

RECEBIDO EM: 01/11/2020

APROVADO EM: 05/08/2021

CONSIDERAÇÕES SOBRE A AUTONOMIA FUNCIONAL DA RESPONSABILIDADE CIVIL NO DIREITO BRASILEIRO

*CONSIDERATIONS ON THE FUNCTIONAL
AUTONOMY OF CIVIL LIABILITY IN BRAZILIAN LAW*

Eduardo Nunes de Souza

Doutor e Mestre em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Professor Adjunto de Direito Civil da Faculdade de Direito da UERJ.

Rodrigo da Guia Silva

Doutorando e Mestre em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ).

SUMÁRIO: 1. À guisa de introdução: o oxímoro da responsabilidade civil brasileira. 2. Distinções funcionais entre responsabilidade civil e vedação ao enriquecimento sem causa: a não coincidência entre os perfis reparatório e restitutivo. 3. O problema da suposta função punitiva da responsabilidade civil. 4. Uma dificuldade prática de qualificação: o exemplo

das previsões legais de “devolução em dobro” do indébito. 5. Síntese conclusiva.

RESUMO: O presente estudo busca tecer algumas considerações sobre as dificuldades hermenêuticas oriundas da progressiva atribuição de novas funções à reparação civil – as quais prejudicam a autonomia conceitual da indenização e ocasionam frequentes equívocos na qualificação de situações concretas. Sem o intuito de sistematizar todas as numerosas propostas contemporâneas de novos perfis funcionais da responsabilidade civil, busca-se indicar, em perspectiva crítica, algumas dificuldades de implementação da função punitiva e da função preventiva, bem como a inadequação da confusão entre reparação e restituição. Ao final, propõe-se o exemplo prático da qualificação das previsões legislativas de restituição em dobro do indébito como hipótese em que as distinções funcionais mencionadas se mostram imprescindíveis à identificação da normativa adequada.

PALAVRAS-CHAVE: Responsabilidade Civil. Função Punitiva. Função preventiva. Restituição. Análise Funcional.

ABSTRACT: This study seeks to present some considerations on the hermeneutical difficulties that arise from the progressive attribution of new functions to civil liability – which impair the conceptual autonomy of damages and make room for frequent mistakes in the process of qualifying concrete situations. Without any intent of systematizing the numerous contemporary proposals relating to new functional profiles of civil liability, this article seeks to identify, in a critical perspective, some of the difficulties in implementing the so-called punitive and preventive functions, as well as the inadequacy of the confusion between reparation and restitution. In the end, it proposes the practical example of the qualification of legal dispositions on the doubled restitution of undue payments as a hypothesis in which the aforementioned functional distinctions play a decisive role in identifying the right legal discipline.

KEYWORDS: Civil liability. Punitive Function. Preventive Function. Restitution. Functional Analysis.

1. À GUISA DE INTRODUÇÃO: O OXÍMORO DA RESPONSABILIDADE CIVIL BRASILEIRA

Poucos setores do direito civil têm observado mudanças tão drásticas (e vertiginosamente rápidas) nos últimos anos quanto a responsabilidade civil. Muitos fatores contribuem para essa aparente volatilidade. Um deles, talvez o mais evidente, consiste na facilidade pragmática de deflagração do mecanismo de imputação do dever de indenizar. Com efeito, trata-se de uma das mais simples reações da ordem jurídica à lesão de um interesse juridicamente tutelado:¹ a reparação civil representa, nesse sentido, o primeiro estágio de que se cogita na tutela das situações jurídicas, aquele de mais singela implementação e que precede outras formas de tutela mais sofisticadas e progressivamente mais voltadas à satisfação específica do interesse juridicamente protegido.² Sem dúvida, cuida-se de uma proteção, em certa medida, deficitária, vez que ocorre *a posteriori* da lesão do interesse; quase sempre, porém, que se cogita de um novo interesse merecedor de reconhecimento pelo ordenamento jurídico, o primeiro remédio que se oferece ao titular desse direito em caso de violação é a responsabilidade civil.

Esse papel de resposta imediata do sistema às violações de interesses juridicamente relevantes – que a converte também em um indicador confiável do paulatino reconhecimento, pela ordem jurídica, de novos interesses merecedores de tutela – corresponde à mais conspícua explicação para as constantes mudanças na teoria e na prática da responsabilidade civil. De fato, em um ambiente de ampla constitucionalização do direito privado, expandem-se cada vez mais as fronteiras dos interesses relevantes para a ordem jurídica, particularmente aqueles de cunho extrapatrimonial. Não é mais imprescindível o reconhecimento de direitos subjetivos para a tutela dos interesses individuais; qualquer situação jurídica subjetiva e o próprio interesse juridicamente relevante em si considerado podem ser

1 Leciona, a respeito, Stefano Rodotà: “a responsabilidade civil tem sido, em toda a fase recente, o instrumento que permitiu fornecer uma primeira faixa de proteção jurídica a novos bens ou interesses” (RODOTÀ, 1984, p. 605. Tradução livre).

2 Como registra Maria Celina Bodin de Moraes, “a responsabilidade civil é um dos instrumentos jurídicos mais flexíveis, dotado de extrema simplicidade, estando apto a oferecer a primeira forma de tutela a interesses novos, considerados merecedores de tutela tão logo sua presença seja identificada pela consciência social, e que de outra maneira ficariam desprotegidos, porque ainda não suficientemente amadurecidos para receberem atenção e, portanto, regulamentação própria por parte do legislador ordinário” (BODIN DE MORAES, 2006, p. 238).

protegidos pela via indenizatória.³ O processo, também observado na experiência estrangeira (particularmente no direito italiano),⁴ foi designado por autorizada doutrina brasileira como “giro conceitual” do ato ilícito para o dano injusto.⁵ Não se trata, porém, de um fenômeno restrito à responsabilidade civil; cuida-se, ao contrário, do reflexo de uma transição muito maior observada no direito civil – da análise estrutural para o perfil funcional dos direitos, da rígida estrutura do direito subjetivo para a valoração ponderada de interesses.⁶ Também aqui, como em geral ocorre, a responsabilidade civil serviu de índice para um fenômeno que, a rigor, dizia respeito à inteira teoria do direito civil.

Particularmente no direito brasileiro (e nos demais ordenamentos que baseiam seus sistemas de responsabilidade civil em cláusulas gerais), a expansão do dever de indenizar (e dos interesses tutelados por essa via) foi bastante fomentada pela atipicidade das *fattispecie* ensejadoras de

3 Nesse sentido, identifica Stefano Rodotà que “o direcionamento da atenção para a vítima e a centralidade do momento do dano (e não mais da sanção) favorecem a atitude do sistema da responsabilidade civil a legitimar e tutelar novos interesses, mesmo na ausência de disposições específicas normativas, mesmo porque o inteiro sistema institucional parece orientado a esses objetivos de larguíssima garantia (por vezes formalizados em disposições de nível constitucional). [...] Desaparece, ou ao menos é fortemente redimensionado, um dos elementos característicos do modelo tradicional da responsabilidade civil, construído de maneira tal a consentir uma forte seleção dos danos ressarcíveis [...]” (RODOTÀ, 1984, p. 599. Tradução livre).

4 A virada conceitual em direção à injustiça do dano na doutrina italiana foi capitaneada por Francesco Busnelli, que, já na década de 1964, propunha: “trata-se de definir se a proteção de um interesse, como resultado do que dispõem uma ou mais normas, resulta em uma relação de ‘correspectividade’ com o comportamento dos terceiros, no sentido de que a proteção jurídica de que goza o interesse lesado se mostra efetivamente destinada àquele tipo de interesse, em conformidade com aquele tipo de comportamento” (BUSNELLI, 1964, p. 88. Tradução livre). Contemporaneamente, sustenta Pietro Trimarchi que o problema da verificação da injustiça do dano “depende principalmente da valoração comparativa entre um certo tipo de conduta e o interesse que o agente realiza ou tende a realizar com aquela conduta” (TRIMARCHI, 2016, p. 110. Tradução livre).

