, bem como às questões que tocam a perda de eficácia da Medida Provisória nº. 808/17.

²⁸⁷ GASPARIAN, Taís. **O STJ e o valor da indenização por danos morais**. *Op.cit.*

²⁸⁸ BRASIL. **Súmulas do Superior Tribunal de Justiça**. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?materia=%27DIREITO%20CIVIL%27.mat.#TIT14TEMA0>>. Acesso em: 17 abr. 2018.

Perpassada a barreira imposta pelo art. 944 do Código Civil, é necessário analisar a questão referente à função punitiva da responsabilidade civil em face da aplicação do *disgorgement*. Fundamenta-se a possibilidade da utilização da via da responsabilidade civil a partir da verificação de que o instituto se mostra como um mecanismo que permite a retirada do lucro ilícito do patrimônio do agressor, não se confundindo, todavia, com o *punitive damage*, instituto que dá azo aos mais calorosos debates.

Tal distinção se mostra de grande importância, tendo em vista que, a despeito da impossibilidade de aplicação dos *punitive damages* por conta de uma limitação imposta pelo STJ, em tese não se verificaria um óbice à aplicação do *disgorgement*, tendo em vista que o valor determinado pelo magistrado a título de indenização não atingiria o patrimônio obtido licitamente pelo ofensor – não se observaria, diante da aplicação do *disgorgement*, a aplicação de uma espécie de pena civil, tendo em vista que os valores que seriam transferidos para a vítima, em verdade, somente foram aferidos em decorrência do dano contra ela perpetrado. Nesse sentido, Ronald L. Israel e Brian P. O'Neill dispõem que a aplicação do *disgorgement* pode gerar mais do que uma compensação à vítima, mas na maioria das vezes, não retira do patrimônio do devedor mais do que o ganho injusto auferido na transação e, por esse motivo, não se pode falar em uma função punitiva²⁸⁹. nos moldes vistos no âmbito dos *punitive damages*. Complementam tal ideia Nelson Rosenvald e Bernard Korman Kuperman, indicando que “a parte ré será estritamente privada do que foi ganho ilegalmente, parcial ou totalmente”²⁹⁰.

Ademais, o *disgorgement* se mostra como uma forma de possibilitar a utilização de um critério objetivo em relação à quantificação dos valores devidos a título de indenização em casos que cumulem as características mencionadas e exigidas para a aplicabilidade do *disgorgement* (intencionalidade do agente, rentabilidade da

²⁸⁹ Tradução livre realizada sobre nota de rodapé encontrada em artigo acadêmico estrangeiro. “*Restitution may be more than compensation to the plaintiff but under most measures of restitution it is not more than the defendant’s unjust gain in the transaction and for this reason, such restitution is not punitive*” (ISRAEL, Ronald L.; O’NEILL, Brian P. ***Disgorgement as a viable theory of restitution damages***. Nova Jérsei: Chiesa Shahinian & Giantomasi PC, 2014. Disponível em: <http://www.csglaw.com/B8D11B/assets/files/News/israel_oneill__commercial_damages_reporter_jan_2014_lead_article.pdf>. Acesso em 29 out. 2017)

²⁹⁰ ROSENVALD, Nelson; KUPERMAN, Bernard Korman. Restituição de ganhos ilícitos: há espaço no Brasil para o *disgorgement*? **Revista Fórum de Direito Civil – RFDC**, Belo Horizonte, ano 6, n. 14, jan./abr. 2017, p. 18.

conduta e a inadequação do montante indenizatório para a proteção da vítima)²⁹¹. Dessa forma, obviamente se observa uma função pedagógica a partir da aplicação do *disgorgement of profits*, todavia, tal função não se realiza a partir dos moldes apresentados pelos *punitive damages* – o juiz não arbitrará um sobrevalor que acredita ser suficiente ao desestímulo da conduta em um momento futuro. Em verdade, utiliza-se como base de quantificação o próprio lucro ilicitamente obtido pelo ofensor, motivo pelo qual, perfeitamente possível a utilização do instituto como um critério objetivo para o momento da fixação do *quantum* indenizatório devido à vítima. Ademais, a partir da aplicação do *disgorgement*, as funções da responsabilidade civil seriam vistas de forma mais equilibrada – claramente é possível notar a presença da função preventiva através de um caráter pedagógico, tendo em vista que o ofensor irá buscar não reincidir em uma conduta sobre a qual tem a ciência de que não haverá a manutenção de lucros. A função compensatória se mantém presente, de modo que a vítima verá adentrar em seu patrimônio os valores obtidos pelo ofensor ilicitamente. Por fim, a função punitiva será observada, porém, não encontrará o óbice indicado pela jurisprudência em relação ao limite imposto pelo art. 944 do Código Civil. Isso porque, como o dano extrapatrimonial não é mensurável economicamente, pode-se entender que o valor ideal a título indenizatório é aquele obtido pelo ofensor como lucro. Também não seriam aplicáveis as críticas feitas aos *punitive damages*, tendo em vista que não haveria arbitramento de valor superior àquele necessário à reparação com o intuito de punir o ofensor.

