

A exclusão do lucro ilícito do patrimônio do lesante: uma análise do lucro da intervenção nos ordenamentos jurídicos português e brasileiro

Pedro Quintaes Peres ⁽¹⁾

Resumo: o presente estudo analisa o instrumento jurídico adequado a retirar o lucro ilícito do patrimônio do lesante obtido através de sua conduta ilícita. Analisar-se-á, portanto, se os ordenamentos jurídicos português e brasileiro oferecem uma resposta direta a problematidade. Por assim, será alinhavado os limites da responsabilidade civil com o propósito de estabelecer se a busca do patrimônio ilícito do lesante dar-se-á através da figura do *punitve damages*, isto é, ora na modalidade de compensação de dano moral punitivo ou, ora condenação de danos punitivos. Por fim, analisaremos o instituto do enriquecimento sem causa, na modalidade enriquecimento por intervenção, como instrumento apto a restituição do lucro da intervenção, sem que, com isto, haja o desvirtuamento das finalidades da responsabilidade civil.

Palavras-chave: responsabilidade civil; dano punitivo; enriquecimento sem causa; lucro da intervenção.

Sumário: 1. Introdução 2. Finalidades da responsabilidade civil a) Finalidade ressarcitória b) Finalidade preventiva c) Finalidade sancionatória e punitiva 3. Possibilidade de indenização por *punitive damages*? A correta interpretação do art. 944 do Código Civil brasileiro e art. 494 do Código Civil português 4. Apresentação do problema: enquadramento dogmático do lucro obtido pelo lesante 5. Algumas considerações acerca do enriquecimento sem causa 6. Conclusões.

¹ Mestre em Ciências Jurídico-Civilísticas, com menção em Direito Processual Civil, pela Universidade de Coimbra (FDUC), Coimbra/Portugal. Advogado – pedroquintaes@hotmail.com .

1. Introdução

Não raro, a atuação ilícita ou ilegítima do agente sobre bens ou direito alheios gera, ao mesmo tempo, um enriquecimento para o lesante e danos para o titular desse direito ora violado.

Um exemplo pode clarificar mais a problemática do presente estudo². Imagine que uma atriz famosa estava a gravar uma cena para o capítulo final de uma telenovela, à luz do dia, no centro da cidade, sem qualquer conteúdo sexual ou nudez. Um fotógrafo específico, conseguiu um ângulo privilegiado e fotografou os seios da artista. A foto foi enviada para determinada editora, sendo veiculada em uma revista masculina, na seção “*click, flagras da fama*”, sem qualquer autorização prévia da atriz, o que gerou um número significativo de vendas da revista.

Nota-se, com o exemplo acima, que a flagrante lesão do direito à imagem³ da atriz violou sua intimidade, porque, embora a fotografia tenha sido tirada em local público, não havia qualquer interesse público que justificasse a publicação da fotografia da atriz com seios desnudos. Faz-se necessário destacar, de modo a demonstrar a gravidade da ação do lesante, que a lesada sequer fazia uma cena de nudez⁴.

² O exemplo fora retirado do caso verídico entre a atriz brasileira Isis Valverde e a Editora Abril S.A, que deu origem ao processo de nº 0104967-50.2007.8.19.0001, proposto no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro/Brasil, o qual pode ser consultado em <http://www.tjrj.jus.br> (consultado em 20/03/2017).

³ Aqui não enfrentaremos a controvérsia sobre a colisão dos direitos da personalidade, como por exemplo, o direito à imagem e à privacidade, com o direito de liberdade de expressão, liberdade de imprensa, artística, dentre outros. É certo que devemos, ao máximo, tentar equilibrar os direitos fundamentais em choque – aqui no exemplo, a liberdade de expressão e o direito à imagem – para que nenhum direito fundamental seja suprimido. Ocorre que, em nome da liberdade de imprensa, não podem os meios de comunicação social sob a justificativa de tratando-se de figuras públicas, os leitores têm o direito de saber todos os fatos relativos às suas vidas privadas e assim lesar o direito, pois, do mesmo modo que qualquer particular, pessoas públicas também tem o direito à sua imagem e à privacidade. Nesse sentido VASCONCELOS, Pedro Pais de., *Direito de personalidade*, Coimbra, Editora Almedina, 2006, pág. 91, bem como entendimento majoritário do Superior Tribunal de Justiça do Brasil, in Agravo em Recurso Especial nº 376.227, DJe, disponível em <http://www.stj.jus.br/portal/site/STJ> (consultado em 01/03/2017).

⁴ Mesmo que a autora estivesse realizando uma cena de nudez a editora não poderia publicar uma foto sem autorização da atriz, pois atriz tem direito de querer ou não explorar seu direito de imagem.

Situações como a mencionada, hodiernamente, são cada vez mais comuns. Os meios de comunicação violam direitos da personalidade de figuras públicas, em nítida corrida desenfreada e sem limites em busca do lucro.

Muito, devido ao fato, de a responsabilidade civil ser alicerçada em sua função ressarcitória, isto é, tem-se como regra – sobretudo nos danos patrimoniais – que o dano é o elemento que determina a indenização, conforme disposto no art. 944⁵ do Código Civil brasileiro e art. 562⁶ do Código Civil português.

Em razão da indenização ser limitada pela extensão do dano, bem como pela dificuldade de se calcular os danos não patrimoniais, PAULA MEIRA LOURENÇO⁷, destaca que agentes económicos, orientados pelo critério de racionalidade económica, optam por violar direitos de outrem ao invés de obter seu consentimento⁸, pois a indenização por danos materiais ou a compensação por danos não patrimoniais será inferior ao lucro decorrente do aumento de venda dos exemplares, por exemplo.

Dessa forma, para que a responsabilidade civil não sirva como mecanismo de expropriação privada de bens e direitos alheios apropriação deliberada de um bem, na consciência de que, posteriormente, apenas terá que pagar a título de indenização

⁵ Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano.

⁶ Art. 562. Quem estiver obrigado a reparar um dano deve reconstituir a situação que existiria, se não se tivesse verificado o evento que obriga à reparação.

⁷ LOURENÇO, Paula Meira, *A Função Punitiva da Responsabilidade Civil*, Coimbra, Coimbra Editora, 2006, pág. 193.

⁸ A doutrina estadunidense utiliza-se do termo *contractual by-pass* (curto-circuito do contrato), quando o agente económico ao invés de buscar o trâmite da negociação contratual e utiliza-se do atalho da responsabilidade civil. Para um estudo mais aprofundado, consultar AMELIA J. TOY, “Statutory Punitive Damage Caps and the Profit Motive: An Economic Perspective”, E.L.J., Vol. 40, n.º 1, 1991, pág. 303 e seg. A doutrina traz o caso *Midler v. Ford Motor Co.*, como paradigmático de curto-circuito do contrato. Em breve síntese: uma cantora norte-americana recusou-se a participar de um anúncio televisivo para a empresa Ford, em razão da oferta diminuta de pagamento para a realização do comercial. Em virtude do insucesso das negociações, a companhia de automóveis contratou uma sócia da cantora para estampar o comercial televisivo. O tribunal americano considerou *contractual by-pass* já que a empresa escolheu utilizar deliberadamente a imagem da atriz sem a sua autorização, pois, mesmo sendo uma sócia o público acreditou que se tratava da cantora famosa. Além da autora acima mencionada, GOMES, Júlio Manuel Vieira. *O conceito de enriquecimento, o enriquecimento forçado e os vários paradigmas do enriquecimento sem causa*, Porto, Editor: Universidade Católica Portuguesa, 1998, pág. 756, traz em seu livro o caso relatado.

o valor do mercado do referido bem⁹ ou de que a compensação por danos não patrimoniais ficará aquém ao lucro da lesão intentada, grande parte da doutrina portuguesa¹⁰ e brasileira¹¹ sob o título de “*novos rumos da responsabilidade civil*”¹², entende ser necessário enxergar uma finalidade punitiva, consubstanciada nos danos punitivos, como forma de dissuadir os agentes económicos, mediante a imposição da restituição dos lucros obtidos com a lesão.

Em outras palavras: a fim de evitar que o agente se beneficie de seu agir ilícito e culposos, há de se aceitar a figura dos *punitive damages*¹³ (oriundos da *commom law*) no ordenamento brasileiro e português¹⁴.

Além de parcela da doutrina aceitar a figura dos danos punitivos como uma sanção adequada a retirar o lucro injusto, grande parte da jurisprudência brasileira

⁹ A expressão é utilizada por Júlio Vieira Gomes, in GOMES, Júlio Manuel Vieira. *O conceito de enriquecimento*, ob. cit., pág. 755.

¹⁰ BORGES, Sofia Leite de., *Os punitive damages: as funções punitiva e preventiva da responsabilidade civil*, Lisboa, 2000; Júlio Vieira Gomes, in GOMES, Júlio Manuel Vieira. *O conceito de enriquecimento*, ob. cit., pág. 750 e seg. LOURENÇO, Paula Meira, *A Função Punitiva da...* ob. cit.; ANTUNES, Henrique Souza, *Da inclusão do lucro ilícito e de efeitos punitivos entre as consequências da responsabilidade civil extracontratual: a sua legitimação pelo dano*, Coimbra, Coimbra Editora, 1ª ed., 2011. Esses são os principais autores que defendem a necessidade de se superar a visão clássica da responsabilidade civil, admitindo uma função punitiva para abrir a possibilidade de se admitir a restituição do lucro obtido com a intervenção, à semelhança dos *restitutionary damages*. Desde já, sem maiores comentários, pois discorreremos em capítulo próprio, não concordamos com ideia defendida por esses autores.

¹¹ Neste sentido, ANDRADE, André Gustavo Correa de., *Dano Moral e indenização punitiva*, 2ª ed., Rio de Janeiro, Editora Lumen Juris, 2009, pág. 260 e seg.; CUNHA, Wladimir Alcibíades Marinho Falcão, *Danos extrapatrimoniais e função punitiva*, Tese (Doutorado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012; MARTINS, Fernando Rodrigues, *Temas relevantes do direito civil contemporâneo: reflexões sobre os 10 anos do Código Civil*, São Paulo, Editora Atlas, 2012.

