

RESPONSABILIDADE CIVIL: COMPENSAR, PUNIR E RESTITUIR

Nelson Rosenvald¹

Aos acadêmicos de direito ensinamos que o propósito de uma indenização é fazer como que se o ilícito jamais houvesse ocorrido. Essa declaração, todavia, é fonte de perplexidade, servindo apenas como cortina de fumaça para simular as difíceis questões de políticas públicas que juízes são obrigados a confrontar. O dinheiro é incapaz de desfazer perdas graves e parece mesmo uma piada cruel dizer que uma condenação pecuniária possa restituir a integridade de uma pessoa seriamente lesada. Pior ainda, se o dinheiro fosse capaz de tornar uma pessoa lesada saudável, parece então que prejudicar alguém e depois pagar é tão bom quanto não prejudicar.²

O grave problema da responsabilidade civil brasileira consiste na miopia de preservar o paradigma puramente compensatório, em detrimento de um modelo plural e aberto que possa albergar a civilizada convivência de remédios reparatórios, restitutórios e punitivos, cada qual dentro de seus pressupostos objetivos. O esquema monolítico de reparação de danos é exclusivamente focado na fictícia restituição da vítima ao estado anterior à lesão, quando na verdade, o direito pode ir além de simplesmente resgatar o passado pela “camisa de força” compensatória, transcendendo a epiderme do dano, para alcançar o ilícito em si, seja para preveni-lo, remover os ganhos indevidamente dele derivados ou, em situações excepcionais, punir comportamentos exemplarmente negativos.

¹ Pós-Doutor em Direito Civil na Universidade Roma Tre/Italia e Pós Doutor em Direito Societário pelo Universidade de Coimbra (2015). Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2007). Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2004). Visiting Academic na Faculdade de Direito da Universidade de Oxford no período de 2016 a 2017. Professor Visitante na Faculdade de Direito da Universidade Carlos III de Madrid (2017). Atualmente é Professor do Doutorado e Mestrado do IDP/DF. É Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado de Minas Gerais.

² Arthur Ripstein se vale dessa provocação para questionar a celebre definição de *Lord Blackburn* sobre o propósito de uma indenização, como o de colocar o demandante “in the same position as he would have been if he had not sustained the wrong”. *Private wrongs*. Cambridge: Harvard University Press, 2016 p. 233.

Nos últimos tempos avançamos bastante em termos de acesso ao dano individual pela via da abertura de comptas no campo dos pressupostos da responsabilidade civil. Flexibilizamos o nexu causal, convertemos a imputação objetiva em cláusula geral (art. 927, parágrafo único do CC) e ampliamos a abrangência do conceito de dano, seja pela introdução da perda de uma chance como indenização autônoma como pela aceitação generosa dos mais variados danos existenciais. Ocorre que todos esses aperfeiçoamentos se deram no interno da função compensatória de danos, negligenciando-se a necessidade de uma difusão de remédios capazes de oferecer maiores incentivos ao efetivo cumprimento das normas substanciais.

Temos de considerar que o direito privado não se resume à criação de justas regras de direito substantivo em prol da sociedade, trata-se também de ousar na inovação e experimento de tutelas que cumpram os objetivos das regras, quando aquelas que existam já não se mostrem eficazes. Portanto, nosso desiderato não é o de considerar o importante câmbio de uma perspectiva *post-facto* da responsabilidade civil (de restauração após o dano) por uma *ex ante*, focada na criação de salvaguardas de prevenção e modificação de comportamento. Em verdade, a discussão se dá no campo do incentivo à criação de remédios adicionais *post-facto*, no interno da justiça corretiva, que permitam a remoção ou a restituição de benefícios ilícitos, ideia que sequer é central nos sistemas da Europa continental e muito menos no Brasil.