Assim, o ingresso do *disgorgement of profits* poderia se dar no ordenamento brasileiro, no âmbito da responsabilidade civil, através dos danos extrapatrimoniais, tendo em vista se tratar de um instituto estruturado de modo a possibilitar uma quantificação mais objetiva em relação aos valores a serem fixados judicialmente a título indenizatório. O magistrado, ao analisar o caso, além de observar a questão da compensação devida à vítima, também passaria a observar se o ofensor mantém em seu patrimônio os lucros obtidos a partir da realização da conduta lesiva e atentatória à esfera extrapatrimonial da vítima.

²⁹¹ DUARTE, Victória Albertão. **As Hipóteses de Aplicação do *Disgorgement* na Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias**. Rio Grande do Sul: 2016. p. 19. Disponível em <http://conteudo.pucrs.br/wp-content/uploads/sites/11/2016/09/victoria_duarte_2016_1.pdf>. Acesso em 09 abr. 2018.

Verifica-se, pois, que o problema que recai sobre a responsabilidade civil brasileira é a utilização de uma visão que se limita à função compensatória do instituto²⁹². Países integrantes do sistema de *common law* foram capazes de encontrar formas de evitar que o autor de um dano, mesmo após ser condenado a indenizar a vítima, mantenha em seu patrimônio os lucros decorrentes de seu ato lesivo e, tais formas não se mostram incompatíveis com o ordenamento pátrio, sendo possível, através de readequações no sistema de responsabilidade civil, alcançar uma solução viável para casos envolvendo a manutenção, no patrimônio do ofensor, de lucros obtidos a partir de lesão à esfera extrapatrimonial alheia.

O ordenamento jurídico possui capacidade para alcançar a essência do instituto do *disgorgement of profits*, de modo a possibilitar sua aplicação nas hipóteses cabíveis, demonstrando ao agressor que não é vantajoso cometer o ilícito. Nesse sentido, indica Nelson Rosenvald que há uma árdua travessia a ser feita pelo direito brasileiro, sendo necessário revisitar as funções da responsabilidade civil passando por parâmetros objetivos que possam servir como guia para o legislador e para os magistrados em situações nas quais um ilícito transcende os danos, de modo a retirar do patrimônio do ofensor os ganhos ilícitos decorrentes de sua conduta prejudicial²⁹³.

O *disgorgement* é um remédio viável aos casos nos quais a restituição deferida à vítima simplesmente não se mostra adequada quando se observa que o ofensor ainda mantém em seu patrimônio os lucros ilicitamente auferidos a partir da sua conduta danosa²⁹⁴. Destaque-se que, não é toda circunstância em que há um dano extrapatrimonial que demandará a aplicação do *disgorgement of profits*, todavia, em certos casos, quando a o caso concreto assim requerer, o ordenamento deveria ser capaz de empoderar o Poder Judiciário através dessa importante ferramenta apta a

²⁹² ROSENVALD, Nelson; KUPERMAN, Bernard Korman. Restituição de ganhos ilícitos: há espaço no Brasil para o *disgorgement*? **Revista Fórum de Direito Civil – RFDC**, Belo Horizonte, ano 6, n. 14, jan./abr. 2017, p. 20.

²⁹³ ROSENVALD, Nelson. **Suprema Corte Americana avança na responsabilidade civil por ganhos ilícitos**. Belo Horizonte: 2016, p. 02. Disponível em: <<https://www.nelsonrosenvald.info/single-post/2016/12/13/Suprema-corte-americana-avan%C3%A7a-na-responsabilidade-civil-por-ganhos-il%C3%ADcitos>>. Acesso em 10 abr. 2018.

²⁹⁴ ISRAEL, Ronald L.; O'NEILL, Brian P. ***Disgorgement as a viable theory of restitution damages***. Nova Jérsei: *Chiesa Shahinian & Giantomasi PC*, 2014, p. 07. Disponível em: <http://www.csglaw.com/B8D11B/assets/files/News/israel_oneill_commercial_damages_reporter_jan_2014_lead_article.pdf>. Acesso em 29 out. 2017.

remediar irregularidades²⁹⁵. Tal lição pode, perfeitamente, ser observada pelo direito nacional, a fim de evitar incongruências no âmbito da responsabilidade civil.