¹² Intitulação empregada por Paula Meira Lourenço, em intervenção feita no Colóquio organizado pelo Supremo Tribunal de Justiça, subordinado ao tema “Responsabilidade civil – Novas Perspectivas”, realizado nos dias 13 e 14 de março de 2008, na Sala de Actos do Supremo Tribunal de Justiça.

¹³ Na definição de Patrícia Guimarães “a figura dos danos punitivos é a tradução literal para “*punitive damages*”, que consiste na possibilidade que um tribunal de, numa acção de indemnização civil, condenar ao pagamento de uma quantia superior ao dano sofrido em virtude da conduta ilícita”, conforme, GUIMARÃES, Patrícia Carla Monteiro, *Os danos punitivos e a função punitiva da responsabilidade civil*, Direito e Justiça, v 15.1(2001), pág. 159.

¹⁴ Em uma visão crítica a essa doutrina Paulo Mota Pinto, in PINTO, Paulo Mota, *Interesse Contratual Negativo e Interesse Contratual Positivo*, vol. I, Coimbra Editora, Coimbra, 2009, pág. 825 e seg., discorre que para essa parte da doutrina a ausência de uma função punitiva da responsabilidade civil não previne condutas lesivas lucrativas, assim como faz com o que valha a pena ao lesante lesionar determinados bens jurídicos, pois o lucro obtido (superior ao dano sofrido pelo lesado) permaneceria em seu poder.

utiliza a compensação dos danos não patrimoniais punitivo, diga-se, de forma transversa, para retirar esse ganho ilegítimo com a conduta do lesante¹⁵.

Pois bem. Desta maneira torna-se imperioso investigarmos se através da responsabilidade civil conseguimos buscar no patrimônio do lesante eventual lucro oriundo de sua conduta ilícita, uma vez que tal instituto é invocado pela maioria da jurisprudência brasileira para desempenhar tal função, ora na modalidade de compensação de dano moral punitivo ou, ora condenação de danos punitivos.

2. Finalidades da responsabilidade civil

a) Finalidade ressarcitória

Trata-se da primeira e imediata função da responsabilidade civil. O sistema está estruturado na tutela da pessoa lesada¹⁶. Visa tornar *indemne*¹⁷ a vítima em relação à ocorrência do dano, na medida de sua extensão, ou seja, obriga o lesante a reestabelecer a situação anterior caso não tivesse havido a lesão (retirar o dano)¹⁸.

¹⁵ De igual modo Antunes Henrique de Souza, in *Da inclusão do lucro ilícito...* ob. cit., pág. 651, defende a inclusão das vantagens patrimoniais ilícitas e de efeitos punitivos como consequência da responsabilidade civil extracontratual.

¹⁶ Conforme ensinamento de Miguel Frederico de Lorenzo, in LORENZO, Miguel Frederico de., *El daño injusto em la Responsabilidad Civil*, Buenos Aires, Editora Abeledo-Perrot, pág. 1996, pág. 13 e seg., a responsabilidade civil estava calcada em torno do comportamento do lesante, muito próximo ao direito penal. Dessa forma, a vítima ocupava um papel secundário no sistema da responsabilidade civil. No entanto, houve uma viragem no sentido precípua de tal instituto, passando a concentrar-se como uma reação ao dano injusto.

¹⁷ Expressão utilizada por Mafalda Miranda, in BARBOSA, Mafalda Miranda, *Lições de responsabilidade civil*, Cascais, Príncipe Editora, 1ª ed., 2017, pág. 43.

¹⁸ Majoritariamente, quer seja no Brasil, quer seja em Portugal, a doutrina aponta a finalidade ressarcitória como sendo a sua principal finalidade. Nesse sentido, DINIZ, Maria Helena, Curso de Direito Civil, cit. pág. 118, entende que o primordial efeito da responsabilidade civil é a reparação do dano, que o ordenamento jurídico impõe ao agente. A responsabilidade civil tem, essencialmente, uma função reparadora ou indenizatória. Indenizar é ressarcir o dano causado, cobrindo todo o prejuízo experimentado pelo lesado; no mesmo sentido, Almeida Costa entende pela concepção clássica da responsabilidade, segundo a qual a responsabilidade civil tem a função de reparar os danos causados e não fins sancionatórios. Para o doutrinador o requisito da existência de responsabilidade civil é a verificação de um dano ou prejuízo a ressarcir. Apenas em função do dano o instituto realiza a sua finalidade essencialmente reparadora ou reintegrativa, COSTA ALMEIDA, Mário Júlio de., *Direito das Obrigações*, 10ª ed., Coimbra, Editora Almedina, 2009, pág. 521.

O *foco de luz* se direciona à vítima, o que se tem em vista é aquilatar a extensão do dano e não o grau de reprovabilidade da conduta do ofensor ou o lucro obtido por este em decorrência da lesão. Assim restou positivado no art. 944 do CC brasileiro e art. 562 do CC português, que estabelecem ser a indenização limitada pela extensão do dano¹⁹.

Ademais, o ilustre jurista GOMES DA SILVA²⁰, traz outros elementos para afirmar a finalidade ressarcitória, tais como: (a) o dano ser requisito indispensável da responsabilidade civil, pelo o que não há responsabilização quando o fato ilícito não causar prejuízo²¹; (b) transmissão do dever de indenizar aos herdeiros; (c) não responsabilização em caso de tentativa ou lesão frustrada, dentre outros elementos.

Face não haver muita discussão acerca dessa finalidade da responsabilidade civil, sem delongar mais, passaremos às próximas finalidades de modo a avaliar se esta se sobrepõe as demais.

b) Finalidade preventiva

Antes de mais, importa-nos destacar que, apesar de alguns doutrinadores tratarem a finalidade preventiva e punitiva como sendo a expressão de um único princípio, o presente estudo não adota esta posição e, por isso, trataremos em separado a finalidade preventiva da finalidade punitiva²².

¹⁹ Neste sentido, VAZ SERRA, *Obrigação de indemnização (Colocação. Fontes. Conceitos e Espécies de Dano. Nexos Causais. Extensão do Dever de Indemnizar. Espécies de Indemnização). Direito de Abstenção e de Remoção*, in Boletim do Ministério da Justiça, n.84 (1959), pág. 224 e seg., aduz que a indenização não parece dever ser nunca superior ao dano efetivo. Ela destina-se a reparar o dano, e não a dar um lucro ao prejudicado.

²⁰ SILVA, Manuel Gomes da., *O dever de prestar e o dever de indemnizar*, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 1944, pág. 155 e seg.

²¹ O dano é o fundamento unitário da responsabilidade civil, a própria razão de ser do dever de indenizar, segundo RODOTÀ, Stefano, *Il problema della responsabilità civile*, ob. cit., p. 78. Para o autor italiano, assim como Gomes da Silva, se dano não tem dano, sequer haverá responsabilização civil.

²² Em posição contrária ao nosso entendimento, GOMES, Júlio Manuel Vieira, *“Uma função punitiva para a responsabilidade civil e uma função reparatória para a responsabilidade penal?”*, *Revista de Direito e Economia*, Coimbra, ano 15, 1989, pág. 106, afirma terem mesmo sentido, pois, prevenção e punição são duas faces de uma mesma medalha, expressões de um único princípio. Apesar de entendermos que não se confundem, ambas se correlacionam.

Não obstante defendermos que a principal finalidade da responsabilidade civil seja a ressarcitória, reconhece-se que a responsabilidade civil exerce, indiretamente uma função preventiva. Indiretamente, pois, a função preventiva decorre justamente da imposição de reparar integralmente o dano, diga-se, na sua extensão²³.

Em decorrência dessa imposição, qual seja, da obrigação de indenizar, o agente molda seu comportamento a fim de não causar qualquer dano a outrem, é dizer, o agente passa a agir com atenção aos deveres de cuidado de forma a não cometer qualquer ilícito²⁴. Por conseguinte, consegue-se, em primeiro plano, prevenir a lesão e, caso não sendo possível, evitar que ela continue ou que se repita no futuro.

Verifica-se, pois, que nem sempre a obrigação de indenizar serve de desestímulo à prática de novas condutas danosas, nomeadamente nos direitos difusos, tanto na relação de consumo quanto no direito ambiental. Isso porque, ter essencialmente o dano a servir como limite para a indenização, veio a contribuir com o estímulo à prática reiterada por parte de grandes empresas de fatos ilícitos e culposos, pois são atribuídas diminutas compensações.

Nesta senda, parte da doutrina portuguesa liderada pela ilustre civilista PAULA MEIRA LOURENÇO, enxergam que a função punitiva, por meio das indenizações punitivas, é um caminho para efetivar a função preventiva²⁵.

Importa-nos, neste momento, fazermos duas notas a fim de se refutar tal pensamento.

²³ Neste sentido, ALMEIDA COSTA, que ao admitir um papel preventivo a responsabilidade civil, alerta-nos sempre se encontra submetido aos limites da extensão do dano, pois tal finalidade encontra-se subordinada a finalidade ressarcitória, principal da responsabilidade, in *Direito das Obrigações...* ob. cit., pág. 532.

²⁴ BARBOSA, Mafalda Miranda, *Lições de responsabilidade civil*, ob. cit., pág. 46.

²⁵ No Brasil, no mesmo pensamento que a doutrinadora portuguesa citada, Levy ensina que há diferença entre prevenção e punição, todavia, em que pese haver essa diferenciação, não impede que a punição seja utilizada como um instrumento de prevenção. Para balizar seu entendimento, escora-se no art. 1621 do Código Civil de Quebec apresenta a restrição dos punitive damages para o quantum necessário para se efetivar a prevenção: “Where the awarding of punitive damages is provided for by law, the amount of such damages may not exceed what is sufficient to fulfill their preventive purpose” LEVY, Daniel de Andrade, *Responsabilidade civil: de um direito dos danos a um direito das condutas lesivas*, São Paulo, Atlas, 2012, pág. 125 e seg.

Primeiro, para darmos uma concretude a problemática, trazemos à baila o caso *Grimshaw vs. Ford Motor Co*²⁶, no qual ficara comprovado que a empresa agindo livre e conscientemente, com base em cálculos matemáticos, concluiu ser mais vantajoso economicamente ser condenada a pagar eventuais indenizações, ao invés de modificar o projeto de todos os veículos fabricados.