5 A expressão foi difundida no Brasil por GOMES, 1989, p. 293.

6 Como destaca Stefano Rodotà, não se tratou de um “ajustamento apressado, ao qual se possa pensar que se siga um igualmente brusco *revirement*, mas a uma transformação profunda que incidiu sobre o próprio material normativo ‘elástico’, de modo que parece inadequado o apelo à letra das normas para tornar a canalizar a responsabilidade civil por rotas mais tranquilas” (RODOTÀ, 1984, p. 603. Tradução livre).

reparação civil.⁷ A rigor, a investigação do dano injusto, nas duas cláusulas gerais contidas no *caput* e no parágrafo único do art. 927 do Código Civil, consiste na busca ampla, pelo intérprete, do interesse a ser protegido em um caso concreto (não raro por meio de um juízo de merecimento de tutela em sentido estrito).⁸ Embora se mitigue, na doutrina estrangeira, a importância da distinção comumente feita em relação aos sistemas de responsabilidade civil tipificada (como o germânico),⁹ não há dúvidas de que a estruturação legislativa aberta do sistema brasileiro, aliada a uma doutrina e a uma jurisprudência já habituadas à proliferação de cláusulas gerais nas últimas décadas, tem contribuído sobremaneira para a expansão do chamado dano indenizável no Brasil.¹⁰

É nesse contexto que a responsabilidade civil assume o posto de um dos ramos mais cambiantes do direito. São frequentes as notícias de decisões judiciais que passaram a reconhecer em certas hipóteses fáticas a configuração de danos injustos que, pouco tempo antes, seriam impensáveis; assim também certos danos que observaram um veloz reconhecimento nos últimos anos vêm sendo vistos com maior cautela pelos tribunais

7 No direito italiano já se destacou que “a construção do modelo da responsabilidade civil segundo uma série aberta de critérios de imputação representa um dos poucos casos de fundação teórica da superação da antítese entre princípios e regras especiais, que lacerou uma parte tão significativa do tecido privatístico. Ordenando de maneira sistemática (mas não dogmática) o conjunto dos critérios de imputação, amplia-se globalmente a validade operativa do modelo da responsabilidade civil” (RODOTÀ, 1984, pp. 599-600. Tradução livre). Prossegue o autor: “Ora, é indubitável que as transformações profundas do modelo não teriam sido possíveis se a responsabilidade civil não estivesse fundada substancialmente sobre cláusulas gerais, que não apenas, ainda nos sistemas aparentemente mais rígidos, permitiram superar a antítese entre tipicidade e atipicidade do ilícito, como também permitiram conferir ao modelo uma elevada flexibilidade [...]” (RODOTÀ, 1984, p. 602. Tradução livre).

8 Sobre o sentido estrito de merecimento de tutela e o enquadramento do dano injusto como hipótese dessa instância valorativa, cf. SOUZA, 2014, *passim* e, especialmente, item 5.

9 Assim, por exemplo, Pietro Trimarchi afirma que “a diferença entre os sistemas fundados sobre a enumeração de figuras típicas e aqueles fundados sobre uma amplíssima regra geral é, no entanto, menos abrupta do que se pode crer”, mesmo porque “a adoção de um ou outro princípio não conduz necessariamente a um diverso regramento substancial das hipóteses fáticas” (TRIMARCHI, 2017, p. 14. Tradução livre).

10 Como leciona Maria Celina Bodin de Moraes, “o mecanismo da responsabilidade civil é composto, em sua maioria, por cláusulas gerais e por conceitos vagos e indeterminados, carecendo de preenchimento pelo juiz a partir do exame do caso concreto. Como a incidência dos princípios e valores constitucionais se faz, em via mediata, justamente desta maneira, através do preenchimento valorativo destes conceitos, vê-se que a constitucionalização da responsabilidade civil pode se dar naturalmente” (BODIN DE MORAES, 2006, p. 239).

brasileiros.¹¹ Este parece ser o ponto unívoco do trabalho doutrinário e jurisprudencial na responsabilidade civil brasileira em tempos recentes: superados muitos dos requisitos clássicos da reparação, com a dissociação entre a noção de dano e a lesão a direitos subjetivos (noção clássica de ilícito) e a ampla adoção de hipóteses de responsabilidade objetiva pelo legislador¹² (em um processo já denominado, de forma eloquente, “erosão dos filtros” da reparação),¹³ tem-se trabalhado progressivamente para mover as fronteiras do dano indenizável, que ora avançam, ora recuam, mas conferem a este setor do direito uma permanente aparência de *novos*.

Dentre os temas que têm pautado os debates contemporâneos na responsabilidade civil brasileira, porém, poucos se podem dizer, em termos históricos, efetivamente *novos*. A constatação, algo paradoxal, não oferece uma explicação simples. Um motivo provável, porém, para esse verdadeiro oxímoro da responsabilidade civil brasileira está na constatação de que, exceto pelo ímpeto de se modificarem os limites do dano injusto, a legislação, a doutrina e a jurisprudência pátrias parecem ter projetos muito distintos para o chamado direito de danos no país. Nesse cenário, a doutrina tem se esforçado por preservar como novos (ou, pelo menos, como atuais) temas que são conhecidos há décadas no direito brasileiro (e há muito mais tempo em outros países da família continental), mas que jamais obtiveram uma acolhida consistente na lei ou na jurisprudência.

Pense-se, por exemplo, na teoria da causalidade alternativa. Na experiência estrangeira, a matéria é discutida de longa data.¹⁴ No Brasil, também a doutrina mais tradicional já abordava a causalidade alternativa,¹⁵ e, no campo jurisprudencial, uma das mais célebres decisões sobre o tema foi

11 A título ilustrativo, aluda-se ao caso da mora na entrega de imóveis em construção, hipótese em que se costumava reconhecer pacificamente a configuração de dano moral ao adquirente. OSTJ, revendo sua posição anterior, passou a entender que “o dano moral, na hipótese de atraso na entrega de unidade imobiliária, não se presume, configurando-se apenas quando houver circunstâncias excepcionais que, devidamente comprovadas, importem em significativa e anormal violação a direito da personalidade dos promitentes-compradores” (STJ, REsp. 1.639.016, 3ª T., Rel. Min. Nancy Andrighi, julg. 28.3.2017). Para uma análise sobre a importância da jurisprudência para a estabilização da noção de dano indenizável no Brasil, cf. RAMOS, 2015, item 3.

12 A relevância do sistema objetivo de responsabilidade civil para a ampliação das hipóteses de reparação é destacada por Stefano Rodotà: “a passagem de um sistema monocêntrico [fundado na culpa] para um articulado, segundo uma multiplicidade de critérios de imputação, acentua a flexibilidade do modelo e a sua propensão a adimplir múltiplas funções” (RODOTÀ, 1984, p. 599. Tradução livre).

13 A respeito, cf. DIEZ-PICAZO, 2009, p. 11.

14 Por todos, cf. SAVATIER, 1939, §463, pp. 14 e ss.

15 Ilustrativamente: “Há causalidade alternativa quando o dano pode ter sido causado e o foi pelo ato de A ou pelo ato de E, sem se poder determinar, com certeza, qual dos dois o causou” (MIRANDA, 2012, p. 274).

proferida pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul na década de 1970.¹⁶ Desde então, porém, o tema da causalidade alternativa tem permanecido um grande desconhecido para a jurisprudência, sendo raras as menções a essa teoria.¹⁷ No plano legislativo, são igualmente escassas as hipóteses em que se adotou a teoria.¹⁸ Não pareceu conveniente ao legislador, até o presente momento, a edição de uma regra geral sobre o tema. Até mesmo a célebre construção ampliativa conferida pela doutrina ao art. 938 do Código Civil (que prevê a responsabilidade pelas coisas lançadas ou caídas de edifício), segundo a qual é possível responsabilizar o condomínio edilício quando não se puder identificar a origem do dano do *effusum et deiectum*,¹⁹ não consta expressamente do dispositivo normativo.²⁰ Tem cabido à dogmática o papel de manter vivo o tema, tão pleno de potencialidades.²¹

16 Trata-se do muito prolapado caso do desfile de carros alegóricos na cidade gaúcha de Flores da Cunha, em que um grupo de pessoas fantasiadas de caçadores disparava balas de festim, exceto por uma delas, que portava uma arma verdadeira e acabou por ferir um dos espectadores, sem que se pudesse identificar, posteriormente, qual delas foi o autor do dano (TJRS, Ap. Cív. 11.195, 1ª CC, Rel. Des. Oscar Gomes Nunes, julg. 25.11.1970).