O protagonismo do modelo compensatório não é uma exclusividade das jurisdições da *civil law*. Nos países que compõem a *common law*, o “princípio do dano” de John Stuart Mill sempre foi uma das mais vigorosas defesas epistemológicas da liberdade: “o único propósito pelo qual o poder será exercitado contra um membro de uma comunidade civilizada contra a sua vontade será o de evitar um dano para outros”. Ou seja, o Estado só pode interferir nessa liberdade contra a vontade do indivíduo para impedir que ele cause dano a terceiros.³

Em regra, a vítima suportará todos os danos. “Let the loss lie where it falls”. Isso é auto evidente, cuida-se do risco geral da vida, a que todos somos expostos. Prevalece a máxima *damnum absque injuria*, ou seja, nem todo dano constitui um interesse concretamente merecedor de tutela. Ignoram os civilistas que antes de indagar pela reparação integral, cumpre afirmar a relevância do princípio *casum sentit dominus*, exigindo uma razão convincente para que se afirme uma transferência de danos da vítima para o demandado, na medida em que não exista um argumento moral de uma “compensação universal”, que possa compelir alguém a compensar qualquer pessoa por qualquer prejuízo.⁴

³ MILL, John Stuart Mill. *Sobre a Liberdade*. Tradução Pedro Madeira. Lisboa: Edições 70, 2016, p. 8.

⁴ Koch, Bernard. Why tort law seems to fail sometimes? In: KOZIOL, Helmut; MAGNUS Ulrich. *Essays in honour of Jaap Spier*. Vienna: Jan Sramek Verlag, 2016, p.157.

Com efeito, deve haver um fator de atribuição que justifique a transferência do dano do demandante para o demandado. Um empreendedor pode competir livremente com seu rival, demonstrado que age conforme a lei, mesmo que a sua estratégia consista em eliminar o concorrente do mercado, causando-lhe grave prejuízo econômico. Nem há responsabilidade por seduzir o cônjuge ou companheiro de outrem, apesar dos danos psíquicos causados à pessoa enganada. Portanto, deslocar o risco para o patrimônio de outrem requer um nexo de imputação. Em todos os sistemas jurídicos esse é o ponto de partida para a alocação de danos a um culpado ou a um responsável. Caso contrário, criaríamos uma sociedade de litigantes, fundada na ilusão de que para todo infortúnio existe um remédio.⁵

Condenações em dinheiro servem como remédio fundamental diante de ilícitos e violações contratuais, sendo indisputável que a principal função de tais indenizações é a compensação dos danos, expressa pela noção da *reparação integral*. Porém, ao contrário do que comenta doutrina abalizada ao tratar do referido princípio, a reparação de prejuízos não é o único propósito da responsabilidade civil,⁶ caso contrário uma pessoa lesada estaria apta a obter a indenização do primeiro “deep pocket” que encontrasse. Algo mais do que a simples compensação será necessário para ativar a pesada, custosa e lenta máquina da responsabilidade civil.

Assim, nem a compensação ou o desestímulo, isoladamente, representarão o desiderato da responsabilidade civil, porém um dinâmico balanceamento entre ambos. A prevenção não se resume a um mero *byproduct* de uma sentença indenizatória. O papel da dissuasão ao ilícito foi significativamente aperfeiçoado no final do século XX, quando doutrina e tribunais começaram a levar a sério o impacto instrumental da responsabilidade civil e, conseqüentemente, valorizarem soluções alternativas para as hipóteses em que a compensação seja insuficiente para promover o seu papel.⁷ Daí a crescente importância das finalidades preventiva e punitiva de ilícitos, como formas de suprir a ficção de que uma compensação possa restaurar a vítima ao estado anterior ao evento danoso.

⁵ Ken Oliphant exprime esse receio de uma “cultura compensatória”, explicando que “O receio é que ao invés de aprender a lidar com as inevitáveis irritações e infortúnios da vida, as pessoas olharão para os outros para compensá-los por suas desgraças, e esses se tornarão excessivamente defensivos e protetivos” In: KOZIOL, Helmut (coord.). *Basic Questions of tort law from a comparative perspective*. Viena: Jan Sramek Verlag, 2015, p. 360.