Deveras, como no caso acima relatado, é tentadora a possibilidade de utilizarmos as indenizações punitivas para punirmos o ofensor. Contudo, temos que ter em mente que não é por meio da responsabilidade civil que devemos punir as empresas que agem com puro critério económico, para que, assim, tomem as devidas medidas preventivas necessárias a não causar danos aos consumidores.

Nesta situação o direito administrativo é que tem que ser chamado para punir/reprimir tais condutas, em razão de ser sua finalidade precípua, quer isto dizer, por meio das agências reguladoras o Estado aplica multas e sanções administrativas de forma a coibir danos aos consumidores. A punição imediata é tarefa específica do direito administrativo e penal²⁷.

²⁶ *Grimshaw v. Ford Motor Co.*, 119nCal.App. 3d 757, 1981. Em apertada síntese: o caso originou-se após a Sra. Gray e Richard Grimshaw, sofrerem uma batida na parte traseira do seu veículo automotor Ford Pinto. Em razão da batida houve a ruptura do tanque de combustível, fazendo com que houvesse um vazamento de líquido na parte interior do veículo. E razão do vazamento os dois passageiros sofreram queimaduras graves por todos o corpo, sendo que a condutara do veículo (Sra. Gray) não resistiu aos graves ferimentos e faleceu dias após o acidente. No decorrer do processo restou comprovado que os engenheiros da montadora haviam realizado testes e detectado que caso ocorresse uma batida traseira no modelo Ford Pinto, o tanque de combustível poderia romper-se facilmente. Mais do que isso, foi localizado um memorando interno da companhia que continha um estudo de custos e benefícios, no qual demonstrava ser mais barato pagar eventuais condenações por morte e lesões causadas por incidência, do que alterar todo o projeto do carro.

²⁷ O Código Civil português autonomizou o direito civil do direito pena e, conseqüentemente procurou depurar a responsabilidade civil dos efeitos que são tradicionalmente reconhecidos à responsabilidade penal. Por isso, a reparação do dano diverge da pena, enquanto a reparação não tem outro objetivo senão o interesse do patrimônio, a pena visa recair sobre a própria pessoa. Nesse sentido, Manuel Dias da Silva, *Estudo sobre a Responsabilidade Civil Conexa com a Criminal*, Coimbra: Imprensa da Universidade, 1886, pág. 30.

Outro problema que poderá surgir na aplicação do *punitive damages* no em caso em tela é a violação do princípio penal do *ne bis in idem*, isto é, de uma dupla punição. Decerto que a conduta do administrador da empresa Ford constitui crime (não entraremos aqui na tipificação de qual crime teria sido cometido) e, ao aplicar o *punitive damages* estar-se-ia punindo-o duas vezes pelo mesmo fato, indo de encontro à proibição da dupla punição. Seguindo o entendimento da ilustre autora Mafalda Miranda Barbosa, não entendemos pela possibilidade de uma punição penal e condenação em danos punitivos, pelo fato do último servir o interesse da vítima. A partir do momento que deixa de haver ligação entre o quantum a ser indenizado e os danos efetivamente sofridos, deixa-se de prosseguir em

Por mais admirável que seja não podemos distorcer a finalidade da responsabilidade, sob pena de a responsabilidade civil acabar servindo de substituição dos deveres do Estado²⁸.

Ademais, temos como segunda nota a necessidade de aceitar a indenização punitiva, em razão da “*miopia*”²⁹ na avaliação dos danos não patrimoniais, atribuindo ao lesado quantias irrisórias, impedindo assim o estímulo a tomada de cautela dos agentes económicos.

Apesar do brilhantismo dessa vertente doutrinária, não concordamos, porque anteriormente defendemos que a imposição de indenizar por si só gera uma sensação de repressão do ordenamento jurídico para com aquela postura e, por conseguinte, estimula a prevenção. Portanto, não há necessidade de colocar um *plus* punitivo no *quantum* arbitrado dos danos não patrimoniais.

Outra coisa é pelo fato de os tribunais estipularem valores baixos, querer flexibilizar as finalidades da responsabilidade civil. Quanto ao tribunal seria o seu papel seria de levar em consideração prudentemente as circunstâncias do caso concreto, de maneira que a reparação seja a mais perfeita possível³⁰.

Deste modo, concluímos que, com uma justa reparação dos danos chega-se ao carácter preventivo almejado por essa parte da doutrina³¹.

primeira o interesse do lesado, in BARBOSA, Mafalda Miranda, *Lições de responsabilidade civil*, ob. cit., pág. 67.

²⁸ Acompanhando nosso raciocínio, TEPEDINO, Gustavo, *O futuro da responsabilidade civil*, Revista Trimestral de Direito Civil, n. 24, out.-dez. 2005, pág. 5, argumenta que “por mais louvável que seja a ampliação do dever de reparar, protegendo-se as vítimas de uma sociedade cada vez mais sujeita a riscos, não se pode desnaturar a finalidade e os elementos da responsabilidade civil”.

²⁹ Termo utilizado por LOURENÇO, Paula Meira, *A função punitiva...* ob. cit., pág. 386, para chamar atenção aos baixos valores que a jurisprudência portuguesa está arbitrando nos danos não patrimoniais, em relação aos demais países da Europa.

³⁰ Neste sentido, BASSAN, Maria Alcazas, *As funções da indenização por danos morais e a prevenção de danos futuros*. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo., pág. 95 e seg.

³¹ Não só a doutrina, mas principalmente a jurisprudência brasileira fundamenta o *quantum* dos danos não patrimoniais na função punitiva e pedagógica da responsabilidade, para ao mesmo tempo prevenir aquela conduta e retirar o lucro obtido pelo lesante. A praxe da nossa jurisprudência é de simplesmente fundamentar a indenização punitiva da seguinte forma: “(...) atendendo o carácter pedagógico e punitivo do dano moral (...).

Ou seja, tratam de forma unitária quantias completamente diversas em seus fins, fatos e fundamentos. Por isso, Anderson Schbeirer diz que “torna-se impossível, no cenário brasileiro, separar no valor da

Mais, essa solução esbarra em mais um problema: a finalidade preventiva da responsabilidade civil não se trata de prevenção geral, pertencente ao direito penal, e sim a uma prevenção negativa. Em suma, no campo do direito privado o caráter preventivo é restrito, sendo assim, o magistrado no arbitramento do montante de um dano moral não pode colocar montante punitivo para prevenir que outras situações (com outros agentes) como essa aconteçam novamente³².

c) Finalidade sancionatória e punitiva

No estudo da finalidade sancionatória da responsabilidade civil precisamos ser muito cuidadosos, porque, é aqui, onde se levantam vozes na admissão de danos punitivos para se fixar uma indenização superior ao dano efetivamente sofrido pelo lesado em vista retirar-se o lucro do patrimônio do lesante.

Em um sentido amplo, a indenização deve ser considerada uma sanção, posto que sanção é a reação do ordenamento jurídico perante um comportamento contrário a este³³. Agora resta-nos estabelecermos se a responsabilidade civil atende a um caráter sancionatório amplo ou estrito.

condenação a parcela concedida a título de compensação do dano e aquela que se pretende atribuir à vítima a título de punição do ofensor. Há, nisto, violação flagrante ao direito de ampla defesa do causador do dano e limitação ao contraditório em sede de recurso, já que se inviabiliza a discussão acerca da legalidade e conveniência da punição, cuja extensão nem chega a ficar clara". SCHBEIRER, Anderson, *Arbitramento do dano moral no Novo Código Civil*, Revista Trimestral de Direito Civil, Rio de Janeiro, v. 12, 2002, pág. 20. Da maneira como o problema é tratado pelos tribunais brasileiros, entendemos que os magistrados se utilizam de o dano não patrimonial de maneira transversa. Transversa, pois, tentam utilizar uma variação do dano moral para aplicar transversalmente a figura do dano punitivo. Mais ainda, há ainda uma enorme contradição, a saber: com uma condenação unitária (compensação e punição), sequer conseguirá chegar ao fim perquirido, qual seja, a prevenção, pois o lesante não vai saber por qual parcela ele está sendo condenado a compensar o lesado e por qual parcela ele está sendo punido por aquela conduta. A própria prevenção da punição começa só com o próprio entendimento de sua existência.

³² A responsabilidade civil não se presta a evitar que haja muitos acidentes de trânsito ou que direitos dos consumidores não sejam violados, como por exemplo. O primeiro exemplo foi tratado nas sessões de mestrado 2º ciclo na Universidade de Coimbra (FDUC), ministrada pela Professora Doutora Ana Mafalda Castanheira Neves.

³³ Definição de Mafalda Miranda Barbosa, in BARBOSA, Mafalda Miranda, *Reflexões em torno da responsabilidade civil: teleologia e teleonomologia em debate*, Coimbra, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, vol. LXXXI, 2005., pág. 551.

MIRANDA BARBOSA aponta a finalidade sancionatória num sentido ético-axiológico da responsabilidade civil, centrada no sujeito de direitos e, por isso, dotado de deveres e de responsabilidades asseguradoras de sua dignidade ética e sendo exatamente isso que fundamentará o dever de indenizar. Ou seja, sendo o ser humano autônomo, livre e responsável, significa não só que há delimitações de espaços em sua liberdade, que uma vez ultrapassados originarão uma pretensão indenizatória, mas, principalmente, está associado respeitabilidade de seus deveres éticos (situação indissociável entre liberdade *versus* responsabilidade)³⁴.

A compreensão extraída dos ensinamentos da insígnia autora é de que a ideia de sanção não está pelo desrespeito à esfera jurídica alheia, e sim sanção pela assunção de determinados deveres de solidariedade. Está em causa a defesa da liberdade individual através do chamamento da pessoa a ser responsabilizada (sanção em sentido geral), se assim não fosse, significaria ser um ser sem liberdade.

Revela-se, portanto, o caráter sancionatório da responsabilidade civil em sentido geral, contrária a ideia de punição em sentido estrito – característica do direito penal – com apelo na retribuição do mal perpetrado³⁵.

Analizada a perspectiva sancionatória geral que a responsabilidade civil cumpre, necessário avançarmos a problemática da compensação por danos não patrimoniais.