17 Ilustrativamente, até o final do ano de 2017, a busca da expressão “causalidade alternativa” na jurisprudência do STJ retornava um único resultado, atinente à morte de um torcedor em uma briga de torcidas de futebol (STJ, REsp 26.975, 4ª T., Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, julg. 18.12.2001).

18 A mais conhecida, provavelmente, consta do Estatuto de Defesa do Torcedor e diz respeito a brigas em estádios esportivos – contudo, a norma, a rigor, parece dispor mais sobre responsabilidade indireta do que sobre causalidade alternativa (já que os responsáveis pelo dever de indenizar não são, como propõe a causalidade adequada, os membros de um grupo de agentes ao qual pertence o causador direto do dano). Nos termos do art. 19 da Lei n. 10.671/2003: “As entidades responsáveis pela organização da competição, bem como seus dirigentes respondem solidariamente com as entidades de que trata o art. 15 e seus dirigentes, independentemente da existência de culpa, pelos prejuízos causados a torcedor que decorram de falhas de segurança nos estádios ou da inobservância do disposto neste capítulo”.

19 A construção é adotada pela jurisprudência desde o período de vigência do Código Civil de 1916, embora sem referência à tese da causalidade alternativa. Ilustrativamente: “Responsabilidade civil. Objetos lançados da janela de edifícios. A reparação dos danos é responsabilidade do condomínio. A impossibilidade de identificação do exato ponto de onde parte a conduta lesiva, impõe ao condomínio arcar com a responsabilidade reparatória por danos causados a terceiros. Inteligência do art. 1.529, do Código Civil Brasileiro” (STJ, REsp. 64.682, 4ª T., Rel. Min. Bueno de Souza, julg. 10.11.1998). O tema também é objeto do enunciado n. 557 da VI Jornada de Direito Civil do CEJ-CJF, que tampouco menciona a teoria: “Nos termos do art. 938 do CC, se a coisa cair ou for lançada de condomínio edilício, não sendo possível identificar de qual unidade, responderá o condomínio, assegurado o direito de regresso”.

20 Em linhas gerais, interpreta-se a expressão “aquele que habitar prédio, ou parte dele” do art. 938 do Código Civil como fundamento para a responsabilização coletiva dos moradores do edifício e, por extensão, do condomínio: “[...] dir-se-á que na concorrência habitacional, todos respondem, salvo se se demonstrar que o fato danoso pode ser atribuído a um dos habitantes, porque se trata de responsabilidade alternativa e não cumulativa” (PEREIRA, 2016, p. 154).

21 Sobre o tema, em perspectiva crítica, cf., por todos, RODRIGUES JUNIOR, 2016.

Cogite-se, ainda, da tradicional teoria da perda de uma chance. O legislador dela não cogitou textualmente, o que dá fôlego à permanente dúvida acerca de sua compatibilidade com a vedação à reparação de danos hipotéticos.²² A jurisprudência brasileira ainda a aplica de modo hesitante e parcimonioso, muitas vezes confundindo-a com outras figuras da teoria da responsabilidade civil.²³ Nesse cenário, a teoria permanece “nova” (*rectius*, repita-se, atual) na doutrina, a despeito de datar de quase um século, tendo sido amplamente debatida nos clássicos tratados franceses²⁴ e, igualmente, na mais tradicional doutrina brasileira.²⁵ Tem-se a impressão (talvez não de todo equivocada) de que qualquer noção na responsabilidade civil que destoe do modelo tradicional do ato ilícito e de seus requisitos desperta no intérprete e no próprio legislador certa desconfiança, revestindo-se, assim, de um permanente ar de novidade (ou, talvez fosse melhor dizer, de incerteza).²⁶

Mais ainda, por vezes a doutrina tem-se posto a elaborar construções relativamente novas em termos históricos, mas que não chegam a se tornar atuais, porque contradizem escolhas consolidadas do legislador e da jurisprudência no país, não encontrando efetiva repercussão nesses âmbitos. Assim ocorre, por exemplo, nas mais recentes tentativas de abandono do nexa de causalidade como requisito da responsabilidade civil, a partir de uma suposta noção de imputação que, substituindo o requisito do nexa, permitiria a atribuição do dever de indenizar a agentes que não ingressaram na cadeia causal de produção do dano, à míngua de qualquer

22 Semelhante ordem de questionamento também se identifica no âmbito da controvérsia sobre a indenizabilidade do denominado *dano da privação do uso*. A propósito, cf., com ampla bibliografia, SILVA, 2016b, *passim*.

23 Para uma crítica à aplicação jurisprudencial da teoria, cf. SOUZA, 2015.

24 Por todos, cf. SAVATIER, 1939, §§460-461.

25 Por todos, cf. ALVIM, 1949, p. 171.

26 Como pondera Stefano Rodotà, inicialmente, “a extensão da tutela aquiliana foi requerida invocando-se analogias formais ou substanciais de novas situações com aquelas precedentemente protegidas”, o que parece explicar a dificuldade que se enfrenta, ainda hoje, para se desvencilhar do modelo clássico de responsabilidade pelo ilícito. “O passo ulterior, muito mais longo, é dado quando a tutela é assegurada, sem mediações, a interesses de base não proprietária. O modelo tradicional não é hábil a operar, mesmo porque não se trata de gerir a compatibilidade entre interesses homogêneos (em uma lógica intraproprietária), mas o conflito se produz entre interesses qualitativamente irreduzíveis a lógicas comuns” (RODOTÀ, 1984, p. 598. Tradução livre).

autorização legal.²⁷ Essa noção *sui generis* de imputação²⁸ não parece ter encontrado eco na jurisprudência, que, nas poucas ocasiões em que alude ao termo “nexo de imputação”, tem-no feito em caráter de sinonímia – e não de alternativa ou exclusão – ao nexo de causalidade.²⁹

O que essa corrente doutrinária pretende com semelhante conceito de imputação, ao que tudo indica, é criar hipóteses de responsabilidade indireta para certos agentes, muito embora não haja previsão legal nesse sentido.³⁰ A

27 Nesta acepção *sui generis* de imputação, dita objetiva, a investigação da causalidade é substituída por um juízo de equidade: “Situação que também emerge como exemplar é a imputação sem nexo de causalidade na responsabilidade por danos. Não raro se vê a reafirmação tradicional do nexo para imputar responsabilidade, o que, de todo correta, pode não ser, em determinados casos, o mais justo concretamente para a vítima. Quando assim, a direção pode indicar a renovação do conteúdo da causa, e especialmente do nexo causal. A imputabilidade tem no centro a preocupação com a vítima; a imputação é operação jurídica aplicada à reconstrução do nexo. [...] É de alteridade e de justiça social que se deve inebriar o nexo de causalidade, atento à formação das circunstâncias danosas” (FACHIN, 2015, pp. 113-114).

28 Diz-se *sui generis* porque, no sentido técnico da tradição jurídica, a investigação sobre a imputação diz respeito tão somente à ratio essendi da opção legislativa de exigir os requisitos da culpa ou do risco para a configuração do dever de indenizar, e não a um suposto requisito substituto do nexo causal. Nesse sentido, afirma Fernando Noronha: “Nexo de imputação é o fundamento, ou a razão de ser da atribuição da responsabilidade a uma determinada pessoa, pelos danos ocasionados ao patrimônio ou à pessoa de outra, em consequência de um determinado fato antijurídico. É o elemento que aponta o responsável, estabelecendo a ligação do fato danoso com este. Em regra o fundamento de tal imputação é uma atuação culposa. Excepcionalmente poderá haver imputação pelo risco” (NORONHA, 2013, pp. 495-496). A tal formulação acrescenta-se, por vezes, a noção de imputabilidade do agente: “O nexo de imputação é o vínculo que se estabelece entre determinado fato e sua atribuição a certa pessoa, podendo a imputação ser delitual (culpa lato sensu) ou objetiva (risco). [...] No nexo de imputação, inclui-se também o conceito de imputabilidade, exigindo-se que o agente tenha capacidade (maturidade e higidez mental), tendo um regime jurídico especial a responsabilidade dos incapazes (art. 928)” (SANSEVERINO, 2010, p. 152).