⁶ Conforme a doutrina de Sergio Cavalieri Filho,“(…) a extensão do princípio da reparação integral foi magistralmente sintetizada pela doutrina francesa, como abrangendo tout le dommage, mais rien que le dommage— ‘todo o dano, mas não mais que o dano’, complementando com a afirmação de que ‘a soma devida a título de danos deve corresponder rigorosamente à perda causada pelo fato danoso.’”. *Programa de responsabilidade civil*, São Paulo: Atlas, 2018, p. 27-28.

⁷ GREEN, Michael. *Basic Questions of tort law from the perspective of the USA*. Wien: Jan Sramek Verlag, 2015, p. 444.

Contudo, muito há de ser feito no plano remedial. No discurso acadêmico frequentemente se diz que “o ilícito não pode se pagar” – ou o seu equivalente nas jurisdições da *common law*, “tort must not pay”. Todavia, ao contrário do que acontece em países como Inglaterra e Estados Unidos, a realidade jurídica da esmagadora maioria dos países que compõem a *civil law* não condiz com o referido ditado. Ilícitos lucrativos são corriqueiros no direito da concorrência, direito societário, direito da propriedade imaterial, direitos da personalidade (sobretudo pela imprensa), ou mesmo pela violação de deveres fiduciários ou de confiança. Em comum a esses setores, são ilícitos que geram resultados extremamente vantajosos para os infratores. Por conseguinte, na prática, comportamentos antijurídicos costumam ser muito bem remunerados.

Some-se a isso o fenômeno do “parasitismo econômico”, comportamentos que tendem essencialmente a não causar dano, mas, pelo contrário, permitem a obtenção de vantagens ou a realização de uma economia para seu autor. Essa disfuncional forma de proceder autoriza um operador econômico a “surfear na onda” de outrem, aproveitando-se de seus esforços ou know-how, permitindo-lhe se inspirar ou copiar – com fins lucrativos e de forma injustificada – o valor econômico alheio individualizado, proporcionando-lhe uma vantagem competitiva por meio de know-how, trabalho intelectual e investimentos. Há também parasitismo em indevidamente e ilegitimamente lucrar com a notoriedade dos outros, a fim de obter vantagens mercadológicas.⁸

Face a esse cenário, por um viés dogmático e lógico, os remédios necessitam mais do que uma compreensão histórica: eles são constantemente recalibrados por uma necessidade de justificação e propósito que assegure a sua eficácia, realizando os objetivos das regras substantivas do ordenamento jurídico, o *rule of law*. A fundamental noção de “enforcement” prende-se ao questionamento sobre de que vale a existência de normas de direito material sem instrumentos adequados de concretização que sejam periodicamente mensurados quanto à sua eficácia? A resposta reside na disponibilidade de remédios que na prática assegurem o completo cumprimento dos desideratos das normas privadas.⁹

Em uma perspectiva puramente privatista, existem três razões que explicam como condutas ilícitas se pagam. A primeira, e mais óbvia, é que a chance de deter o infrator é muito pequena. Em tais situações ele “especula” que não será responsabilizado pelo seu ato

⁸ MÉSA, Rodolphe. Le droit de la concurrence déloyale et du parasitisme économique confronté à la problématique de la faute lucrative. *Revue des droits de la concurrence*. Paris: Librairie LGDJ n° 2, 2013, p. 49-55.

⁹ VAN BOOM, Willem H. *Efficient enforcement on contract and tort law*. Inaugural Lecture held at the occasion of accepting the position of Ordinarius in Private Law at the Erasmus University Rotterdam on Friday April 21, 2006. Boom Juridische uitgevers Den Haag, 2006, p. 8-10.

demeritório. Especialmente no Brasil, a inexistência da prática empresarial de promover uma análise custo-benefício sobre decisões que potencialmente violem direitos de consumidores, demonstra como sanções econômicas não são levadas a sério.¹⁰

A segunda razão é a “apatia racional”¹¹ das vítimas em casos de danos insignificantes e dispersos (*trifling damages*). Casos em que o dano sofrido por cada ofendido é de pequena monta e não o encoraja a iniciar um procedimento com dispêndio de tempo e energia e resultados modestos. Em tais casos, não demandar parece ser a atitude racional. Muitas vítimas sequer possuem noção dos prejuízos (ilustrativamente, nos casos em são tarifados por um mínimo excesso em relações de consumo). Nada obstante, o dano à sociedade como um todo ou a um específico grupo pode ser excessivo, pois um significativo número de pessoas é atingido e o lucro dos ofensores é de grande magnitude. Acessar a extensão desses danos e identificar as vítimas é uma tarefa problemática, sobremaneira diante do paradigma clássico do acesso individual à justiça. Daí a emergência das ações coletivas.