A indenização por dano moral, ostenta a função de compensar a vítima pelos danos sofridos. Não condiz com o tipo de lesão causada, atribuir à indenização a função reparatória, uma vez que pela característica do dano insuscetível sua avaliação em pecúnia, assim, se diz em compensação à vítima, para mitigar de alguma forma o dano experimentado.

³⁴ BARBOSA, Mafalda Miranda, *Lições de responsabilidade civil*, ob. cit., pág. 53.

³⁵ Assim como entendimento de Mafalda Miranda Barbosa, que aduz o seguinte: “O caráter sancionatório da responsabilidade civil é com apela ao princípio do direito enquanto direito e a uma concepção de que indelevelmente nos remete para o dialético binómio liberdade vs. responsabilidade”, in BARBOSA, Mafalda Miranda, *Lições...* ob. cit., pág. 55, nota 96.

Decerto no caso dos danos não patrimoniais não é possível tornar a vítima *indemne*, quer dizer, não é possível retirar o dano, apagar a dor e os sentimentos experimentados pelo lesado.

Deste modo, não sendo possível o dano deixar de existir, não há um puro ideal reparador, mas no cumprimento de um ideal de justiça, chama-se o lesante à reponsabilidade de forma que não fique impune (punição em sentido estrito)³⁶.

Como dito anteriormente o foco de luz da responsabilidade civil se direciona à vítima, isto é, qual relevância negativa que a conduta do lesado daquela conduta na esfera jurídica do lesado. Portanto, preocupa-se em retirar o dano experimentado pelo lesado sem se importar, *a priori*, com o grau de culpa do lesante ou qualquer outro elemento que não o dano³⁷.

No entanto, aquando da possibilidade de indenização por dano não patrimonial, o art. 496 do CC português remete-nos às circunstâncias descritas no art. 494 do mesmo diploma legal, como o grau de culpa do agente, por exemplo. Ou seja, a conduta do agente e sua situação económica, passam a importar para a responsabilidade civil para o arbitramento do dano não patrimonial, a fim de que o apaziguamento da vítima possa de fato se concretizar.

O que muda são os elementos de determinação da verba compensatória, em razão da natureza do tipo do dano não haver um limite quantitativo³⁸. Ainda assim, no carácter sancionatório estrito da compensação, há o ideal reparador da

³⁶ BARBOSA, Mafalda Miranda, *Lições...* ob. cit., pág. 60, ainda assim associada a ideia de sanção no sentido ético da responsabilidade civil. Ideal de justiça que alerta Pinto Monteiro, quando defendendo a compensação dos danos morais, aduz: “mais imoral seria negar essa compensação ao lesado e deixá-lo sem nada”, in Pinto Monteiro, *Reparação do dano não patrimonial*, pág. 20.

³⁷ Neste sentido Menezes Leitão, in ob. cit., pág. 722., dia que “o dano é um conceito fático-normativo, logo, corresponde à frustração de uma utilidade, que era objeto de uma tutela jurídica. Assim, um método de cálculo de dano que se determine a partir da esfera do lesante consubstanciaria a mera dispensa desse requisito. No fundo a função punitiva da responsabilidade civil equivaleria à responsabilidade civil sem dano, não tanto porque se presumia o dano (como acontece na França e Itália), mas antes porque se começaria a dar atenção à esfera jurídica do lesante, e ao lucro por este obtido com a sua conduta ilícita”.

³⁸ BARBOSA, Mafalda Miranda, *Lições de responsabilidade civil*, ob. cit., pág. 61.

responsabilidade civil, na medida em que na função da soma compensatória o juiz tem que olhar também à situação económica do lesado³⁹.

Por fim, importa-nos destacar que admitir uma função punitiva da responsabilidade civil, em seu sentido ético como visto, significa levar-se em conta o grau de culpa do agente ou sua situação económica diante de arbitramento de indenização por dano não patrimonial, porém, não significa que a indenização possa ser superior ao dano e, fulcralmente, independentemente deste.

3. Possibilidade de indenização por *punitive damages*? A correta interpretação do art. 944 do código civil brasileiro e art. 494 do código civil português

Será, pois, após reconhecer que, em alguns momentos a responsabilidade civil desempenhe uma finalidade punitiva, é reconhecer a admissão do ordenamento jurídico brasileiro e português dos *punitive damages*^{40 41}?

Desde já, cabe-nos responder negativamente a esta interrogativa. Este questionamento surge porque alguns autores ao analisarem o sistema jurídico, destacam determinados artigos do Código Civil isoladamente, a fim de demonstrarem

³⁹ FARIA, J. Ribeiro de., *Direito das Obrigações*, vol. I, Coimbra, Almedina, 1990, pág. 492. No mesmo sentido BARBOSA, Mafalda Miranda, *Lições...* ob. cit., pág. 61.

⁴⁰ Esse mesmo questionamento é feito por Mafalda Miranda Barbosa, in BARBOSA, Mafalda Miranda, *Lições...* ob. cit., pág. 62. Antes de mais, destacamos que a insigne civilista rejeita a aplicação de danos punitivos no ordenamento jurídico português em razão de múltiplos problemas, nomeadamente, constitucionais. Seguiremos de perto o entendimento desta autora.

⁴¹ Não é demais lembrar que os *punitive damages* possuem diferentes escopos, sendo que para o presente estamos apenas analisando quando utilizados na condenação de agentes económicos em montantes punitivos, incluindo-se todos o lucro obtido pelo agente. Assim como, BORIS STARCK que entende ser necessário incluir na indenização o dano o lucro obtido pelo lesante, BORIS STARCK, *Éssai sur la théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*, Paris, Librairie Rodstein, 1947, pág. 416 e ss.; SUZANNE CARVAL, *La Responsabilité Civile Dans sa Fonction de Peine Privée*, Paris, Editeur: L.G.D.J, 1995, pág. 159 e ss., sustenta a necessidade de a responsabilidade civil permitir a restituição dos lucros ilícitos obtidos pelo agente, à semelhança do que acontece nos países de Direito anglo-saxónico.

uma intencionalidade punitiva do sistema jurídico da responsabilidade civil como um todo⁴².

Por conseguinte, vamos verificar os artigos que os doutrinadores chamam à colação para defender uma indenização de punição para a responsabilidade civil e aplicar a correta interpretação destes.

Tanto em Portugal quanto no Brasil, no art. 494⁴³, nº. 3, e do parágrafo único do art. 944⁴⁴ (ambos do Código Civil), respectivamente, autores chamam atenção para o fato de o legislador ter-se atentado ao grau de culpa do agente no momento de fixação do *quantum* da indenização, admitindo-se por assim que a indenização seja inferior ao dano causado.

Os códigos de ambos os países excepcionaram a regra da reparação integral dos danos, aquando da possibilidade de redução equitativa ou até exclusão da indenização nos casos de culpa leve.

Deste modo, os legisladores mandaram o juiz atentar-se a certos elementos que não tem relação com o dano causado, nomeadamente, o grau de culpa do lesante para atribuição do montante da indenização. Logo: à luz dos mesmos critérios, poderia o juiz atribuir uma indenização punitiva superior aos danos sofridos, caso o lesante agisse com culpa grave ou dolo⁴⁵, assim como se auferisse lucro com a lesão.

⁴² Não se deve retalhar o diploma legal, isto é, realizar análises isoladas de determinados artigos a fim de determinar um sentido único do sistema como um todo. Uma coisa é haver, em determinados artigos um viés punitivo, outra coisa é com bases nesses artigos, descortinar uma finalidade punitiva abrindo-se espaço para os punitive damages.

⁴³ Art. 494, do Código Civil português: “Quando a responsabilidade se fundar na mera culpa, poderá a indemnização ser fixada, equitativamente, em montante inferior ao que corresponderia aos danos causados, desde que o grau de culpabilidade do agente, a situação económica deste e do lesado e as demais circunstâncias do caso o justifiquem”.

⁴⁴ Art. 944, parágrafo único, do Código Civil brasileiro – “Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização”.

⁴⁵ Neste sentido, ANTUNES, Henrique Souza, *Da inclusão do lucro ilícito e de efeitos* ob. cit., pág. 554, “Ao julgador confere o preceito o direito de redução equitativa da indemnização na hipótese de mera culpa, estimando o grau de censura ao agente, as condições económicas do lesante e do lesado e outras circunstâncias do caso. Nesta disposição, encontra a generalidade dos autores fundamento para declarar a natureza retributiva da responsabilidade civil”.

Ou seja, em uma *leitura às avessas*⁴⁶, à exceção da reparação integral dos danos serviria para justificar majoração da indenização de modo a extrair o lucro da intervenção do patrimônio do ofensor⁴⁷.

Definimos a interpretação dada por parte da doutrina de “às avessas”, porque por meio de uma simples leitura do artigo podemos concluir que ambos os artigos são claros em permitir somente a redução da indenização no caso de negligência⁴⁸.

Em razão de o dispositivo se limitar a autorizar a redução – e não a majoração – do montante a ser restituído, é sinal de que sua fixação se pauta pela extensão. O grau de culpa pode aparecer apenas como instrumento excepcional e subsidiário de sua mitigação jamais como sua medida⁴⁹. Por assim, não se afasta a ideia do dano como limite do ressarcimento, o artigo só limita a indenização.

No afã de punição ao ofensor, não podemos interpretar tais artigos extensivamente, se esta não foi a intenção do legislador. Como se não bastasse o simples fato de não haver uma previsão nesse sentido (de majoração da indenização)

⁴⁶ Expressão utilizada por SÁVI, Sérgio, *Responsabilidade civil e Enriquecimento sem causa: o lucro da intervenção*, São Paulo, Editora Atlas, 2012, pág. 87.

⁴⁷ GOMES, Júlio Manuel Vieira. *O conceito de enriquecimento*, ob. cit., pág. 795, critica que a equidade só funciona para um sentido, no sentido desfavorável ao lesado. Sendo assim, já que a equidade funciona em desfavor da vítima, dever-se-ia utilizar tal critério em favor da vítima, ou seja, ao invés do lucro oriundo de um ato ilícito e culposo ficar no patrimônio do lesante, transferia-se ao lesado através de indenização punitiva; compartilhando o mesmo entendimento, no Brasil, ANDRADE, André Gustavo Correia de., *Dano moral e indenização punitiva: os punitive damages na experiência do common law e na perspectiva do direito brasileiro*, Rio de Janeiro, Editora Forense, 2006, pág. 261 e seg.