29 Nesse sentido, cf., ilustrativamente, STJ, REsp. 1.451.312, 3ª T., Rel. Min. Nancy Andrighi, julg. 5.12.2017; STJ, REsp. 1.426.598, 3ª T., Rel. Min. Nancy Andrighi, julg. 19.10.2017; TJRJ, Ap. Civ. 0076813-90.2005.8.19.0001, 13ª C.C., Rel. Des. Antonio José Azevedo Pinto, julg. 30.4.2009. Em doutrina, já se observou que a proposta da superação do nexo causal “é chocante e tende a custar para ser bem assimilada pela comunidade jurídica em geral e, pelos aplicadores do direito em particular” (RAMOS, 2015, p. 16).

30 Por entender que o sistema tradicional da responsabilidade civil não responde satisfatoriamente à tutela da vítima, parte da doutrina indaga se não seria possível “imputar a alguém a responsabilidade por danos na ambiência civil e consumerista, sem que estivesse presente o nexo causal, previsível ou altamente provável, entre o fato danoso e o dano”, e responde afirmativamente, sustentando “a ideia da formação da circunstância danosa como um critério com melhor aptidão para imputar a responsabilidade ao causador direto do dano ou outro responsável, independentemente de haver nexo de causalidade ou presunção de causalidade de determinado fato, nos moldes construídos até o momento” (FROTA, 2014, p. 289). Proposta semelhante também é encontrada, por exemplo, na doutrina portuguesa: “O que dissemos sobre o nexo de causalidade, ao transformá-lo, justificadamente, em nexo de imputação ou nexo de ilicitude, leva ínsita a resposta à questão sobre quem recai o ônus de provar a causalidade. [...] o antes condicional a que acresce o depois causalista são substituídos por uma também dialética conformação do nexo de imputação à luz das exigências de sentido comunicadas pela concretude dos acontecimentos, aos quais, por sua vez, só poderemos aceder na intelecção da intencionalidade do sistema já constituído e a constituir” (BARBOSA, 2014, pp. 195-196).

positivação em lei se revela imprescindível, contudo, tanto para a superação da culpa (excetuadas as hipóteses em que se aplique a cláusula geral do risco, prevista pelo art. 927, parágrafo único, do Código Civil) quanto para a superação do nexa causal como requisitos do dever de indenizar.³¹ A superação da responsabilidade civil fundada na causalidade, aliás, coloca-se na contramão das mais recentes disposições legislativas na matéria. O exemplo mais eloquente parece residir no (bastante criticável) art. 19 do Marco Civil da Internet:³² ao dispor sobre a responsabilidade dos provedores de aplicações sobre conteúdos criados por terceiros (hipótese que, pela sua própria enunciação, parecia ser, com excelência, um caso de responsabilidade objetiva e indireta), optou o legislador por instaurar um regime de responsabilidade subjetiva e direta para o provedor, que apenas responde pelos danos causados pelo conteúdo depois de descumprir ordem judicial de retirada de conteúdo e, assim, ingressar com ato próprio (o descumprimento da ordem) na cadeia causal de produção do dano.³³

Também a noção de uma responsabilidade civil *ex ante* ou preventiva, isto é, o surgimento do dever de indenizar anterior à produção de qualquer dano, tem permanecido na pauta da doutrina em tempos recentes, sem que qualquer alteração legislativa de maior relevo justifique ou acompanhe tal proposta teórica.³⁴ A jurisprudência, por sua vez, não parece compreender (e com razão) de que modo a indenização poderia ser exclusivamente preventiva, ideia que contradiz a própria natureza, já mencionada, da

31 Embora os defensores das diversas teorias que buscam dispensar ou presumir o elemento causal sustentem a desnecessidade de previsão legislativa para tal intuito (ilustrativamente, cf. FROTA, 2014, p. 229), tais propostas despertam a justificada crítica de outro setor da doutrina, que entende ser “necessário identificar para ela [para a presunção de causalidade] um fundamento jurídico apropriado, que não seja tão genérico e omnicomprensivo como a dignidade humana ou o solidarismo jurídico. É ainda mais do que conveniente recorrer ao legislador democrático, se for a intenção de se criar uma nova e mais radical forma de responsabilidade de determinados agentes econômicos” (RODRIGUES JUNIOR, 2016, p. 124).

32 Dispõe a Lei n. 12.965/2014: “Art. 19. Com o intuito de assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura, o provedor de aplicações de internet somente poderá ser responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros se, após ordem judicial específica, não tomar as providências para, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço e dentro do prazo assinalado, tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente, ressalvadas as disposições legais em contrário. [...]”.

33 Para uma necessária crítica ao dispositivo, cf. SCHREIBER, 2015.

34 Para além de divergências pontuais, as vertentes que sustentam a função preventiva costumam adotar a seguinte lógica: “Como se entende que a responsabilização por danos é pressuposta, no sentido de ser anterior a sua produção, todos aqueles fatores, agentes e atividades que estejam aptos a produzir o dano e, no caso concreto, não respeitaram a alteridade, concretizada pela precaução e pela prevenção, prospectivas, a esse danos, podem ser responsabilizados pelo evento danoso” (FROTA, 2014, p. 265).

responsabilidade civil como remédio posterior à lesão.³⁵ Até mesmo o princípio da reparação integral, este sim consolidado em nossa ordem jurídica, aparenta impor desafios à noção de uma responsabilidade (puramente) preventiva, pois, ausente o elemento do dano, não parece haver mais medida para a indenização. É, contudo, muitas vezes com base no princípio da reparação integral que se sustenta a noção de uma indenização preventiva, ampliando-se o conceito de dano para abranger também as ameaças de lesão, isto é, a mera exposição de certos bens jurídicos a risco (tem-se popularizado, nesse sentido, o recurso à *mise en danger* da doutrina francesa).³⁶ Passa-se a sustentar, assim, a reparação integral como se fosse o fundamento (e não o óbice legal) para a reparação preventiva, isto é, como se o imperativo legal de reparar todo dano (e todo o dano)³⁷ permitisse ao intérprete superar a própria lesão como medida do dever de indenizar.³⁸

Como já se observou argutamente, talvez fosse melhor reconhecer tão somente que a imposição da obrigação pecuniária nesses casos, motivada por uma proteção à vítima a todo custo, não se encontra mais no campo da

35 Eventual mecanismo preventivo há de pautar-se, com efeito, na função primordial de indenização que preside a responsabilidade civil. Precisamente nesse sentido, conclui, na doutrina portuguesa, Mafalda Miranda Barbosa: “[...] parece-nos injustificada a defesa de uma finalidade preventiva que se autonomize da função reparadora. Esvaziada da consideração da personalidade, a prevenção transforma um instituto jurídico num instrumento de uma tecnocracia que contraria a estrutura básica, axiologicamente fundamentada, do sistema. Torna-se, por isso, imperiosa a negação incondicional da perspectiva encabeçada pela *law and economics*. Ligada à eficácia, a prevenção torna-se desvaliosa. Unida aos vetores sedimentados, a prevenção deve manter-se dentro dos parâmetros por ele definidos, pelo que se subordinará sempre a uma finalidade reparadora ou ressarcatória. O que quer dizer que ela não poderá nunca justificar, por si só, a admissibilidade de princípio dos danos punitivos” (BARBOSA, 2005, p. 599).

36 Sobre o sentido original da expressão *mise en danger*, cf. a obra seminal de SCHAMPS, 1998, *passim*. O uso mais relevante da expressão no Brasil deve-se, provavelmente, à obra de Giselda Hironaka (cf., dentre outras, HIRONAKA, 2006, *passim* e, particularmente, pp. 220-221). Sobre a controversa aplicabilidade do conceito de prevenção em matéria de responsabilidade civil na França, cf. ROCHFELD, 2011, pp. 521 e ss.; a autora destaca que, na doutrina francesa, a maior parte das propostas de aplicação da prevenção em matéria de responsabilidade civil diz respeito à criação de deveres de abstenção para determinados agentes (não, portanto, à criação de um suposto dever de indenizar *ex ante*).