Uma terceira razão é que os infratores esperam que os seus lucros sejam maiores que as sanções legais, pois normalmente juízes os condenam unicamente pelos danos sofridos pelas vítimas, normalmente de difícil comprovação ou de valor muito inferior aos ganhos derivados do ilícito.¹²

Todavia, ao contrário do pragmatismo das jurisdições da *common law* – sempre evoluindo com base em uma perspectiva remedial –, tradicionalmente a cultura jurídica dos sistemas da *civil law* centra os seus contributos da responsabilidade civil no aprofundamento teórico de seus pressupostos. Com forte inspiração anglo-americana, porém evitando acossados transplantes jurídicos, cabe investigar se há espaço para realizar no ordenamento jurídico brasileiro dois ajustes para não tornar lucrativa a prática do ilícito: (I) A readequação do remédio restitutivo para além dos confins do instituto do enriquecimento injustificado, convertendo-se em efetiva pretensão para o resgate do lucro ilícito; e (II) Uma alteração na fisionomia sistemática

¹⁰ Em estudo sobre a ilicitude lucrativa no caldo empírico da cultura Brasileira, Pedro Rubim Borges Fortes assinala que “as empresas são mais propensas a quebrar a lei em mercados menos competitivos. As empresas de telecomunicações e instituições financeiras operam em mercados limitados e podem estabelecer barreiras para os clientes deixarem seus contratos. Cláusulas de fidelidade, custos de transação e outras restrições podem limitar a capacidade do consumidor de ter uma nova conta bancária em um banco diferente ou deixar uma companhia telefônica para seu concorrente. Por outro lado, as empresas são menos propensas a quebrar a lei em mercados mais competitivos”. O Fenômeno da Ilcitude Lucrativa, *Revista Estudos Institucionais*, v. 5, n. 1, jan./abr. 2019, p. 104-132.

¹¹ LANDES, William; POSNER, Richard. The private enforcement of law. *Journal of Legal Studies*, January 1975, p. 33. Observe-se que a apatia racional também se relaciona com aspectos financeiros, tais como as custas judiciais e a existência de serviços de assistência judiciária.

¹² Nesse sentido, HONDIUS, Ewoud; JANSEN, Andre. *Disgorgement of profits*. New York: Springer International Publishing, 2015, p. 472.

da responsabilidade civil mirando o escopo preventivo, especificamente para os casos em que é necessária uma alteração *in pejus* no patrimônio do responsável e não somente um retorno ao *status quo ante*. Precisamos ainda discutir qual é o modelo adequado para que esse ingresso ocorra de forma eficiente, a fim de reduzirmos os incentivos para a prática de comportamentos tendentes à obtenção de ganhos indevidos. Em que circunstâncias a restituição por ilícitos lucrativos seria devida e quais os pressupostos objetivos para que seus efeitos se desencadeiem.¹³

Para advertir a sociedade sobre o desvalor de determinados comportamentos, a tendência contemporânea caminha no sentido de ampliar o raio de ação do direito privado, em busca de formas de prevenção geral de condutas antijurídicas. Nesse cenário entram em cena os modelos do resgate e da restituição por lucros ilícitos e o da pena civil. Esta se destaca pela finalidade punitiva primária e a natureza substancialmente penal, não obstante formalmente civil, independentemente da constatação da efetiva obtenção do lucro pelo agente no exercício de sua atividade. Nada obstante, os mecanismos restitutórios transcendem uma função compensatória própria da responsabilidade civil clássica sem, ao mesmo tempo, converterem-se em sanções punitivas. Assim, a valorização da função preventiva da responsabilidade civil pode materializar-se tanto pela aplicação de sanções punitivas civis quanto por pretensões restitutórias, como regra de incentivo à reação aos ilícitos, superando o plano intersubjetivo da neutralização de danos para valorizar a função de desestímulo de comportamentos nocivos a toda a sociedade (de um lado) e a remoção de ganhos ilícitos (de outro).