⁴⁸ Neste sentido BRANDÃO PROENÇA, in *A conduta do Lesado como Pressuposto e Critério de Imputação do Dano Extracontratual*, Coimbra, Almedina, 1997, pág. 131, diz que “a consideração de critérios alheios à culpa e a limitação da competência do juiz à redução do dever de indenizar excluem a identificação de um propósito sancionatório na norma: diz que o preceito obedece uma lógica de justa repartição do dano, semelhante à que inspira o regime da culpa dos lesados”; OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto Oliveira, *Cláusulas Acessórias ao Contrato – Cláusulas de Exclusão e de Limitação do Dever de Indemnizar e Cláusulas Penais*, Coimbra, 2008, pág. 126, aduz que: “Interpretar as disposições legais em vigor de forma a conceder ao juiz a faculdade de agravar a pena compulsória, ampliando a desproporção entre a pena e o prejuízo, é algo de inadequado, de inconveniente e de desnecessário, por implicar uma proteção excessiva do interesse do credor”. Igualmente Alberto de Sá e Mello, diz que não é o grau de culpa que limita a medida da indenização, é a ausência de culpa grave o que verificados certos outros condicionalismos, permite atenuá-la, in *Critérios de apreciação da culpa na responsabilidade civil. Breve anotação ao regime do Código*, Revista da Ordem dos Advogados, ano 49, II, 1989, pág. 541.

⁴⁹ KONDER, Carlos Nelson, *A redução equitativa da indenização em virtude do grau de culpa: apontamentos acerca do parágrafo único do art. 944 do Código Civil*, Revista Trimestral de Direito Civil, vol. 29, Rio de Janeiro: Padma, já./mar. 2007, pág. 20.

já ser o suficiente para demonstrar que não foi a intenção do legislador fazer da responsabilidade civil um meio de punição, o legislador brasileiro já recusou a aplicação dos *punitive damages* em vários momentos, como por exemplo: a não aprovação do Projeto lei n. 6.960/2002, que tipificava a indenização punitiva, bem como artigo análogo no Código de Defesa do Consumidor⁵⁰.

No mais, ressalta-se, ainda, ser equivocado associar a restituição do lucro obtido pelo lesante à ideia de punição. O equívoco se deve pelo fato de normalmente a restituição do lucro do agente ser debatida sob o rótulo genérico das “indenizações não compensatórias”, nas quais também se enquadram os *punitive damages*.

As indenizações não compensatórias não são sequer uma punição, são estruturalmente e conceitualmente independente da punição. Por isso, há um equívoco na afirmação de que sempre que houver espaço para indenização punitiva haverá espaço para a indenização restitutória⁵¹.

Conquanto a interpretação por nós dada aos artigos 494 do CC português e parágrafo único do art. 944 do CC brasileiro, os *punitive damages* encontram diversos óbices, notadamente, de ordem constitucional, que impedem sua admissão, os quais passamos a analisar.

Partamos da premissa que os danos punitivos são uma sanção de tipo penal. Nesta senda não poderia o dano punitivo fugir ao princípio da legalidade e tipicidade (*nullum crimen sine lege*), isso porque, as normas e sanções penais possuem plena

⁵⁰ Quando da elaboração do Código de Defesa do Consumidor (L. 8.078/1990), havia dispositivo que criava multa civil, cuja única função era penalizar o ofensor; a norma, contudo, foi excluída por veto presidencial. Posteriormente, por ocasião da edição do Código Civil de 2002, tentou-se atribuir ao dano moral função punitiva por meio do Projeto de Lei n° 6.960/2002, que previa a inclusão de um § 2° ao art. 944 do Código Civil, assim redigido: “A reparação do dano moral deve constituir-se em compensação ao lesado e adequado desestímulo ao lesante”. O relatório que rejeitou a proposta de incluir indenização punitiva no art. 944 do Código Civil brasileiro, juntamente com suas razões, encontra-se disponível em:

<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/196514.pdf>.

⁵¹ Conforme ensinamentos de GIGLIO, Francesco, *The foundations of restitution for wrongs*, Oxford, Hard Publishing, 2007., pág. 3 e segs.; disponível em:

https://books.google.pt/books?id=IOLbBAAQBAJ&pg=PR1&lpg=PR1&dq=GIGLIO,+Francesco,+The+foundations+of+restitution+for+wrongs,&source=bl&ots=bk4YhNpiKZ&sig=Xso7m87KYopL5kiqyFVrYtDuo&hl=ptPT&sa=X&ved=oahUKEwiE5KDNmgzUAhUJPxQKHV_ICJcQ6AEIUjAH#v=onepage&q&f=false (consultado em 14/04/2017).

disposição e regulação no Código Penal, de forma que o poder punitivo do Estado possui freios em seu funcionamento⁵². Desse modo as indenizações punitivas não possuíram qualquer freio em sua aplicação, podendo esse livre arbítrio judicial aumentar substancialmente as indenizações e, conseqüentemente, ocasionar uma litigiosidade desenfreada⁵³.

Mais ainda, a reforçar nosso entendimento acima, destacamos os artigos 1.320 e 1.552 do CC português, os quais também são citados pela doutrina defensora dos *punitive damages*, por possuírem um cunho de pena que nos aproxima do direito penal.

Os artigos são chamados à colação a fim de demonstrarem a necessidade de tipificação, pela qual foge os danos punitivos, visto que aquando o Código Civil traz punições em sentido estrito, tipifica-as. Até mesmo para atender àquela ideia de freio ao arbítrio do juiz, pois o artigo dispõe de regras que limitam o arbitramento das indenizações, como por exemplo: “(...) pagar-lhe em triplo o valor deles (...)”⁵⁴.

Falha também outro argumento (baseado nesses artigos) segundo o qual esses artigos são de cunho penal, isto é, com ideia de manifestação punitiva da responsabilidade civil. Conforme ensinamentos de MAFALDA MIRANDA BARBOSA, a intencionalidade primeira não é uma ideia de punição e sim de uma ideia de prevenção. Assim como ocorre no direito penal, antes do agente praticar um injusto, sabe exatamente e em qual medida será punido.

⁵² BASSAN, Maria Alcazas, *As funções da...*ob. cit., pág. 73.

⁵³ FRADA, Carneiro de., *Direito Civil – Responsabilidade Civil. O método do Caso*, Cimbra, Almedina, 2011, pág. 67, alerta-nos para esse problema. O ilustre autor refere-se aos danos punitivos como sendo estranhos ao ordenamento jurídico português, assim como afirma, que, uma vez reconhecendo essa finalidade punitiva da responsabilidade civil, poder-se-ia abrir uma caixa de Pandora. Além do fato de que a indenização punitiva se compara ao lesado “ganhar na loteria”, convalidando-se em enriquecimento sem causa à vítima. Enriquecimento sem causa, porque a indenização punitiva nada teria a ver com o dano sofrido pelo lesado, ou seja, além de a vítima ser restituída integralmente ainda ganharia um montante, redundantemente, “ganharia de graça” uma quantia a troco de nada. A expressão ganhar na loteria foi utilizada por James B. Sales e Kenneth B. Cole, Jr., *Punitive Damages: A Relic That Has Outlived Its Origins*, 37 Vand. L. REV. 1117, 1119-20 & nn.6-8 (1984), pág. 1.116.

⁵⁴ Trecho retirado do art. 1320, n. 2, CC português: “Provando-se, porém, que os animais foram atraídos por fraude ou artifício do dono da guarida onde se hajam acolhido, é este obrigado a entregá-los ao antigo dono, ou a pagar-lhe em triplo o valor deles, se lhe não for possível restituí-los”.

Portanto, o dano punitivo sequer atende à finalidade de prevenção, eis que a capacidade dissuasora da norma depende de o lesante estar previamente alertado para a ideia de punição⁵⁵.

Por fim, torna-se ineficaz a atribuição dos *punitive damages* no caso das pessoas coletivas (trazendo para o caso do presente trabalho) em dois sentidos, quais sejam: tanto na prevenção quanto na ideia de punição, porque a pena não será aplicada aos responsáveis pela conduta ilícita e culposa, pelo contrário, pune os acionistas das empresas e os próprios consumidores que sofrem com a condenação no preço final dos produtos⁵⁶.

Decerto, pelo exposto, resta demonstrado a incompatibilidade e impertinência da importação de danos punitivos com os ordenamentos jurídicos brasileiro e português.

4. Apresentação do problema: enquadramento dogmático do lucro obtido pelo lesante

O ponto fulcral do presente estudo passa pelo enquadramento dogmático correto do instituto que se mostre apropriado a retirar o lucro do patrimônio do lesante, resultante da prática de um ato ilícito e culposos.

PEREIRA COELHO⁵⁷, circunscreve com precisão a problemática ora trazida e denomina como sendo *lucro da intervenção* o lucro obtido por aquele que, sem autorização, interfere nos direitos ou bens jurídicos de outra pessoa e que decorre justamente desta intervenção.

Pois bem. No capítulo 2.1 do presente artigo defendemos que a finalidade precípua da responsabilidade civil é a restituição integral dos danos sofridos e, uma vez sendo assim, no caso de o lucro da intervenção ser igual ou menor que os danos

⁵⁵ BARBOSA, Mafalda Miranda, *Lições...* ob. cit., pág. 79.

⁵⁶ Mitchell Polinsky e Steven Shavell, *Punitive Damages: Na Economic Anlysis*, HLR, vol. III, n. 24, 1998, pág. 870.

⁵⁷ PEREIRA COELHO, Francisco Manuel, *O enriquecimento e o dano*, Coimbra, Editora Almedina, 1999, pág. 12.

causados à vítima, atendido os demais pressupostos da responsabilidade civil, tal lucro será retirado do patrimônio do lesante com o simples pagamento da indenização⁵⁸. Contudo, o problema surge quando o lucro obtido com a lesão é superior aos danos causados⁵⁹.

Para elucidar a questão, voltemo-nos ao exemplo trazido na introdução e suponhamos que, em virtude da violação ao direito de imagem da atriz a editora tenha aumentado suas vendas em R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais).