²⁹⁵ Tradução livre de trecho retirado de julgamento ocorrido nos Estados Unidos: “*Not every circumstance demands application of the disgorgement principal; but in certain cases, where justice so requires, the law empowers judges and juries with this important tool to remedy wrongdoing*”. (LEHMAN. **Richard CROSS v. BERG LUMBER COMPANY**. Supreme Court of Wyoming. Julgamento em 20 set. 2000. Disponível em: <<http://caselaw.findlaw.com/wy-supreme-court/1486481.html>>. Acesso em 11 out. 2017).

5 CONCLUSÃO

A partir de todo o exposto ao longo da presente monografia, inicialmente é possível verificar que a responsabilidade civil é um campo dotado de alta dinamicidade, tendo em vista que está intrinsecamente relacionada com o aumento da complexidade envolvendo as relações sociais. Nesse sentido, trata-se de um ramo do direito civil que, necessariamente, precisa estar a par das mudanças fáticas que repercutem no campo jurídico, sob pena de, ao invés de se mostrar como um instrumento para a tutela e efetivação dos direitos garantidos pelo ordenamento, tornar-se um fim em si mesma.

A construção da responsabilidade civil observada nos moldes atuais perpassou fases importantes. Inicialmente, o cenário que permeava o campo ora analisado era o da vingança privada unida à responsabilidade pessoal, todavia, a partir da humanização do direito, adota-se a ideia de que o corpo do sujeito não mais responde por suas obrigações, bem como que ao Estado cumpre determinar a responsabilização aplicável aos casos concretos.

Se faz mister destacar que, inicialmente, tem-se o elemento culpa como central da responsabilidade civil, todavia, essa ótica é alterada justamente a partir do aumento da complexidade das relações sociais, que dá azo ao surgimento da teoria do risco. A referida teoria inaugura a responsabilidade objetiva, de modo a dar ensejo à possibilidade de se afirmar que são três os elementos da responsabilidade civil: conduta, dano e nexo de causalidade entre estes. A culpa perde o espaço central na responsabilidade civil, restringindo-se aos casos de responsabilidade subjetiva – em seu lugar, o dano assume um papel de protagonismo.

Não há como falar na busca de uma indenização se não houver um dano para servir como fundamento e base da mesma. A doutrina é uníssona ao indicar que não é devida a indenização se não houver dano. Não se olvida a existência dos novos danos, a exemplo do dano estético e da perda de uma chance, todavia, no presente trabalho, a análise principal abrange os danos clássicos, que possuem potencial para abarcar uma maior quantidade de situações fáticas.

Os danos clássicos podem ser divididos em danos patrimoniais e danos extrapatrimoniais e, quanto aos primeiros, a questão da quantificação devida em face

da ocorrência de uma lesão é vislumbrada a partir da ótica trazida pela teoria da diferença, de origem alemã. O dano patrimonial é aquele que possui uma base econômica e, abarca tanto os danos emergentes quanto os lucros cessantes – a mensuração do valor a ser pago a título indenizatório não se mostra de grande dificuldade. Por outro lado, o dano extrapatrimonial está intrinsecamente ligado a elementos subjetivos da vítima da conduta danosa, de modo que, encontrar uma base econômica capaz de servir como critério de mensuração é, sem dúvidas, uma tarefa tortuosa para a doutrina e para a jurisprudência.

A própria conceituação do dano extrapatrimonial demonstra o alto grau de subjetividade que circunda a espécie. Os critérios utilizados judicialmente, da mesma forma, revelam a discricionariedade que envolve o tema no momento em que o magistrado realiza a aplicação do direito. Apesar da indicação legal de que a indenização deve ser medida a partir da extensão do dano, tem-se que a própria extensão do dano extrapatrimonial é de difícil definição.

Nesse sentido, a partir da análise do direito estrangeiro, verifica-se que em determinados países que adotam o sistema de *common law*, existem institutos no âmbito da responsabilidade civil que poderiam servir como solução para parte dos problemas apresentados no ordenamento jurídico brasileiro. Fala-se do *disgorgement of profits* ou *disgorgement damage*, mecanismo que, em sua essência e a partir da tradução literal do termo, faz com que o ofensor regurgite os lucros auferidos a partir de uma conduta ilícita que resultou em um dano a alguém.

Surgem posicionamentos acerca do chamado lucro da intervenção, instituto que parece ser equivalente ao *disgorgement of profits*. Recentemente o Conselho da Justiça Federal emitiu entendimento no sentido de indicar que a intervenção do lucro ilícito deve ser observada a partir da ótica do enriquecimento sem causa. Nesse ponto, adota-se o entendimento proposto por Nelson Rosendal, qual seja o de que determinar que o sujeito transfira à vítima os lucros obtidos a partir de sua conduta ilícita é algo que deve ser debatido no âmbito da responsabilidade civil, mais especificamente no campo do dano extrapatrimonial.