Em cada sociedade há uma divisão de espaços quanto a quais áreas do direito devem oferecer instrumentos para o enfrentamento aos ilícitos lucrativos. Na maior parte das jurisdições, aceita-se que o combate a fatos antijurídicos lucrativos não seja desafio para apenas um setor, porém que, em um esforço conjunto, direito penal,¹⁴ direito administrativo e direito privado

¹³ A doutrina brasileira mantém a compartimentação estanque entre responsabilidade civil e enriquecimento sem causa. Consoante lição de Fernando Noronha “o enriquecimento sem causa é, sem dúvida, mais uma categoria de obrigações”. Explica-se: “ela contrapõe-se à responsabilidade civil, na medida em que esta tem por função reparar danos, isto é, reduções ou diminuições registradas no patrimônio, ao passo que o enriquecimento sem causa tem por finalidade remover de um patrimônio os acréscimos patrimoniais indevidos – indevidos porque, segundo a ordenação jurídica de bens, deveriam ter acontecido noutra patrimônio (ao qual estavam juridicamente reservados)”. *Direito das Obrigações*, São Paulo: Saraiva, 2017, p. 421.

¹⁴ Em 17/6/2019 foi sancionada Medida Provisória 885/2019 que facilita a venda e o confisco de bens de traficantes de drogas. Na prática, com a redução da burocracia, a venda será agilizada, evitando a perda de valor econômico do material. As novas regras sobre itens confiscados darão maior eficiência e racionalidade na gestão de bens apreendidos como produtos de crimes relacionados a drogas. Será possível transformar, mais rapidamente, os bens apreendidos em recursos financeiros para aplicação em investimentos sociais. Os valores arrecadados com a venda poderão ser utilizados em políticas públicas antes mesmo do fim do processo judicial.

persigam os melhores resultados, seja em termos de confisco de bens, multas criminais e administrativas que sejam calculadas de acordo com os lucros do ilícito e, no que tange ao direito civil, mediante a introdução, de uma pretensão restitutória de lucros ilícitos, com claros pressupostos de incidência.¹⁵ O que não se pode mais aceitar é o arcaísmo do fenômeno expansivo da intervenção de sanções de direito público, nomeadamente na forma de sanções administrativas que olvidam a natureza essencialmente individual dos bens violados em ilícitos lucrativos. Seja na proteção da propriedade intelectual, direito do consumidor, direito da concorrência ou no âmbito de ações coletivas, cada vez mais deve se destacar a ideia da bilateralidade das relações correlativas entre os privados, o que demanda a valiosa ideia do “private enforcement” como forma de regulação social.¹⁶

No Brasil a responsabilidade civil avança, mas aquém do necessário. Persistimos no equívoco do paradigma puramente compensatório, pelo qual o único fator avaliado quando da prática de um ilícito são os danos patrimoniais e morais sofridos pela vítima. Essa é a lição do art. 944 do Código Civil: ‘A indenização mede-se pela extensão do dano’. Infelizmente, não nos servimos da experiência comparatista, a fim de evidenciar que, para além da reparação de danos, o ato ilícito é capaz de gerar outras eficácias: a prevenção de condutas antijurídicas, a punição por comportamentos demeritórios, a restituição de ganhos obtidos indevidamente do ofendido e o desapossamento de lucros ilicitamente auferidos. O fato é que em sociedades plurais e extremamente complexas o direito civil deve ser convocado a atuar de forma mais eficaz em reação à proliferação das mais diversas formas de ilícito. Isso só será possível, quando a responsabilidade civil for revisitada em um viés multifuncional, no qual o ordenamento não se restrinja ao objetivo de restituir as vítimas ao *status quo* (o que é uma ficção!), porém, passe a avaliar os aspectos relacionados aos atos e atividades realizados pelos agentes, delimitando cada uma das funções da responsabilidade civil mediante critérios objetivos e razoáveis.¹⁷

¹⁵ Na linguagem jurídica alemã o termo “wechselseitige Auffangordnung” é utilizado para descrever a ideia de combinação de diversos setores do direito para alcançar um resultado superior na prevenção de ilícitos.