37 A expressão, que bem define o princípio, é de MONTEIRO FILHO, 2008.

38 Tanto a superação do nexo causal como requisito da reparação civil quanto a responsabilidade preventiva costumam ser sustentadas pelos autores que as defendem com fulcro nos princípios da dignidade humana e da reparação integral. Nesse sentido, por todos, cf. FROTA, 2014, p. 231.

responsabilidade civil,³⁹ em vez de se proceder à tentativa de estiramento do conceito de indenização ao ponto de ele se tornar a antítese de seu sentido original.⁴⁰ Nesse sentido, até mesmo a chamada função punitiva da responsabilidade civil, que já encontra acolhida muito maior na doutrina e na jurisprudência do que a função preventiva, ainda desperta enorme celeuma, a despeito de já se tratar de longa discussão no direito brasileiro.⁴¹ A rigor, as duas vertentes parecem corresponder a duas faces da mesma moeda, na medida em que a imputação de indenização a certo agente que, tendo exposto determinado bem jurídico a risco, não chegou a produzir lesão concreta, consiste em raciocínio típico da responsabilidade criminal, eminentemente punitiva. Ironicamente, em nome de uma responsabilidade civil cada vez mais voltada à vítima (como pioneiramente propôs o próprio

39 Ao descrever o processo de “fuga para a responsabilidade civil”, ocorrido sobretudo em países subdesenvolvidos, critica Otávio Luiz Rodrigues Junior: “A responsabilidade civil assume um papel de agente involuntário de distribuição de renda, o que não é sua função histórica e jurídica, muito menos é uma perspectiva que lhe permita sobreviver como um instituto jurídico autônomo” (RODRIGUES JUNIOR, 2016, p. 117). Remata o autor: “Quanto à função distributiva da responsabilidade civil, reitera-se que transformá-la em uma técnica de justiça distributiva é algo que a desnaturaria e a deixaria irreconhecível como um instituto de Direito Civil. Se é este o objetivo do legislador democrático ou da jurisprudência, talvez fosse o caso de se criar um novo nome para esse instituto, que não corresponde ao que se entende por responsabilidade civil” (RODRIGUES JUNIOR, 2016, p. 126).

40 Vale, aqui, invocar a lição de Stefano Rodotà, que, já na década de 1980, ponderava: “observa-se mesmo que uma expansão tão significativa não é sustentável pela própria estrutura do instituto [da responsabilidade civil], que, cedo ou tarde, não suportará o peso das múltiplas funções que lhe têm sido impostas e conhecerá um inevitável redimensionamento” (RODOTÀ, 1984, p. 596. Tradução livre). O autor antevia que o recurso excessivo à responsabilidade civil para o atendimento de funções estranhas ao instituto haveria de, eventualmente, retroceder (como de fato aconteceria posteriormente na jurisprudência italiana): “Essa previsão, evidentemente, é filha de uma valoração negativa sobre o recurso que sobretudo os tribunais têm feito nestes anos às técnicas da responsabilidade civil para enfrentar uma série de situações caracterizadas pela demanda de reconhecimento de novos interesses, de soluções de conflitos sociais irreduzíveis aos esquemas conhecidos. Dessa valoração negativa nasce uma expectativa de redimensionamento do recurso à responsabilidade civil, entendendo-se que a fase que temos atrás de nós é pouco mais do que um parêntese” (RODOTÀ, 1984, p. 596. Tradução livre).

41 Para uma crítica contundente à chamada função punitiva da responsabilidade civil nos casos de reparação individual, a qual se acompanha plenamente neste estudo, cf. BODIN DE MORAES, 2017, *passim*. Embora bastante presente na jurisprudência brasileira, referida função punitiva não é acolhida com unanimidade pelos tribunais. Ilustrativamente, em precedente exemplar, já decidiu o STJ que “[...] O sistema brasileiro de responsabilidade civil não admite o reconhecimento de danos punitivos, de modo que a adoção de medidas inibitórias eficazes para prevenir a concretização de dano material, seja pela comercialização, seja pela mera exposição ao mercado consumidor, afasta a pretensão de correspondente reparação civil” (STJ, REsp. 1.315.479, 3ª T., Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, julg. 14.3.2017).

direito civil-constitucional no Brasil)⁴² e não à conduta do ofensor, defende-se uma função preventiva intimamente ligada à ideia de punição do agente.⁴³

Ainda que se cogite de uma função preventiva, em sentido lato, acessória à função reparatória (e não independente desta), sua proximidade com a noção de punição é evidente.⁴⁴ Nessa perspectiva, porém, a prevenção consistiria, ao menos, em uma função secundária da responsabilidade civil (o que se pode afirmar, a rigor, com acerto sobre a generalidade dos institutos jurídicos),⁴⁵ inábil para autonomizá-la como instituto (o que se faz com a função reparatória), mas ainda assim com potencial de influenciar em sua disciplina, o que parece muito mais razoável. Em nossa práxis judicial, contudo, reparação, punição e prevenção se confundem e se prestam, não raro, a justificar o arbitramento de indenizações nas quais não se diferenciam parcelas reparatórias, punitivas ou preventivas – como seria de se esperar se, de fato, prosperassem todas as funções propostas em doutrina para a responsabilidade civil.⁴⁶

Ao mesmo tempo em que a doutrina, talvez se excedendo em sua função promocional, empenha-se na construção de teses com pouca repercussão jurisprudencial e com escasso subsídio legislativo, questões prementes na práxis da responsabilidade civil brasileira permanecem em aberto, sem que se tenham pacificado controvérsias históricas ou que se tenham proposto subsídios ao intérprete para a solução de antigos

42 A proposta do direito civil-constitucional, porém, nunca consistiu no desrespeito às escolhas legislativas ou na superação, sem nenhum critério, dos requisitos da responsabilidade civil; propunha-se, isto sim, o aumento das hipóteses de reconhecimento do dano ressarcível (particularmente o reconhecimento da indenizabilidade do dano moral) e a perda da função moralizadora e punitiva outrora atribuída à responsabilidade civil. A respeito, cf., já em um momento de plena implementação da proposta civil-constitucional, a análise de BODIN DE MORAES, 2006, p. 238.

43 A perspectiva de se deslocar maior atenção à vítima do que ao ofensor, usualmente invocada pelos defensores da função preventiva da responsabilidade civil, é tomada como premissa, por exemplo, por VENTURI, 2016, pp. 5 e ss.

44 Nesse sentido, afirma Pietro Perlingieri: “Sintomático do delinear-se de uma função preventiva em sentido lato do instrumento ressarcitório, análoga àquela própria das sanções penais, é a oportunidade, manifestada por uma parte da doutrina penalista, de acentuar os caracteres civis do sistema sancionatório, considerado mais idôneo para satisfazer o interesse da vítima do crime” (PERLINGIERI, 2008, p. 768).

45 Não é esse significado acessório, porém, que os defensores da função preventiva costumam sustentar. Ilustrativamente: “muito mais do que enxergar nas regras de responsabilidade civil uma mera função preventiva que acaba sendo tratada no mais das vezes como simplesmente acessória, eventual ou circunstancial, constituindo simples reflexo da função reparatória classicamente idealizada, busca-se demonstrar que a prevenção de danos, para além de função, deve ser compreendida como verdadeiro fundamento do instituto” (VENTURI, 2016, pp. 19–20).