Responsabilidade civil e enriquecimento sem causa buscam restaurar um equilíbrio patrimonial existente anteriormente (ou uma compensação àquele que vê a ocorrência de uma lesão de cunho extrapatrimonial), todavia, a responsabilidade civil volta os olhares à vítima do dano. Nesse sentido, aplicar o *disgorgement of profits* como uma

forma de quantificação do valor a ser pago a título de danos extrapatrimoniais se mostra como viável, desde que haja uma readequação no sistema de responsabilidade civil pátrio.

Dessa forma, nos países adeptos ao instituto, demonstrada a intencionalidade do agente ofensor, a inadequação da indenização para a necessária proteção da vítima e a existência de lucros ilicitamente obtidos a partir da conduta lesiva, possível a aplicação do *disgorgement of profits*. A própria origem do instituto se relaciona à responsabilidade civil. Para a parte da doutrina que defende o ingresso do *disgorgement* no âmbito nacional a partir da teoria do enriquecimento sem causa, não seria possível que a hipótese fosse abarcada pela responsabilidade civil por três motivos: o primeiro deles é o de que a legislação determina que a indenização seja medida pela extensão do dano. O segundo argumento indica que o lucro da intervenção não possui aplicabilidade relacionada aos lucros cessantes. Por fim, indica-se que aplicar o *disgorgement* pela via da responsabilidade civil importaria a utilização da função punitiva.

A partir da análise dos danos extrapatrimoniais, o *disgorgement* pode ser aplicado como um critério de quantificação do valor a ser pago à vítima, tendo em vista a ausência de elementos objetivos capazes de precificar a dor sofrida. Em relação ao primeiro argumento contra a utilização da via da responsabilidade civil, tem-se que o dano patrimonial pode ser medido pela extensão do dano, todavia, essa mensuração não ocorre facilmente quando se está no campo de lesões aos direitos da personalidade de alguém – não há base econômica de equivalência.

Em hipóteses que congregam a existência de um dano de caráter extrapatrimonial, a obtenção de lucros a partir de conduta ilícita intencional e, a manutenção de tais lucros no patrimônio do ofensor, mesmo diante de indenização estipulada a partir de critérios subjetivos, não é plausível recorrer apenas à função compensatória da responsabilidade civil. Nesse sentido, dois dos argumentos apresentados são rebatidos. Primeiramente, tem-se que não há violação legal à determinação de mensuração da indenização a partir da extensão do dano, tendo em vista que o valor ilicitamente obtido a partir de uma ofensa à esfera extrapatrimonial alheia pode ser tido como uma forma ideal para figurar como o devido a título compensatório.

Em relação à função punitiva, efetivamente alinha-se ao entendimento de que a função compensatória não é a única aplicável ao campo da responsabilidade civil,

todavia, as críticas tecidas à função punitiva em decorrência da sua associação aos chamados *punitive damages* não são aplicáveis ao *disgorgement of profits*. O primeiro instituto, rechaçado pelo STJ, atinge o patrimônio obtido licitamente pelo ofensor – a aplicação do *disgorgement*, por outro lado, não possui esse condão, de modo que somente os lucros obtidos de forma ilícita e em detrimento de um dano extrapatrimonial perpetrado contra outrem é que serão passíveis de retirada do seu patrimônio. Os valores transferidos à vítima são aqueles que foram obtidos a partir de um dano imposto sobre a mesma – o juiz não arbitrará um sobrevalor que crê ser suficiente ao desestímulo da conduta. A função punitiva será vista, porém, não encontrará os óbices impostos pela jurisprudência e por parte da doutrina.

Em relação aos lucros cessantes, a despeito da possibilidade de aplicação do *disgorgement* à determinadas hipóteses envolvendo danos patrimoniais, os limites propostos pelo instituto devem ser respeitados. Ademais, os danos patrimoniais encontram critérios de mensuração objetivos, motivo pelo qual, a simples impossibilidade de calcular os lucros cessantes a partir da aplicação do *disgorgement* não constitui verdadeiro óbice para que se faça a utilização da via da responsabilidade civil como forma de ingresso do instituto.

O problema que recai sobre a responsabilidade civil pátria está intrinsecamente relacionado à preponderância dada a função compensatória em detrimento das funções preventiva e punitiva. Nesse sentido, readequar o sistema e observar as soluções apresentadas por outros ordenamentos são possibilidades que permitiriam ao ordenamento uma maior oxigenação. Conforme indicado, a responsabilidade civil não pode ser vista como um fim em si mesma, de modo que, realizar uma releitura do instituto a partir de um cenário de maior equilíbrio entre suas funções se mostra como algo capaz de dar ao instituto um caráter instrumental, de modo a fazer com que o mesmo sirva como caminho para alcançar a proteção dos direitos tutelados pelo ordenamento jurídico.

REFERÊNCIAS

AGUIAR DIAS, José de. **Da Responsabilidade Civil**. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1954.