O tribunal⁶⁰ condenou a editora a pagar à atriz reparação por dano moral, fixado em 40.000,00 (quarenta mil reais), pela violação à sua privacidade e sua intimidade, bem como condenou ao pagamento de indenização por dano material no valor de R\$ 100.000,00 (cem mil reais), corresponde ao valor de mercado cobrado pela atriz ao estampar uma capa de revista.

Percebe-se com o exemplo prático que, mesmo com a condenação em danos materiais e morais, o lesante ainda lucrou com a sua atuação ilegítima. Em razão disso pergunta-se: será que o ordenamento jurídico apresenta uma lacuna, ou seja, deixa o lucro da intervenção no *limbo* ou *terra de ninguém*⁶¹?

⁵⁸ Neste sentido, PEREIRA COELHO, Francisco Manuel, *O enriquecimento*, ob. cit., pág. 8. Nesse caso o lucro da intervenção será retirado indiretamente pela responsabilidade civil. Dizemos indiretamente porque o lucro do lesante não é levado em conta na quantificação do dano a ser ressarcido, mas o lucro acaba por ser totalmente subtraído pelas com a indenização do dano sofrido.

⁵⁹ Não só quando o dano gerado é inferior ao lucro ilegítimo é que surge o problema, mas, também, quando a intervenção não causa danos. Em razão do tempo e da limitação do tema não vamos tratar dessa questão diretamente, no entanto, a resposta que será trazida para a questão do artigo atenderá indiretamente também a essa resposta.

⁶⁰ O Tribunal do Estado do Rio de Janeiro na Apelação Civil de n. º 0104967-50.2007.8.19.0001 (15/01/2014), decidiu por: “(...) condenar a ré a pagar à autora reparação por dano moral, fixada a verba em R\$ 40.000,00 (quarenta mil reais), corrigidos desta data e com juros a contar da data do evento. Condeno-a também ao pagamento de indenização por dano material, correspondente à remuneração que teria de pagar a um artista com a mesma projeção que a autora tinha à época para posar para suas páginas nas circunstâncias em que se deu a publicação, cujo montante será apurado em liquidação por arbitramento(...)”.

⁶¹ Vieira Gomes, utiliza-se dessas expressões para alertar-nos a esse problema. O autor aduz que o lucro da intervenção fica no meio de dois institutos, quais sejam, da responsabilidade civil e do enriquecimento sem causa, ob. cit., pág. 792.

De fato, do modo como a maior parte da jurisprudência trata o problema, sem sequer enfrentar o problema do lucro da intervenção⁶², em uma análise apressada, somos obrigados a concordar com a afirmação de VIEIRA GOMES de que a responsabilidade civil caba por servir como mecanismo de expropriação privada de bens, uma vez que, num puro raciocínio econômico, o lesante chaga a conclusão que apenas terá que pagar a título de indenização o valor do mercado do referido bem⁶³ ou de que a compensação por danos não patrimoniais ficará aquém ao lucro da lesão intentada.

À vista disso, há uma crescente vertente doutrinária defendendo a superação do dogma da função meramente reparatória - sob o “*slogan*” de evitar uma injustiça - descortinando-se a função punitiva da responsabilidade civil, com o intuito de retirar esse lucro da esfera jurídica do lesante, a título de punição pela sua culpa grave, assegurando-se uma melhor proteção do bem jurídico lesado⁶⁴.

Entretanto, parece-nos não necessário forçar um alargamento dos mecanismos da responsabilidade civil em nome de justiça se, através do enriquecimento sem causa, conseguimos chegar ao resultado perquirido, evitando assim enriquecimento injusto⁶⁵.

Em sendo assim, na esteira do defendido por PEREIRA COELHO, o enriquecimento do lesado não removido através da responsabilidade civil, será

⁶² Ou quando a jurisprudência brasileira se preocupa com o lucro obtido pelo agente, utiliza-se de meios inadequados para retirar esse ganho ilegítimo. Como podemos ver nos seguintes acórdãos: O Superior Tribunal de Justiça, na 4ª Turma, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, no REsp 521.697/RJ, j. 16.2.2006, fixou a indenização aos jogadores, a título de danos morais, com base em percentual do lucro obtido pela infratora; em outro caso parecido o STJ utilizou o lucro do ofensor como critério para fixação de dano moral, no REsp 100764/RJ, j. 16.3.1998. Quando não utiliza o dano moral para fixar o lucro no dano moral, utiliza-se do dano material – como visto no exemplo acima – correspondente ao que a pessoa pública cobraria para publicar aquela foto, por exemplo, acabando por legitimar a expropriação de bens ao preço de mercado, além de não retirar do patrimônio do agente, de forma cabal, os ganhos por ele granjeados.

⁶³ A expressão é utilizada por Júlio Vieira Gomes, in GOMES, Júlio Manuel Vieira. *O conceito de enriquecimento*, ob. cit., pág. 755.

⁶⁴ Entende-se que para se evitar uma injustiça, não punir o agente do ilícito, pelo fato de estarmos no campo do direito privado e tal ramo não comportar tais punições por diversos impedimentos, comete-se uma injustiça ainda maior, de entregar ao lesado todo o lucro obtido por meio de uma atuação ilegítima e culposa. LOURENÇO, Paula Meira, *A Função Punitiva...ob. cit.*, pág. 411.

⁶⁵ BARBOSA, Mafalda Miranda, *Reflexões em torno da responsabilidade civil... ob. cit.*, pág. 588.

resgatado por meio do instituto do enriquecimento sem causa⁶⁶, na modalidade *enriquecimento por intervenção*, a qual – muito acertadamente – fora encampada pela primeira pelo STJ/BR julgamento do REsp. 1.698.701/RJ⁶⁷.

Desta forma, no próximo capítulo, analisaremos os requisitos do instituto do enriquecimento sem causa sem as amarras que a doutrina e jurisprudência colocam em sua aplicação, de maneira que consigamos dar a resposta adequada ao que propomos⁶⁸.

⁶⁶ CAMPOS, Diogo Leite de., *A subsidiariedade da obrigação de restituir o enriquecimento*, Coimbra, Editora Almedina, 2003, pág. 322, nota 1. Acompanhado nosso entendimento também BARBOSA, Mafalda Miranda, *Lições...* ob. cit., pág. 70 e seg.; BARBOSA, Mafalda Miranda, *Reflexões...* ob. cit., pág. 588 e seg.; VASCONCELOS, Pedro Pais de., *Direito de...* ob. cit., pág. 150 e seg.; SÁVI, Sérgio, *Responsabilidade civil e Enriquecimento sem causa: o lucro da intervenção*, São Paula, Editora Atlas, 2012, pág. 91 e seg.

⁶⁷ Recurso Especial n.º 1.698.701/RJ (BRASIL. Relator: Min. Ricardo Villas Bôas Cueva. 02 de outubro de 2018). Antes de mais, cabe-nos denotar que aquando afirmamos “encampado pela primeira”, queremos assinalar que fora a primeira vez que o Superior Tribunal de Justiça utilizou a teoria do lucro da intervenção diretamente para dirimir uma demanda. Sem embargo, em um importantíssimo passo para a jurisprudência brasileira, isso porque, como já visto anteriormente, há uma enorme imprecisão nos julgados aquando o assunto é saber qual instrumento adequado a retirar o lucro ilícito do lesante, o STJ/BR – no nosso entender – acertou em respeitar as finalidades da responsabilidade civil, leia-se, que são limitadas, e por assim aplicar o instrumento que o ordenamento jurídico dispôs exatamente para esta finalidade: o enriquecimento sem causa – na modalidade enriquecimento por intervenção – como meio jurídico apto a retirar o lucro ilícito do interventor. Desta forma, em breve síntese, o STJ a julgar um caso de violação à imagem de uma atriz famosa (uso indevido para fins comerciais), entendeu aquilo que nós defendemos ao longo do estudo, isto é: “o dever de restituição do denominado lucro da intervenção encontra fundamento no instituto do enriquecimento sem causa, atualmente positivado no art. 884 do Código Civil”. Principalmente porque “dever de restituição daquilo que é auferido mediante indevida interferência nos direitos ou bens jurídicos de outra pessoa tem a função de preservar a livre disposição de direitos, nos quais estão inseridos os direitos da personalidade, e de inibir a prática de atos contrários ao ordenamento jurídico”; disponível em: www.stj.jus.br (consultado em 25/11/2018).

⁶⁸ A limitada aplicação do enriquecimento sem causa deve-se muito ao que o autor italiano ALBANESE, ANTONIO, denomina de “*mentalidade aquiliana*”. O ilustre doutrinador diz que doutrina e jurisprudência acostumados a resolver todos os problemas através da responsabilidade civil, acabam por transferir requisitos próprios da responsabilidade civil ao enriquecimento sem causa, que acaba por esvaziar a importância do instituto, in *Ingiustizia del profito e arricchimento senza causa, Le monografie di Contratto e impresa*, Serie diretta da Francesco Galgano, vol.87, Padova: Cedam, 2005, pág. 359.

5. Algumas considerações acerca do enriquecimento sem causa⁶⁹

Chegada à conclusão de que a responsabilidade civil não se presta para retirar o lucro ilegítimo obtido do patrimônio do lesante, é o instituto do enriquecimento sem causa, sem dúvida, que se mostra adequado a desempenhar tal função, ou melhor, trata-se de uma verdadeira lacuna a ser preenchida pelo enriquecimento sem causa⁷⁰.

Um dos argumentos da doutrina para negar o uso do instrumento do enriquecimento sem causa, perpassa pela diferença entre suas finalidades. Quer isto dizer, os danos punitivos têm por finalidade punir o agente e prevenir com que ele

⁶⁹ Em razão da limitação do número de páginas, bem como em razão deste artigo estar direcionado na delimitação correta das finalidades da Responsabilidade Civil (nos ordenamentos jurídicos português e brasileiro), vamos apenas apresentarmos alguns apontamentos do enriquecimento sem causa para demonstrarmos sua pertinência na solução do problema debatido ao longo do presente estudo.