¹⁶ Henrique Souza Antunes enuncia que o “desenvolvimento dos fenômenos de parasitagem implicou o reconhecimento da superação de uma perspectiva indenizatória exclusivamente centrada no lesado. O lucro do agente emergiu como um critério preponderante na determinação da indenização em áreas como a propriedade intelectual, a concorrência, o ambiente ou a proteção dos direitos da personalidade”. *Comentários ao Código Civil – Direito das obrigações*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2011, p. 553.

¹⁷ No direito espanhol, Fernando Pantaleón critica a fórmula literal do art. 1902 do Código Civil, “El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado”. Segundo o doutrinador, o referido dispositivo “es palmariamente insuficiente para dar respuestas sensatas a los problemas prácticos que está llamado a solucionar: porque se limita a incorporar un principio elemental de justicia conmutativa, que sólo ha podido parecer una norma jurídica directamente aplicable a la luz de las velas del gabinete, o de la celda sin ventanas, de un iusnaturalista racionalista”. Prólogo de ARRUE, Basozabal Xabier. *Enriquecimiento injustificado por intromisión en derecho ajeno*. Madrid: Civitas, 1998, p. 13.

Alguns diriam que é possível ao Judiciário brasileiro aplicar condenações que suprimam os ganhos ilícitos do ofensor, mesmo sem previsão legislativa. Isso se faria pela aplicação de equivalentes funcionais: seja pelo recurso ao dano moral, ao enriquecimento sem causa, à gestão de negócios, ações coletivas, múltiplos compensatórios, ou mesmo deixando a expropriação dos lucros indevidos para o âmbito das sanções administrativas ou penais. A seu tempo, colacionaremos fundamentos para afastar cada uma dessas possibilidades e justificar uma resposta em nível remedial perfeitamente adaptável ao nosso ordenamento, hábil a recepcionar a sanção de privação de lucros no interno da responsabilidade civil.

Com efeito, é sobretudo no campo do enriquecimento injustificado que encontramos a mais importante *zona gris* perante a responsabilidade civil. Tal similitude se depreende da circunstância de que ambos os institutos visam, em alguma medida, à restauração de um equilíbrio preexistente – anterior à produção do dano ou anterior à obtenção da vantagem injustificada.¹⁸

Da mesma forma que o direito inglês dos últimos cinquenta anos desenvolveu o modelo da restituição por ilícitos, o direito alemão contribuiu decisivamente para alterar o cenário do direito de enriquecimento, mediante a criação de uma tipologia apta a justificar as heterogêneas hipóteses de acréscimo patrimonial injustificado, por via da teoria da diferenciação. Especialmente importante no desenvolvimento da temática é a aferição do enriquecimento por intromissão em direito alheio, fruto da teoria da atribuição, de *Wilburg e Von Caemmerer*.

Não se trata, todavia, de um estímulo à competição de diferentes ordens jurídicas, entre *common law* e *civil law* aqui representadas por Inglaterra e Alemanha. Tal e qual enfatiza Christian Von Bar,¹⁹ talvez a ideia de um direito privado nacional seja um anacronismo, uma repercussão do século XIX, tendo em vista que no direito comparado atual a doutrina das famílias de direito vem padecendo, pois a delimitação entre as famílias é realizada na área do direito contratual de uma forma diferente da área do enriquecimento sem causa e da responsabilidade civil extracontratual. Mais do que uma comparação de codificações, em busca de uma procedência nacional, estamos mais interessados em uma procedência no tempo. E o tempo

¹⁸ “Identifica-se, a proposito da referida similitude estrutural, uma identidade do que se convencionou denominar função genérica dos institutos, possível origem de algumas confusões conceituais na matéria, como se verifica, por exemplo, na invocação indiscriminada que os tribunais pátrios promovem ao invocar a vedação ao enriquecimento sem causa como suposto limite à definição do *quantum debeatur* da compensação de danos morais. Uma vez que ambos lidam diretamente com a preocupação em preservar distribuição de riquezas...o que não se pode perder de vista é que a efetiva relevância da análise funcional dos institutos consiste na identificação da denominada “função específica” de cada um deles”. SILVA, Rodrigo da Guia. *Enriquecimento sem causa*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 104-5.