AMORIM, Paulo Henrique. **A responsabilidade civil decorrente de danos ocasionados por fenômenos da natureza**. Santa Catarina, 2011. Disponível em <<http://buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/5415-5407-1-PB.htm>>. Acesso em 24 out. 2017.

ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. A Evolução do Conceito de Dano Moral. **Revista da EMERJ**. Rio de Janeiro, 2003, v.6, n. 24, p. 143-175. Disponível em: <<http://bdjur.stj.br/dspace/handle/2011/67009>>. Acesso em: 16 abr. 2018.

BDINE JÚNIOR, Hamid Charaf. Responsabilidade Civil na Perda dos Entes Queridos. DA SILVA, Regina Beatriz Travares da (Coord.). **Série GVlaw: Responsabilidade Civil e sua Repercussão nos Tribunais**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 319-338.

BITTAR, Carlos Alberto. **Reparação Civil por Danos Morais**. 3.ed. rev. atual. amp. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

BORGES, Thiago Carvalho. Danos Punitivos: Hipóteses de aplicação no Direito brasileiro. *In: Teses da Faculdade Baiana de Direito*. Salvador: Faculdade Baiana de Direito, v.2, t. XX, 2010. Disponível em: <<http://www.faculdadebaianadedireito.com.br/images/a/Texto%20Thiago.pdf>>. Acesso em 06 mar. 2018.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 6.960/02**. Disponível em <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=5AD8B5DBFE7E03092A2FB7358D15EA21.proposicoesWebExterno2?codteor=50233&fileame=Tramitacao-PL+6960/2002>. Acesso em 21 abr. 2018.

_____. **Código Civil Brasileiro de 1916**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L3071/.htm>. Acesso em 14 maio 2018.

_____. **Código Civil Brasileiro de 2002**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em 07 abr. 2018.

_____. Comissão de Constituição e Justiça e de Redação. **Relatório e Voto do Projeto de Lei nº 6.960/02**. Disponível em <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/196514.pdf>>. Acesso em 21 abr. 2018.

_____. Conselho da Justiça Federal. **IV Jornada de Direito Civil – Enunciado 379**. Disponível em <<http://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/IV%20Jornada%20volume%20I.pdf>>. Acesso em 28 abr. 2018.

_____. **Consolidação das Leis do Trabalho.** Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>. Acesso em: 06 maio 2018.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 11 abr. 2018.

_____. **Lei nº. 13.467/17.** Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis nºs 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13467.htm. Acesso em 16 maio 2018.

_____. **Lei nº. 5.250/67.** Regula a liberdade de manifestação do pensamento e de informação. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5250.htm>. Acesso em 16 maio 2018.

_____. **Súmulas do Superior Tribunal de Justiça.** Disponível em:
<<http://www.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?materia=%27DIREITO%20CIVIL%27.mat.#TIT14TEMA0>>. Acesso em: 17 abr. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Interno nos Embargos de Declaração no Recurso Especial nº. 1549926/SC.** Relator: Min. Maria Isabel Gallotti. DJ 2 dez. 2017. Disponível em
<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=77796299&num_registro=201502030928&data=20171218&tipo=51&formato=PDF>. Acesso em 28 abr. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Embargos de Declaração nos Embargos de Declaração no Recurso Especial nº. 309.725/MA.** Relator: Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira. DJ 14 out. 2002. Disponível em:
<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=653886&num_registro=200100293131&data=20030324&tipo=51&formato=PDF>.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº. 1.354.536/SE.** Relator: Min. Luís Felipe Salomão. DJ 23 jun. 2014. Disponível em:
<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=34455662&num_registro=201202466478&data=20140505&tipo=91&formato=PDF>. Acesso em: 22 abr. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº. 3.003/MA.** Relator: Min. Athos Carneiro. DJ 09 dez. 1991. Disponível em:
<https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=199000042402&dt_publicacao=09-12-1991&cod_tipo_documento=3>. Acesso em 02 mar. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº. 300.190/RJ,** Relator: Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira. DJ 18 mar. 2002. Disponível em:
<<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=IMGD&se>

quencial=91859&num_registro=200100055230&data=20020318&formato=PDF>.
Acesso em: 20 abr. 2018.

_____. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. **Apelação Cível nº. 0006321-57.2003.4.01.3500/GO**, Sexta Turma. Relator: Desembargador Federal Daniel Paes Ribeiro. DJ 15 fev. 2016. Disponível em:
<http://arquivo.trf1.jus.br/AGText/2003/0006300/00063215720034013500_2.doc>.
Acesso em: 29 abr. 2018.