46 Crítica já formulada por BODIN DE MORAES, 2011, item 3.

problemas. Veja-se o exemplo das teorias da causalidade no direito brasileiro: a despeito da redação, aparentemente inequívoca, do art. 403 do Código Civil, subsiste a dúvida, tanto em doutrina quanto em jurisprudência, sobre a teoria adotada pelo ordenamento pátrio – se a teoria da causalidade adequada ou a do dano direto e imediato.⁴⁷ Enquanto a doutrina busca inovar na superação deste fundamental requisito da responsabilidade civil, não é possível nem mesmo afirmar estar pacificada qual critério de aferição permite a identificação desse requisito no direito brasileiro, muitas vezes utilizado pelo julgador para, valendo-se das muitas teorias disponíveis, decidir controvérsias concretas de modo arbitrário, em um grave cenário de insegurança jurídica.⁴⁸

Vale mencionar, ainda, o problema da quantificação da compensação por danos morais em nosso ordenamento, questão que nem mesmo se aproxima de uma solução no cenário atual. Recentemente, tem cabido à jurisprudência a elaboração de um método de quantificação,⁴⁹ merecedor de elogios e críticas, tendo em vista que a doutrina não conseguiu, até o presente momento, oferecer critérios úteis para orientar o intérprete (função precípua da dogmática jurídica, particularmente nos países do sistema romano-germânico).⁵⁰ Nessa matéria, a principal contribuição doutrinária tem sido a de acrescentar ao cômputo da reparação um aspecto que não foi albergado pelo legislador quando previu o princípio da reparação integral: a já mencionada função punitiva. Em nome da reparação integral, acaba-se por, ironicamente, ferir esse princípio: a indenização deixa de ser medida pela extensão do dano (função punitiva), que muitas vezes poderia, afirmasse, sequer existir (função preventiva).

Esse diuturno exercício doutrinário em criar para a responsabilidade civil projetos distintos daqueles concebidos pelo legislador e efetivamente aplicados pela jurisprudência, em vez de orientar a atividade hermenêutica,

47 Um panorama ainda atual da divergência doutrinária e jurisprudencial na matéria é traçado em detalhe por GUEDES, 2005, pp. 122 e ss.

48 Para uma crítica às consequências nocivas da indefinição da causalidade na jurisprudência brasileira, cf. SCHREIBER, 2010, pp. 33 e ss.

49 No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, tem-se proposto o método, designado como bifásico, para a determinação do quantum indenizatório, segundo o qual, “na primeira etapa, deve-se estabelecer um valor básico para a indenização, considerando o interesse jurídico lesado, com base em grupo de precedentes jurisprudenciais que apreciaram casos semelhantes”, ao passo que, “na segunda etapa, devem ser consideradas as circunstâncias do caso, para fixação definitiva do valor da indenização, atendendo a determinação legal de arbitramento equitativo pelo juiz” (STJ, REsp 959.780, 3ª T., Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, julg. 26.4.2011).

50 Para uma análise comparativa do papel desempenhado por doutrina e jurisprudência na configuração do direito no âmbito da *civil law* e da *common law*, cf. BODIN DE MORAES, 2014, *passim*.

acaba por confundi-la, principalmente no que tange à atribuição de novas funções à reparação. O presente estudo busca apresentar algumas considerações sobre a função precípua da indenização (a reparação do dano) em cotejo com outras funções que frequentemente lhe são atribuídas, bem como tecer críticas pontuais aos efeitos nocivos da confusão dessas funções – particularmente na dificuldade que criam para a qualificação de pretensões concretas que, sem natureza indenizatória, acabam sendo submetidas à disciplina jurídica da responsabilidade civil. Sem qualquer pretensão de sistematização das atuais propostas formuladas em doutrina para a matéria, espera-se oferecer uma contribuição útil ao debate e, talvez, um subsídio para se refletir sobre a antiga atualidade da responsabilidade civil brasileira.

2. DISTINÇÕES FUNCIONAIS ENTRE RESPONSABILIDADE CIVIL E VEDAÇÃO AO ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA: A NÃO COINCIDÊNCIA ENTRE OS PERFIS REPARATÓRIO E RESTITUTÓRIO

Como se sabe, o desenvolvimento contemporâneo da doutrina do direito civil logrou consagrar o entendimento de que a análise dos institutos jurídicos comporta tanto uma investigação estática acerca dos seus elementos quanto uma investigação dinâmica sobre os efeitos essenciais e os valores relacionados à sua atuação concreta.⁵¹ Sem que se despreze por completo a relevância da análise estrutural, hodiernamente se reconhece a impossibilidade de realização integral do processo de interpretação-aplicação do direito sem a consideração da função concretamente desempenhada pelo instituto.⁵² Sintetizam-se, assim, os contornos da

51 A necessidade de análise funcional dos institutos do direito civil é ressaltada por Pietro Perlingieri: "Para evitar os perigos de um estruturalismo árido, de maneira a subtrair-se ao fascínio de doutos questionamentos sobre o consentimento, sobre a troca sem diálogo e sem acordo, é necessário deslocar a atenção para os aspectos teleológicos e axiológicos dos atos de autonomia negocial, para o seu merecimento de tutela segundo o ordenamento jurídico. Isto representa o sinal de uma forte mutação no enfoque hermenêutico e qualificador do ato e, sobretudo, de um modo mais moderno de considerar a relação entre lei e a autonomia negocial, configurada unitariamente" (PERLINGIERI, 2008, pp. 358-359).

52 Pietro Perlingieri ressalta o caráter meramente didático-sistemático da divisão entre análise estrutural e análise funcional, uma vez que a adequada compreensão do ato de autonomia sempre pressuporia a combinação dos dois perfis (PERLINGIERI, 2014, p. 348). Sustenta-se, na metodologia civil-constitucional, a verdadeira prioridade do perfil funcional em detrimento do estrutural: "A interpretação com fins aplicativos conduz à prioridade do perfil funcional dos institutos sobre o perfil estrutural. [...] Sob a perspectiva civil-constitucional, isso implica que não apenas deve-se priorizar a análise da função do instituto, mas também verificar sua compatibilidade com os valores que justificam a tutela jurídica do instituto por parte do ordenamento, positivados sob a forma de preceitos constitucionais" (SCHREIBER; KONDER, 2016, p. 13). No que tange especificamente às relações obrigacionais, afirma-se: "A relação obrigacional somente pode ser corretamente compreendida quando examinada sob seu perfil estrutural e sob o funcional" (KONDER; RENTERÍA, 2012, p. 1).

distinção entre a análise estrutural e a análise funcional do direito, tendo se sedimentado o entendimento de que esta última determina a própria conformação da primeira.⁵³

Fontes de obrigações da maior relevância, a responsabilidade civil e a vedação ao enriquecimento sem causa ostentam certa similitude do ponto de vista estrutural. Tal similitude se depreende da circunstância de que ambos os institutos visam, em alguma medida, à restauração do equilíbrio patrimonial originário – ou, na hipótese específica dos danos morais, à compensação pecuniária da vítima.⁵⁴ Assim como o abalo no patrimônio da vítima pode deflagrar o dever de indenizar, o incremento patrimonial injustificado de uma pessoa tem o condão de ensejar a obrigação de restituir. Em ambas as hipóteses, o ordenamento jurídico parece buscar promover a restauração do equilíbrio patrimonial anterior à ocorrência do fato causador da variação não tolerada.⁵⁵

Identifica-se, a propósito da referida similitude estrutural, uma identidade do que se convencionou denominar “função genérica dos institutos”. Uma vez que ambos lidam diretamente com a preocupação em preservar a distribuição das riquezas, afirma-se que seria possível

53 “Estruturas idênticas se distinguem pela diversidade de sua função, funções idênticas se realizem mediante estruturas diversas. [...] Na individuação da natureza dos institutos concorrem estrutura e função, mas é esta última, como síntese dos efeitos essenciais e característicos, produzidos ainda que de forma diferida, a tipificar a *fattispecie*” (PERLINGIERI, 2008, p. 118). Em outra sede, o autor assevera: “Ao valorar o fato, o jurista individualiza a função, isto é, constrói a síntese complexiva dos interesses sobre os quais aquele fato incide. A função do fato determina a estrutura. A estrutura segue, não precede, a função” (PERLINGIERI, 2014, p. 74. Tradução livre).