⁷⁰ Expressão utilizada por Leite de Campos, CAMPOS, Diogo Leite de., *A subsidiariedade...* ob. cit., pág. 253, para demonstrar que o enriquecimento sem causa é o meio adequado a resolver o problema do lucro da intervenção. Esta expressão é excelente para até responder aos questionamentos feitos pelo ilustre jurista Júlio Vieira Gomes, quando diz que o lucro da intervenção é uma lacuna no direito. Assim, podemos afirmar que não se trata mais de uma lacuna do direito, pois tal lacuna, deverá ser preenchida pelo instituto do enriquecimento sem causa. Tal solução não foi só levantada por parte da doutrina, do contrário ao cenário brasileiro, que apenas recentemente – em 2018 – encampou pela primeira vez (diretamente) à tese do lucro da intervenção (anteriormente analisado), os tribunais portugueses já vem decidido nesse sentido, como podemos ver no seguinte acórdão do Supremo Tribunal de justiça: (...) “Ao contrário do instituo da responsabilidade civil – onde o que está em causa é a perda ou diminuição verificada no patrimônio do lesado -, o enriquecimento sem causa visa remover o enriquecimento – o que está em causa é o enriquecimento injustificado do interventor. O que está em causa aqui é saber se os RR. enriqueceram à custa dos AA. e, em caso afirmativo, qual o seu montante, e não o eventual empobrecimento destes (...). Processo n.º 05ª3395, Rel. Urbano Dias, julgado em 31/01/06, disponível em www.dgsi.pt (consultado em 14/04/2017). No mesmo sentido Processo n.º 04B4601, Rel. Oliveira Barros, julgado em 24/02/05. Como já mencionado, por diversas vezes, os tribunais brasileiros sequer tratam dessa questão diretamente. No entanto, na pesquisa em que realizamos encontramos um único julgado recente, que tratou da questão do lucro da intervenção com ineditismo. Vejamos: (...) apelação cível. Responsabilidade civil. Uso indevido de imagem em propaganda de produto comercializado pela ré. Danos materiais comprovados. Lucros cessantes e enriquecimento sem causa (lucro da intervenção) pela violação ao direito da imagem da parte autora. Reforma da sentença para majorar a condenação a título de danos patrimoniais e extrapatrimoniais, considerando as particularidades do caso concreto, especialmente as condições da vítima e do ofensor (...) Houve, pois, um enriquecimento sem causa, por parte da empresa ré, considerando que este se deu à custa de outrem (autora) e, portanto, deve restituir a parte ofendida (...) Apelação cível n.º: 0008927-17.2014.8.19.0209, Rel. Fernando Fernando, Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, julgado em 26/10/2016, disponível em: <http://www1.tjrj.jus.br> (consultado em 04/03/2017).

pratique novamente essa conduta, enquanto o enriquecimento sem causa visa apenas retirar esse enriquecimento injustificado⁷¹.

Ora, se os agentes económicos (no estudo os meios de comunicação) agem por pura racionalidade económica, isto é, visando obter lucros com a violação de direitos de outrem, perguntamos: há punição maior do que o agente económico não permanecer com o lucro obtido? Definitivamente não, pois, se agem motivados a ter lucro e ao fim não conseguem manter esse proveito, está-se “punindo” tanto quanto se conseguiria através *punitive damages*⁷².

Assim, cai por terra um dos argumentos utilizados por parte da doutrina, pela não aplicação do instituto do enriquecimento sem causa por falta de punição, em razão da diferença entre as finalidades da responsabilidade civil e enriquecimento sem causa.

No entanto, não significa dizer que não há diferença nas finalidades dos institutos, pois há. Apenas estamos a afirmar que podemos chegar a mesma consequência jurídica (retirar o lucro injusto) desejada com os danos punitivos⁷³.

De fato, os institutos possuem finalidades diferentes, enquanto a responsabilidade civil visa a reparação integral do dano, sem se preocupar com o enriquecimento, o enriquecimento sem causa tem por finalidade precípua a remoção do enriquecimento, só removendo o dano de forma indireta e eventual⁷⁴.

⁷¹ Esse é o entendimento de Paula Meira Lourenço, escorando-se nos ensinamentos de Menezes de LEITÃO, afirma que os danos punitivos não se substituem à restituição por enriquecimento, atenta às suas diferentes finalidades, pois enquanto aqueles têm por escopo prevenir a adoção desse tipo de conduta pelo agente, e puni-lo, o instituto do enriquecimento sem causa visa a repressão do enriquecimento injustificado, mas sem o objetivo que é prosseguido pelos danos punitivos, in LOURENÇO, Paula Meira, *Os danos punitivos*, Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, vol. XLIII, nº 2, pág. 1102.

⁷² No nosso sentir acaba também, além de ter um efeito punitivo (não punição em sentido estrito, apenas utilizamos o termo para nos aproximar dos fundamentos que a doutrina contrária defende), um efeito preventivo almejado pelos *punitive damages*. Preventivo, porque, o agente económico sabendo que há uma ferramenta jurídica apta a retirar todo o lucro ilegítimo conseguido com a lesão, vai decidir por não cometer qualquer ilícito.

⁷³ Neste sentido, Pereira Coelho, in SUA OBRA, pág. 20, também afirma pelas diferentes finalidades prosseguidas pelos institutos, mas há uma proximidade na consequência, qual seja, a redistribuição da riqueza.

⁷⁴ Pereira Coelho, sua obra, pág. 22. Na aplicação do instituto do enriquecimento sem causa o objetivo não é reparar o dano, mas forçar o beneficiado a restituir o indevidamente locupletado.

Dessa forma, para o surgimento do direito à restituição, fundada no enriquecimento sem causa, o titular do direito terá que demonstrar a relação entre o enriquecimento da outra parte e a sua esfera de direitos, ou seja, sem qualquer preocupação direta com o dano⁷⁵.

Os artigos 473 do CC português⁷⁶ e 884 do CC brasileiro⁷⁷ trazem os requisitos necessários para a configuração do enriquecimento sem causa.

Sendo o primeiro requisito o enriquecimento, quer isto dizer, o incremento patrimonial do sujeito obrigado a restituir. Adotamos para estudo o entendimento de DIOGO LEITE DE CAMPOS de que o parâmetro utilizado para fins de restituição é o enriquecimento patrimonial, ligado ao sujeito enriquecido (no nosso caso o lesante), e relativo à diferença entre a situação que o enriquecido se encontra e aquela que estaria se não fora a deslocação patrimonial operada⁷⁸.

Faz-se necessário, ainda, que o enriquecimento se dê à custa de outrem. Parte da doutrina brasileira entende que à custa de outrem significa sempre que deva ocorrer um efetivo deslocamento patrimonial, algo que estava no patrimônio do titular do direito deve ser transferido para o patrimônio do enriquecido.

Contudo, a preocupação do enriquecimento sem causa deve ser outra, ele não visa solucionar o problema do dano verificado no patrimônio do titular do direito, mas sim extrair do patrimônio do enriquecido o que foi indevidamente acrescido⁷⁹, como já mencionado anteriormente.

⁷⁵ SÁVI, Sérgio, *Responsabilidade civil e Enriquecimento sem causa...* ob. cit, pág. 69.

⁷⁶ Art. 473º, 1: “Aquele que, sem causa justificativa, enriquecer à custa de outrem é obrigado a restituir aquilo com que injustamente se locupletou”.

⁷⁷ Art. 884: “Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetário”.

⁷⁸ CAMPOS, Diogo Leite de., *A subsidiariedade* pág. 261. O ilustre autor revela que quem consome bens alheios não se enriquece na medida do valor objetivo do uso desses bens, e sim na utilidade que o seu uso representou, sob pena de não se remover o enriquecimento do patrimônio do beneficiado. Apenas à título de informação, a outra forma de avaliação do enriquecimento se dá pelo enriquecimento real que se vincula ao objeto do enriquecimento, e consiste na quantificação objetiva do valor de uso do bem ou direito, ou da vantagem adquirida.

⁷⁹ SÁVI, Sérgio, *Responsabilidade civil e Enriquecimento sem causa...* ob. cit, pág. 74. Viera Gomes, ob. cit., pág. 396, diz que não que haver empobrecimento, pois o que se requer é que o enriquecimento tenha sido pela usurpação de coisa alheia, de um direito reservado a outrem, independente de saber se a outra pessoa sofreu ou não um dano relevante em sede de responsabilidade civil.

À custa de outrem deve ser entendido como sendo aquilo que o enriquecido tenha beneficiado de uma prestação ou intervindo num direito alheio⁸⁰, não havendo a necessidade de um correspondente empobrecimento⁸¹. Donde, podemos concluir que, o enriquecimento por intervenção prescinde do empobrecimento do titular do direito para a sua configuração⁸², ou melhor – na senda do recente entendimento do STJ/BR, como se há visto precedentemente – *“não se faz imprescindível a existência de deslocamento patrimonial, como empobrecimento do titular do direito violado, bastando a demonstração de que houve enriquecimento do interventor”*⁸³.

Outro requisito trazido pela lei é a ausência de justa causa. Não existe uma fórmula única de modo a determinar todas as hipóteses em que o enriquecimento deverá ser considerado ilegítimo, todavia, podemos dizer que ausência de causa é reprovabilidade da conduta com relação aos princípios do ordenamento.

Mais, o enriquecimento por intervenção não será legítimo, pois é da essência do direito do direito absoluto a destinação de um bem a seu titular (teoria do conteúdo da destinação do bem).

Por conseguinte, em decorrência da intervenção ilegítima, o lucro deve ser entregue ao titular do direito na forma de restituição, de acordo com o liame de causalidade entre o enriquecimento e o objeto da intervenção⁸⁴.

Se exigir o empobrecimento algumas situações poderão ficar descobertas pelo enriquecimento sem causa como é o caso do presente trabalho, no qual o enriquecimento pode não corresponder a qualquer diminuição patrimonial de fato.

⁸⁰ CAMPOS, Diogo Leite de., *A subsidiariedade*, pág. 480.

⁸¹ A teoria adota por nós, portanto, não é a da deslocação patrimonial, mas a do conteúdo da destinação jurídica dos bens. Segundo entendimento de Antunes Varela, in ANTUNES VARELA, João de Matos, *Das Obrigações em Geral*. v. I, 10 ed., Coimbra, Almedina, 2005, pág. 492, a pessoa que, intrometendo-se nos bens jurídicos alheios, consegue uma vantagem patrimonial, obtém-na à custa do titular do respectivo direito, mesmo que este não estivesse disposto a praticar os atos donde a vantagem procede.