_____. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. **Recurso Inominado nº. 4218-06.2014.4.01.3302**. Relator: Juiz Federal Ailton Schramm de Rocha. DJ: 14 set. 2016. Disponível em:
<https://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/arquivo/login/index.php?sistema=red&download=1&proc_id=10005072646&cpw=34913433300200&secao=BA&proc=4218-06.2014.4.01.3302&desc=Ac%C3%B3rd%C3%A3o>. Acesso em 12 dez. 2017.

_____. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. **Recurso Inominado nº. 3100-94.2016.4.01.3311**. Relator: Juiz Federal Ailton Schramm de Rocha. DJ 23 ago. 2017. Disponível em:
<<https://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/arquivo/abrir.php?tipo=fs&nome=1c65681bd3b906b9159d428cfecf03da.pdf&size=121757>>. Acesso em 12 dez. 2017.

_____. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. **Apelação Cível nº. 438.193/PE**. Relator: Des. Federal Manoel Erhardt. DJ 22 mar. 2012. Disponível em:
<http://www4.trf5.jus.br/data/2012/03/200383080022742_20120329_2648395.pdf>.
Acesso em 18 abr. 2018.

CARRÁ, Bruno Leonardo Câmara. **Evolução dos Torts: do trespass à strict liability**. Ceará, 2013. Disponível em:
<<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=79bdf677fe52c08>>. Acesso em: 08 fev. 2018.

CARVALHO, George Barbosa Jales de. A Aplicação da Teoria do Desestímulo como Forma de Inibição da Responsabilidade Civil no Brasil. **Interfaces Científicas – Direito**, 2015, v.4, n.1, p.11-22. Disponível em
<<https://periodicos.set.edu.br/index.php/direito/article/download/2085/1422>>. Acesso em 27 mar. 2018.

CARVALHO, Jéssica Alves de. A Reparação do Dano Moral Coletivo no Ordenamento Jurídico Brasileiro. **Revista Jurídica da Justiça Federal da Bahia**. Salvador: SJBA: a.11, n. 13, set. 2017, p. 126-147.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 11.ed. rev. e amp. São Paulo: Atlas, 2014.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil: Obrigações e Responsabilidade Civil**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. **VIII Jornada de Direito Civil é finalizada no CJF com aprovação de 33 enunciados**. Disponível em

<<http://www.cjf.jus.br/cjf/noticias/2018/abril/viii-jornada-de-direito-civil-e-finalizada-no-cjf-com-aprovacao-de-33-enunciados>>. Acesso em 02 maio 2018.

CRUZ, Gisela Sampaio da. **O Problema do Nexo Causal na Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

DIDIER JR. Fredie. CUNHA, Leonardo Carneiro da. BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael Alexandria. **Curso de Direito Processual Civil: Execução**. 8.ed. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 336-339.

DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de Direito Processual Civil: Meios de Impugnação às Decisões Judiciais e Processos nos Tribunais**. 13.ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. 25.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

DISGORGEMENT. In: **Wex Legal Dictionary/Encyclopedia**. Nova Iorque: Cornell University Law School, 2016. Disponível em: <<https://www.law.cornell.edu/wex/disgorgement>>. Acesso em: 10 abr. 2018.

DUARTE, Victória Albertão. **As Hipóteses de Aplicação do Disgorgement na Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias**. Rio Grande do Sul: 2016. Disponível em <http://conteudo.pucrs.br/wp-content/uploads/sites/11/2016/09/victoria_duarte_2016_1.pdf>. Acesso em 09 abr. 2018.

FALAVIGNA, Maria Clara Osuna Diaz. **O Arbitramento do Dano Moral e a Administração Pública**. Disponível em: <<http://www.procuradoria.al.gov.br/centro-de-estudos/teses/xxxv-congresso-nacional-de-procuradores-de-estado/direito-civil/O%20arbitramento%20do%20dano%20moral%20e%20a%20administracao%20publica.pdf>>. Acesso em 16 abr. 2018.

FARIAS, Camila Azevedo. **Punitive Damage: uma análise crítica sobre o instituto e sua aplicação nos Juizados Especiais Cíveis baianos entre os anos de 2010 e 2013**. 2016. Monografia. Orientador: Prof. Dr. Maurício Requião de Sant'ana (Curso de Graduação em Direito) – Faculdade Baiana de Direito, Salvador.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD Nelson; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. 2.ed. **Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 201.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Obrigações**. 9.ed. São Paulo: Atlas, 2015.

FAVARETTO, Cícero Antônio. **A fixação do valor indenizatório do dano extrapatrimonial nas relações de consumo**. 2008. Monografia. Orientador: Prof. Leilane Mendonça Zavarizi da Rosa (Curso de Graduação em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis. Disponível em

<<https://favaretto.files.wordpress.com/2010/06/monografia-cicero-versao-final.pdf>>. Acesso em 20 ago. 2017.