¹⁹ VON BAR, Christian. Concorrência entre as ordens jurídicas e “law made in Germany”. *Boletim da Faculdade de Direito*, v. LXXXVII, p. 441.

(sobremaneira os últimos 50 anos) milita em favor das férteis investigações desenvolvidas na Inglaterra e Alemanha sobre os limites entre a responsabilidade civil e o direito do enriquecimento.

Em contrapartida, no Brasil apenas recentemente houve aporte doutrinário sobre a tipologia de um enriquecimento por intromissão, conglobando os casos de ilegítima utilização de bens alheios para uso, fruição, incorporação, consumo ou disposição.²⁰ A informação que o Código Civil proporciona sobre esse tipo de conflito é fragmentada, escassa e dificilmente harmonizável. Dos dispositivos passíveis de exame, podemos ilustrar com aqueles relacionados à restituição de frutos pelo possuidor e da acessão, dispersos pelo livro do direito das coisas. Todavia, isso não nos impede de avançar para encontrar alguma coerência nos limites do nosso sistema. Aliás, veremos que na soma dos contributos das modernas teorias dos *gain-based damages* e do enriquecimento por intervenção, visualizaremos esses fenômenos tipicamente alocados à posse e à propriedade pelo enfoque da responsabilidade civil e do enriquecimento injustificado.

Talvez, a recente opção metodológica da doutrina brasileira em abraçar o “lucro da intervenção” no interno do modelo do enriquecimento sem causa, como repositório natural das situações em que alguém obtenha benefícios ilícitos pela intromissão em situações jurídicas alheias, derive de uma comparação entre a alternativa concebida no direito alemão com dois modelos jurídicos: a compensação de danos e as sanções punitivas²¹ (no que se explica a evidente preferência pelo lucro da intervenção). Contudo, ainda está em aberto o desafio de se estabelecer um estudo profundo sobre o remédio restitutivo, de forma autônoma ao fato jurídico do enriquecimento injustificado, sem que seja necessário recorrer às penas civis ou a uma indevida ressignificação dos lucros cessantes para lhe deferir uma posição dentro do setor da responsabilidade extracontratual.

Enfim, temos um longo caminho pela frente se realmente quisermos levar o direito civil a sério em termos de uma renovação metodológica que, dentro do possível, compatibilize a dogmática com a efetividade. Nessa árdua travessia, um dos passos consiste em visitar as funções da responsabilidade civil, pela definição de parâmetros objetivos que possam orientar o

²⁰ Com destaque, dentre outras, para as obras de Sergio Savi (*Responsabilidade civil e enriquecimento sem causa*) e Rodrigo da Guia Silva (*Enriquecimento sem causa*).

²¹ Neste sentido frisa Sergio Savi: “restituição do lucro da intervenção e indenização punitiva são coisas distintas. O que provocou a discussão da indenização punitiva nesse trabalho é o fato de que o mesmo raciocínio desenvolvido por aqueles doutrinadores e magistrados que enxergam no dispositivo em comento a possibilidade de aumentar a indenização para punir o ofensor, é utilizado por alguns doutrinadores para defender o aumento do valor da indenização como forma de retirar do patrimônio do ofensor todo o lucro obtido com o ilícito.”. *Responsabilidade civil e enriquecimento sem causa*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 71.

legislador e os julgadores quanto às situações em que um ato ilícito deverá transcender os danos e concretizar finalidades punitivas, restitutórias ou mesmo de desnudar os ganhos ilícitos do ofensor. Delimitar fronteiras entre a responsabilidade civil e o enriquecimento injustificado não é apenas uma investigação científica, porém uma forma de orientar o direito civil brasileiro à resolução de conflitos omitidos pelo legislador.