⁸² Neste sentido, na I Jornada de Direito Civil, realizada pelo Conselho da Justiça Federal, fora aprovado o Enunciado nº 35: “A expressão se enriquecer à custa de outrem’ do art. 886 do novo Código Civil não significa, necessariamente, que deverá haver empobrecimento”; disponível em: www.jf.gov.br (consultado em 26/11/2018).

⁸³ Recurso Especial n.º 1.698.701/RJ (BRASIL. Relator: Min. Ricardo Villas Bôas Cueva. 02 de outubro de 2018).

⁸⁴ Para maior aprofundamento da problemática acerca do quantum deverá ser restituído, SÁVI, Sérgio, *Responsabilidade civil e Enriquecimento sem causa...* ob. cit, pág. 91 e seg.

6. Conclusões

É tempo de concluir. Julgamos ter demonstrado, ao longo desta pesquisa, a imprecisão da doutrina e jurisprudência⁸⁵ – tanto a brasileira como a portuguesa –, na busca de um ideal de justiça, em alargar as funções da responsabilidade civil, a fim de retirar eventual lucro que o agente tenha obtido com a prática da conduta ilícita.

Para tanto, utilizam-se, diga-se, de maneira equivocada, os *punitive damages*, nomeadamente, nos casos de violação de direitos da personalidade por parte dos meios de comunicação social, para retirar o lucro ilícito.

No entanto, como demonstrado o próprio ordenamento jurídico disponibiliza, como uma válvula de escape, o instituto do enriquecimento sem causa para retirar o enriquecimento injusto que o lesante obtém através de uma lesão a determinado bem jurídico.

Apesar de haver tal instrumento, diga-se, o qual tem por finalidade primeira remover o enriquecimento injusto do ofensor, a doutrina e jurisprudência (de um modo geral) fecham os olhos e utilizam-se da responsabilidade civil para resolver essa “lacuna” que apresenta o direito⁸⁶.

Por essa razão uma parábola descrita por FRANCESCO DONATO⁸⁷ amolda-se com precisão ao cenário atual da responsabilidade civil: “um curso de água,

⁸⁵ Em que pese o importante passo do STJ/BR em admitir pela primeira vez à tese do lucro da intervenção por meio do instituto do enriquecimento sem causa, na modalidade enriquecimento por intervenção, necessário é que tal jurisprudência se consolide no cenário jurídico brasileiro, de maneira a orientar os demais tribunais inferiores na correta aplicação dos instrumentos jurídicos ao caso concreto, é dizer, a respeitar às finalidades da responsabilidade civil nos casos de enriquecimento do lesante, aplicando o instituto do enriquecimento sem causa a retirar o lucro do interventor. Ademais, não só papel da jurisprudência, mas também da doutrina em esmiuçar ainda mais a teoria levantada há muito Professor Catedrático da Universidade de Coimbra, Doutor Francisco Manuel Pereira Coelho, de modo a concretizar e delimitar os requisitos do instituto do enriquecimento sem causa, fulcralmente na liquidação – na quantificação – do lucro indevido que, ao nosso entender, é a questão mais delicada a ser tratada, a qual ter-nos-emos que dedicar um posterior estudo para ser analisada detidamente.

⁸⁶ BODIN DE MORAES, Maria Celina de., *A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, pág. 238, atribui à chamada da responsabilidade civil para resolver quase todo problema que surge no direito, em razão de ser um dos instrumentos jurídicos mais flexíveis, dotado de extrema simplicidade, estando apto a oferecer a primeira forma de tutela a interesses novos.

⁸⁷ BUSNELLI, Francesco Donato, *La parabola della responsabilità civile*, in *Rivista critica di diritto privato*, 1988, Vi-4, p. 643 e ss.

alimentado por uma antiga fonte, atravessa um território e condiciona sua exploração econômica que, na origem, era fundamentalmente agrária. Quando se deu a passagem da economia agrícola de subsistência para um desenvolvimento industrial cada vez mais amplo, o fluxo d'água revelou-se insuficiente e os engenheiros tiveram que trabalhar, construindo diques e realizando todos os tipos de obras, para utilizar melhor e distribuir a escassa água disponível. De repente, o curso d'água aumenta de volume, com a confluência de pequenos riachos e a descoberta de novas fontes e, então, é preciso chamar de volta os engenheiros, agora, porém, para fazer as obras de contenção que permitam evitar perigosas inundações.

As inundações referem-se ao alargamento das finalidades da responsabilidade civil para atender uma lacuna no ordenamento (enriquecimento injustificado), cuja solução já oferecida pelo sistema jurídico. Dessa forma, como os engenheiros, precisamos conter essas inundações, interpretando com rigorosidade os fins da responsabilidade civil, para que não haja seu desvirtuamento, sob pena se retirar direitos e garantias asseguradas pelo sistema da responsabilidade civil⁸⁸.

⁸⁸ Cita-se à título de exemplo punições em sentido estrito (danos punitivos) sem as devidas garantias asseguradas em processo penal, ainda, ao arrepio do princípio da tipicidade, dentre outros exemplos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, L.P. Moitinho de., *Enriquecimento sem causa: jurisprudência atualizada*, Coimbra, Editora Almedina, 2ª ed., 1998.

ANDRADE, André Gustavo Correia de., *Dano moral e indenização punitiva: os punitive damages na experiência do common law e na perspectiva do direito brasileiro*, Rio de Janeiro, Editora Forense, 2006.

ANDRADE, André Gustavo Correa de., *Dano Moral e indenização punitiva*, 2ª ed., Rio de Janeiro, Editora Lumen Juris, 2009.

ANTUNES, Henrique Souza, *Da inclusão do lucro ilícito e de efeitos punitivos entre as consequências da responsabilidade civil extracontratual: a sua legitimação pelo dano*, Coimbra, Coimbra Editora, 1ª ed., 2011.

BARBOSA, Mafalda Miranda, *Lições de responsabilidade civil*, Cascais, Princípa Editora, 1ª ed., 2017.

BARBOSA, Mafalda Miranda, *Reflexões em torno da responsabilidade civil: teleologia e teleonomologia em debate*, Coimbra, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, vol. LXXXI, 2005.

BASSAN, Maria Alcazas, *As funções da indenização por danos morais e a prevenção de danos futuros*, Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

BODIN DE MORAEE, Maria Celina de., *A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

BRANDÃO PROENÇA, in *A conduta do Lesado como Pressuposto e Critério de Imputação do Dano Extracontratual*, Coimbra, Almedina, 1997.

CAMPOS, Diogo Leite de., *A subsidiariedade da obrigação de restituir o enriquecimento*, Coimbra, Editora Almedina, 2003.

COSTA ALMEIDA, Mário Júlio de., *Direito das Obrigações*, 10ª ed., Coimbra, Editora Almedina, 2009.

CUNHA, Wladimir Alcibíades Marinho Falcão, *Danos extrapatrimoniais e função punitiva*, Tese (Doutorado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

FARIA, J. Ribeiro de., *Direito das Obrigações*, vol. I, Coimbra, Almedina, 1990.

FRADA, Carneiro de., *Direito Civil – Responsabilidade Civil. O método do Caso*, Cimbra, Almedina, 2011.

GIGLIO, Francesco, *The foundations of restitution for wrongs*, Oxford, Hard Publishing, 2007.

GOMES, Júlio Manuel Vieira. *O conceito de enriquecimento, o enriquecimento forçado e os vários paradigmas do enriquecimento sem causa*, Porto, Editor: Universidade Católica Portuguesa, 1998.

GUIMARÃES, Patrícia Carla Monteiro, *Os danos punitivos e a função punitiva da responsabilidade civil*, Direito e Justiça: Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, v. 15, n. 1, p. 159-206, 2001.

KONDER, Carlos Nelson, *A redução equitativa da indenização em virtude do grau de culpa: apontamentos acerca do parágrafo único do art. 944 do Código Civil*, Revista Trimestral de Direito Civil, vol. 29, Rio de Janeiro: Padma, jan./mar. 2007.

LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, *O enriquecimento sem causa no direito civil: estudo dogmático da configuração unitária do instituto, face à contraposição entre as diferentes categorias do enriquecimento sem causa*, Coimbra, Editora Almedina, 2005.

LOURENÇO, Paula Meira, *A Função Punitiva da Responsabilidade Civil*, Coimbra, Coimbra Editora, 2006.

LOURENÇO, Paula Meira, «Os danos punitivos», Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, vol. XLIII, nº 2, pp 1024-1025.

LORENZO, Miguel Frederico de., *El daño injusto em la Responsabilidad Civil*, Buenos Aires, Editora Abeledo-Perrot, pág. 1996.

MORAES, Maria Celina Bodin de, *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*, Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

PINTO, Paulo Mota, *Interesse Contratual Negativo e Interesse Contratual Positivo*, vol. I, Coimbra Editora, Coimbra, 2009.

SÁVI, Sérgio, *Responsabilidade civil e Enriquecimento sem causa: o lucro da intervenção*, São Paula, Editora Atlas, 2012.

SCHBEIRER, Anderson, *Arbitramento do dano moral no Novo Código Civil*, Revista Trimestral de Direito Civil, Rio de Janeiro, v. 12, out./dez. 2002.

SILVA, Manuel Gomes da., *O dever de prestar e o dever de indemnizar*, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 1944.

SUZANNE CARVAL, *La Responsabilité Civile Dans sa Fonction de Peine Privée*, Paris, Editeur: L.G.DJ, 1995

TEPEDINO, Gustavo, *O futuro da responsabilidade civil*, Revista Trimestral de Direito Civil, n. 24, out-dez, 2005.

VASCONCELOS, Pedro Pais de., *Direito de personalidade*, Coimbra, Editora Almedina, 2006.

VAZ SERRA, *Obrigações de indemnização (Colocação. Fontes. Conceitos e Espécies de Dano. Nexo Causal. Extensão do Dever de Indemnizar. Espécies de Indemnização). Direito de Abstenção e de Remoção*, in Boletim do Ministério da Justiça, n.84 (1959).