FERREIRA, Thiago Soares. **A banalização do dano moral**. 2012. Monografia. Orientador: Prof. Emerson Silva Masullo (Curso de Graduação em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Católica de Brasília, Brasília. Disponível em: <<http://repositorio.ucb.br/jspui/bistream/10869/2026/2/Thiago%20Soares%20Ferreira.pdf>>. Acesso em: 23 dez. 2017.

FIGUEIREDO, Luciano; FIGUEIREDO, Roberto. 5.ed. **Direito Civil: Obrigações e Responsabilidade Civil**. Salvador: Juspodivm, 2016.

GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. 15.ed. **Novo Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil**. São Paulo: Saraiva, 2017.

GASPARIAN, Taís. **O STJ e o valor da indenização por danos morais**. São Paulo, 2004. Disponível em: <<http://www.oabsp.org.br/comissoes2010/direito-propriedade-imaterial/artigos/o-stj-e-o-valor-da-indenizacao-por-danos-morais>>. Acesso em 29 abr. 2018.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. 11.ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

GUIMARÃES, Luiz Ricardo. Responsabilidade Civil – Histórico e Evolução. Conceito e Pressupostos. Culpabilidade e Imputabilidade. **Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos**. São Paulo: BDJur, 2000. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/19911>>. Acesso em 17 fev. 2018.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Responsabilidade Civil e Contemporaneidade: retrato e moldura. In: **Novos Estudos Jurídicos**, v.8, n.3. set/dez. 2003, p. 579-595. Disponível em: <<https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/download/348/292>>. Acesso em 27 maio 2018.

INTENTIONAL TORT. In: **Legal Dictionary**. Disponível em <<https://legaldictionary.net/intentional-tort/>>. Acesso em 23 abr. 2018.

ISRAEL, Ronald L.; O'NEILL, Brian P. **Disgorgement as a viable theory of restitution damages**. Nova Jérsei: Chiesa Shahinian & Giantomasi PC, 2014. Disponível em: <http://www.csglaw.com/B8D11B/assets/files/News/israel_oneill__commercial_damages_reporter_jan_2014_lead_article.pdf>. Acesso em 29 out. 2017.

KONDER, Carlos Nelson. **Dificuldades de uma abordagem unitária do lucro da intervenção**. In Revista de Direito Civil Contemporâneo, São Paulo, ano 4, v. 13, out/dez. 2017, p.231-248. Disponível em: <<http://konder.adv.br/wp-content/uploads/2018/02/Carlos-Nelson-Konder-Dificuldades-de-uma-abordagem-unit%C3%A1ria-do-lucro-da-interven%C3%A7%C3%A3o.pdf>>. Acesso em 02 maio 2018.

LEHMAN. **Richard CROSS v. BERG LUMBER COMPANY**. Supreme Court of Wyoming. DJ 20 set. 2000. Disponível em: <<http://caselaw.findlaw.com/wy-supreme-court/1486481.html>>. Acesso em 11 out. 2017.

LIMA, André Barreto. O Dano Moral nos Estados Unidos e seus Reflexos no Brasil. **Revista Jurídica da Justiça Federal da Bahia**. Salvador: SJBA: a.11, n. 13, set. 2017, p. 272-283.

LONGHI, João Victor Rozatti. SILVA, Letícia Rezende. **A Função Punitiva da Responsabilidade Civil: Uma Análise da Indenização Punitiva por Dano Social no Brasil**. Florianópolis: CONPEDI, 2014. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=25102b27fa432b4b>>. Acesso em 16 abr. 2018.

MERGULHÃO, Maria Fernanda Dias. **Indenização Integral na Responsabilidade Civil**. São Paulo: Atlas, 2015.

MONATERI, Pier Giuseppe. *Nature and Purposes of Civil Responsibility*. Tradução por TARTUCE, Flávio; GIANNESI, Giuliana. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 26, n. 112, jul./ago. 2017, p. 59-91.

MONTEIRO FILHO, Rafael de Barros. **Indenização por Dano Moral: Evolução da Jurisprudência**. Brasília: 1995. Disponível em <http://www.stj.gov.br/webstj/ministros/discursio_internet.asp?Minis=0001089>. Acesso em 09 abr. 2018.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à Pessoa Humana: Uma Leitura Civil-Constitucional dos Danos Morais**. Rio de Janeiro: Renovar: 2003.

NEGLIGENT TORT. In: **UsLegal**. Disponível em: <<https://definitions.uslegal.com/n/negligent-tort/>>. Acesso em 24 abr. 2018.

NORONHA, Fernando. Desenvolvimentos Contemporâneos da Responsabilidade Civil. **Sequência**. Florianópolis: UFSC, v.19, n.37, 1998, p. 21-37. Disponível em <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15533/14089>>. Acesso em 29 abr. 2018.