54 Afirma-se que “[...] a função específica do enriquecimento sem causa é diversa daquela inerente à responsabilidade civil. Contudo, não há como negar certa similitude na estrutura e entre as respectivas funções genéricas destes dois institutos do direito civil brasileiro. Ambos visam repor um equilíbrio que se rompeu e, neste sentido, aproximam-se por estarem ligados pela ideia geral de ‘reparação’, aqui referida em sentido amplo” (SAVI, 2012, p. 50). O autor afirma que “[A] semelhante função genérica de ambos os institutos acaba gerando uma confusão pragmática” (SAVI, 2012, p. 52). Gisela Sampaio da Cruz Guedes afirma que, “[...] por mais paradoxal que possa parecer, é preciso reconhecer, ainda que minimamente, certa similitude funcional entre a responsabilidade civil e a disciplina do enriquecimento sem causa, além de alguma semelhança de estrutura” (GUEDES, 2011, p. 207).

55 Em estudo comparatista dos sistemas jurídicos inglês, alemão e italiano, afirma-se: “Compensação e restituição promovem resultados diferentes, mas o mecanismo de operação é o mesmo em ambas as respostas: após a compensação, a vítima deve estar em uma posição de indiferença em relação às situações anterior e posterior ao ilícito. Após a restituição, o malfeitor deve estar em uma posição de indiferença em relação às suas situações pré-ilícito e pós-restituição” (GIGLIO, 2007, p. 34. Tradução livre).

associá-los a essa mesma “função genérica”.⁵⁶ Ressalvada a possível confusão terminológica que tal enunciação pode gerar – uma equivocada impressão sobre a existência de alguma similitude funcional –, o que não se pode perder de vista é a efetiva relevância da análise funcional dos institutos consiste na identificação da denominada “função específica” (passível de referência simplesmente como “função”) de cada um deles.⁵⁷

Registre-se, ainda, que a referida similitude estrutural (por alguns autores expressa em termos de mesma “função genérica”) finda por ser ressaltada pelas correntes doutrinárias que extraem do requisito da obtenção à custa de outrem – consagrado, no direito brasileiro, pelo art. 884 do Código Civil – uma suposta exigência de correlação entre enriquecimento e empobrecimento.⁵⁸ Exigir a prova do empobrecimento e da sua correlação com o enriquecimento como condição para a deflagração da obrigação de restituir acarretaria, de fato, a quase impossibilidade prática de delimitação dos contornos do enriquecimento sem causa e da responsabilidade civil.⁵⁹

Somente a análise funcional dos institutos parece possibilitar, então, a delimitação das suas fronteiras dogmáticas, de modo a revelar que a sua similitude estrutural não tem o condão de extirpar a distinção funcional

56 Em que pese a similitude em referência à denominada *função genérica* dos institutos, reconhece-se haver nítida distinção no tocante à dita *função específica*: “Ao contrário do que ocorre na responsabilidade civil, o enriquecimento sem causa tem por função específica remover o enriquecimento; a remoção do dano é que, neste caso, é indireta e eventual” (SAVI, 2012, p. 54). Em sentido semelhante, v. GUEDES, 2011, pp. 224-225.

57 “Se pode dizer-se que é esta – a de operar uma tal redistribuição da riqueza – a função genérica dos dois institutos, a verdade, porém, é que há entre ambos profundas e inegáveis diferenças, a revelarem a distinta intenção ou função específica de um e outro” (COELHO, 1970, p. 22).

58 Para o desenvolvimento da crítica a tal linha de entendimento, v., com ampla bibliografia, SILVA, 2016a, pp. 13 e ss.; e, ainda, SILVA, 2017, item 2.2.

59 Sobre este ponto novos comentários serão tecidos mais adiante. A ilustrar a mencionada dificuldade, veja-se: “[...] a própria palavra ‘restituição’ mostra que a indenização deve ser limitada aos danos emergentes. Se o proveito de um for superior ao prejuízo do outro, não poderá este reclamar a importância total desse proveito, porque a diferença não constitui o seu detrimento. A ação de *in rem verso* visa a restituição do objeto cuja transferência foi causa do empobrecimento de um e correlativo enriquecimento de outro patrimônio, quando nenhum obstáculo de fato ou de direito se opõe a essa restituição *in natura*, em caso contrário, à restituição do valor em que se sub-rogou aquele objeto” (SANTOS, 1945, p. 389).

que lhes acompanha desde a gênese.⁶⁰ Tal distinção pode ser traduzida, em termos sintéticos, por uma diferença de escopo.⁶¹ De uma parte, a vedação ao enriquecimento sem causa visa à restauração do patrimônio da pessoa ao estado em que estaria acaso não ocorrido o fato gerador do enriquecimento injustificado.⁶² Pouco importa, para a determinação da obrigação de restituir, o estado anímico do enriquecido ou mesmo a ilicitude do fato gerador do enriquecimento.⁶³

De outra parte, a responsabilidade civil, outrora focada na pessoa do agente que perpetrava um ato ilícito, hoje se encontra voltada precipuamente à tutela da vítima do dano injusto.⁶⁴ Expressão maior de tal preocupação é a determinação, contida no *caput* do art. 944 do Código Civil, de que “[A] indenização mede-se pela extensão do dano”. Ao mesmo tempo em que

60 Ao analisar o cenário jurídico posterior à Constituição de 1988 e anterior ao Código Civil de 2002, Judith Martins-Costa alude à existência de “[...] confusões doutrinárias e jurisprudenciais entre o princípio (implícito) da reparação integral e o (na época também implícito) do *restitutio in integrum*, que pertence, todavia, ao enriquecimento sem causa, instituto que tem plena autonomia relativamente à responsabilidade civil, reportando-se a fonte obrigacional diversa daquela que leva ao dever de indenizar – num caso, o dano injusto, noutro, o trespassse patrimonial destituído de causa” (MARTINS-COSTA, 2010, p. 9). Também a destacar a distinção entre a responsabilidade civil e o enriquecimento sem causa, v., na doutrina espanhola, a lição de LAGOS, 1934, pp. 7-9.

61 Nesse sentido, v. SILVA, 2016a, p. 7.

62 Sobre a distinção funcional entre responsabilidade civil e vedação ao enriquecimento sem causa, Gisela Sampaio da Cruz Guedes afirma: “O foco da responsabilidade é a situação do lesado (e não a do ofensor) e a sua principal função é eliminar os prejuízos que lhe foram causados, seja na modalidade de dano emergente, seja na forma de lucro cessante, ao passo que o enriquecimento sem causa (e o ilícito) têm por escopo aniquilar um acréscimo, indevidamente injustificado, do qual o ofensor se beneficiou. É por isso que a doutrina tradicional ressalta que a responsabilidade civil e o enriquecimento sem causa estão sujeitos a princípios fundamentalmente diversos” (GUEDES, 2011, pp. 203-204). Em sentido semelhante, v., na doutrina brasileira, NANNI, 2010, pp. 216-218; e MIRAGEM, 2017, pp. 116-117; e, no direito português, CORDEIRO, 2010, p. 208.

63 Júlio Manuel Vieira Gomes esclarece que, diversamente da responsabilidade civil, “[...] a obrigação de restituir o que se obteve injustificadamente não depende de um comportamento culposo ou sequer de um comportamento ilícito do enriquecido – em rigor, não é mesmo necessário que tenha havido qualquer conduta do enriquecido, podendo este ter obtido algo à custa alheia em virtude de um comportamento da própria pessoa que vem agora exigir a restituição” (GOMES, 1998, p. 223). Semelhante conclusão já fora alcançada na doutrina brasileira do século passado: “[...] pode haver o locupletamento embora o locupletador permaneça em atitude puramente passiva, sem o ter desejado ou previsto. Logo, não é possível subordinar a ação de *in rem verso* aos princípios da responsabilidade civil, nem equipará-la à ação de perdas e danos” (SANTOS, 1945, p. 381).