OLIVEIRA, Marcio Geraldo Porto de. **Dano Moral: Proteção Jurídica da Consciência**. 3.ed. São Paulo: Editora de Direito, 2003.

PEREIRA. Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil: Teoria Geral das Obrigações**. 25.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

QUEIROZ, Paulo. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. 10.ed. Salvador: Juspodivm, 2014.

RENNER, Rafael Henrique. Notas Sobre o Conceito de Dano na Responsabilidade Civil. **Revista Legis Augustus**, Rio de Janeiro: v. 3, n. 2, jul./dez. 2012, p. 92-150. Disponível em: <<http://apl.unisuam.edu.br/revistas/index.php/legisaugustus/article/view/284/226>>. Acesso em 19 dez. 2017.

RESEDÁ, Salomão. **A Função Social do Dano Moral**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009.

ROSENVALD, Nelson. **As Funções da Reponsabilidade Civil: A Reparação e a Pena Civil**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

_____. **Suprema Corte Americana avança na responsabilidade civil por ganhos ilícitos**. Belo Horizonte: 2016. Disponível em: <<https://www.nelsonrosenvald.info/single-post/2016/12/13/Suprema-corte-americana-avan%C3%A7a-na-responsabilidade-civil-por-ganhos-il%C3%ADcitos>>. Acesso em: 10 abr. 2018.

ROSENVALD, Nelson; KUPERMAN, Bernard Korman. Restituição de ganhos ilícitos: há espaço no Brasil para o *disgorgement*? **Revista Fórum de Direito Civil – RFDC**, Belo Horizonte, ano 6, n. 14, jan./abr. 2017, p. 11-31.

SAVI, Sérgio. Inadimplemento das Obrigações, Mora e Perdas e Danos. *In*: TEPEDINO, Gustavo (Coord). **Obrigações: Estudos na Perspectiva Civil-Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 457-488.

SCHREIBER, Anderson. **Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil: Da Erosão dos Filtros da Reparação à Diluição dos Danos**. 6.ed. São Paulo: Atlas, 2015.

_____. **Direitos da Personalidade**. 3.ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2014.

SEVERO, Sérgio. **Os Danos Extrapatrimoniais**. São Paulo: Saraiva, 1996.

SILVA, Regina Beatriz Tavares da. Responsabilidade Civil nas Atividades de Ensino Privadas. *In*: _____ (Coord.). **Série GVlaw: Responsabilidade Civil e sua Repercussão nos Tribunais**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 22-47.

SILVA, Rodrigo da Guia. Contornos do enriquecimento sem causa e da responsabilidade civil: estudo a partir da diferença entre lucro da intervenção e lucros cessantes. **Civilistica**, a. 5, n. 2, 2016. Disponível em: <<http://civilistica.com/wp-content/uploads/2017/01/Silva-civilistica.com-a.5.n.2.2016.pdf>>. Acesso em 30 abr. 2018.

SOUZA COSTA, Ana Carolina Gusmão de. **Dano Moral e Indenização Punitiva**. 2009. Artigo Científico. Orientadores: Profa. Néli Fetzner, Prof. Nelson Tavares, Profa. Mônica Areal. Prof. Marcelo Pereira (Curso de Pós-Graduação em Direito) – Escola da Magistratura do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/2semestre2009/trabalhos_22009/AnaCarolinaGusmaodeSouzaCosta.pdf>. Acesso em: 12 dez. 2017.

STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil: Doutrina e Jurisprudência** – Tomo I. 9.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

STRICT LIABILITY. In: **Free Advice: Law**. Disponível em <https://law.freeadvice.com/litigation/legal_remedies/strict-liability-cause-of-action.htm>. Acesso em 23 abr. 2018.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Direito das Obrigações e Responsabilidade Civil**. 11.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

_____. **Enunciados aprovados na VIII Jornada de Direito Civil**. Divulgação não oficial. Jusbrasil. Disponível em: <<https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/noticias/572162564/enunciados-aprovados-na-viii-jornada-de-direito-civil-divulgacao-nao-oficial>>. Acesso em 07 maio 2018.

_____. **Manual de Direito Civil**. 6.ed. rev., atual. e amp. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil: Tomo II**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

VALÉSI, Raquel Helena. Estudos sobre a responsabilidade objetiva e os critérios para fixação de danos morais com base no princípio *in dubio pro dignate* nas relações privadas. In: **Revista de Direito Privado**. v. 83, ano 18, São Paulo: Revista dos Tribunais, nov. 2017, p. 91-111.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 15.ed. São Paulo: Atlas, 2015.

ZULIANI, Ênio Santarelli, Responsabilidade Civil na Área Bancária. In: DA SILVA, Regina Beatriz Travares (Coord.). **Série GVlaw: Responsabilidade Civil e sua Repercussão nos Tribunais**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 112-159.