64 “A constitucionalização do direito dos danos impôs, como se viu, a releitura da própria função primordial da responsabilidade civil. O foco que tradicionalmente recaía sobre a pessoa do causador do dano, que por seu ato reprovável deveria ser punido, deslocou-se no sentido da tutela especial garantida à vítima do dano injusto, que merece ser reparada. A punição do agente pelo dano causado, preocupação pertinente ao direito penal, perde a importância no âmbito cível para a reparação da vítima pelos danos sofridos” (BODIN DE MORAES, 2006, p. 245).

assegura à vítima a reparação integral do dano injusto por ela sofrido, a norma em comento garante ao causador do dano que a sua responsabilidade não ultrapassará o estrito limite do dano.⁶⁵ O montante da indenização pode até mesmo se revelar inferior à extensão do dano,⁶⁶ mas jamais se lhe poderá sobrepor.⁶⁷

3. O PROBLEMA DA SUPOSTA FUNÇÃO PUNITIVA DA RESPONSABILIDADE CIVIL

A supramencionada impossibilidade de que a indenização seja superior ao dano mantém íntima relação com a rejeição das teses genéricas de atribuição de caráter punitivo à responsabilidade civil.⁶⁸ A advertência faz-se de especial relevância no cenário contemporâneo, no qual juízes e tribunais brasileiros invocam reiteradamente uma suposta noção punitiva associada à responsabilidade civil para fundamentar a fixação de indenizações em montantes aleatórios e desprovidos de substrato racional – particularmente

65 Judith Martins-Costa correlaciona o perfil funcional da responsabilidade civil ao princípio da reparação integral: “O princípio em torno do qual se articula o instituto da responsabilidade civil é o princípio da reparação integral, que agrega ao valor fundante dessa disciplina o valor sistemático e o valor dogmático. É fundante o valor do princípio porque serve para explicitar em uma síntese altamente expressiva a razão de ser da responsabilidade civil como instituto jurídico, apontando para o seu núcleo básico ou característica central. [...] Colocar o lesado em situação equivalente à que se encontrava antes de ocorrer o ato ilícito liga-se diretamente à própria função da responsabilidade civil, apontando à ficção expressa na palavra ‘indenização’ – o tornar *in-damne* (sem dano), fazendo desaparecer, na medida do possível, os efeitos desagradáveis do evento danoso” (MARTINS-COSTA, 2010, p. 5).

66 Mencionem-se, ilustrativamente, as previsões contidas no parágrafo único do art. 944 do Código Civil e no parágrafo único do art. 928, todos do Código Civil.

67 “O referido dispositivo [parágrafo único do art. 944 do CC] apenas autoriza que o juiz, com base na equidade, reduza a indenização – nunca, porém, que a aumente –, quando houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano” (GUEDES, 2011, p. 217). Sérgio Savi critica, ainda, a proposta de interpretação extensiva da regra contida no parágrafo único do artigo 944 do Código Civil: “O legislador de fato inovou ao introduzir uma exceção expressa ao princípio da reparação integral dos danos. A regra, contudo, é de exceção, e deve ser interpretada restritivamente. O parágrafo único do artigo 944 do Código Civil não pode, portanto, ser utilizado como ‘porta de entrada’ ou fundamento para as indenizações punitivas no direito brasileiro e, tampouco, para justificar o cômputo dos lucros do interventor no cálculo da indenização” (SAVI, 2012, pp. 75-76).

68 Para uma crítica à tese atribuição genérica de caráter punitivo à responsabilidade civil, v. BODIN DE MORAES, 2010, pp. 371 e ss.

na seara dos danos morais, por influxo da doutrina norte-americana dos *punitive damages*.⁶⁹

Tal prática jurisprudencial, ainda que imbuída de louváveis propósitos, encontra óbice aparentemente intransponível em uma regra fundamental: toda e qualquer punição, independentemente do ramo do Direito em que situada, deve se fundamentar diretamente em lei em sentido formal.⁷⁰ Trata-se do princípio da legalidade,⁷¹ segundo o qual “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal” (CF, art. 5º, XXXIX). Trazido à esfera cível, o referido princípio determina que nenhuma punição pode ser imposta pelo juiz sem prévia e estrita cominação legal.

Não bastasse a afronta direta ao princípio da legalidade, a imposição de penas por meio do mecanismo da responsabilidade civil findaria por agravar sobremaneira a situação do acusado no que tange às garantias

69 Gustavo Tepedino e Anderson Schreiber relatam que “[...] na experiência brasileira, assim como em diversos ordenamentos ocidentais, vive-se um momento de fascínio pelos *punitive damages* norte-americanos e pelas indenizações milionárias que de suas aplicações resultavam. Ensaiou-se, na prática advocatícia, uma importação acrítica do modelo do common law, que somente agora vem, pouco a pouco, reconhecido como inaplicável, ao menos em seus contornos originais, ao ordenamento jurídico brasileiro, de tradição romano-germânica. Nem por isso, todavia, se pode dizer que à responsabilidade civil por dano moral seja, entre nós, atribuído caráter exclusivamente compensatório, já que o caráter punitivo aflora nos critérios de quantificação” (TEPEDINO; SCHREIBER, 2006, p. 520).

70 “De acordo com o princípio da reserva legal, todos os atos estatais que são gravosos aos cidadãos necessitam de apoio em uma lei formal. [...] O princípio da legalidade, dessa forma, empresta segurança a um ordenamento jurídico e garante aos cidadãos proteção ante o jus puniendi estatal. Por este princípio os jurisdicionados devem saber de antemão a conduta proibida e sua sanção [...]” (CALLEGARI, 2013, p. 387).

71 Assim se conclui, a propósito dos *punitive damages*: “É certo que a aplicação dos critérios punitivos e mesmo o teor sancionatório das sentenças judiciais vêm, muitas vezes, no afã de justificar indenizações mais elevadas para casos em que ao prejuízo gerado pela conduta reiterada e até maliciosa do ofensor não se costuma atribuir um valor suficiente para evitar a repetição do dano. Entretanto, parece, em primeiro lugar, que tal punição não pode prescindir de autorização legislativa expressa, e que, mesmo nos casos referidos, outras alternativas existem à atribuição de um papel punitivo à responsabilidade civil” (TEPEDINO; SCHREIBER, 2006, p. 522). Idêntica conclusão é alcançada na doutrina portuguesa: “Configurando os danos punitivos uma sanção de tipo penal, vários obstáculos se erigem contra a sua admissibilidade. Assim, e para nos centrarmos nos mais acutilantemente sublinhados pela doutrina, poderíamos dizer que eles, danos punitivos, escapavam à proibição do *nullum crimen sine lege*. É certo que – e já tivemos oportunidade de o referir – o sistema não é fechado e que a juridicidade se delimita a partir do problema, mas também é verdade que há determinados princípios que, com o seu cunho normativo, funcionam como limite objetivo à realização transsistemática do direito” (BARBOSA, 2005, p. 574). A autora prossegue: “Ora, a cominação de danos punitivos afigura-se totalmente distante de um princípio da tipicidade. Não só inexiste a exigível previsão expressa da eventual punição a ser associada à prática de um ilícito doloso de determinando tipo, como, fruto da remissão do escopo punitivo estrito para o domínio civilístico, ficariam apagadas as garantias que, ao nível do processo penal, são reconhecidas aos arguidos, ao mesmo tempo que potencializam o risco de uma dupla punição, em claro desrespeito por outra proibição penalista – *ne bis in idem*” (BARBOSA, 2005, pp. 574-575).

substanciais e processuais.⁷² Mencione-se, no intuito de demonstrar o propósito do legislador brasileiro, que todos os dispositivos do Projeto do Código de Defesa do Consumidor que contemplavam hipóteses de indenização punitiva sofreram veto presidencial, o qual não foi derrubado pelo Congresso Nacional por ocasião da promulgação do diploma legal.⁷³

O que se tem, ao final, é a opção expressa do direito brasileiro pela limitação da indenização à extensão do dano: nada mais e nada menos do que a medida exata do prejuízo experimentado pela vítima pode servir à quantificação da reparação civil.⁷⁴ Consagrou-se, assim, um modelo jurídico em que a responsabilidade civil assume caráter primordialmente reparatório (ou compensatório).⁷⁵ Diante disso, não é facultado ao julgador, no momento da quantificação do dever de indenizar, levar em consideração circunstâncias atinentes à pessoa ou à intenção do causador do dano como

72 Em síntese das críticas ora expostas, Maria Celina Bodin de Moraes afirma que, “[...] ao se adotar o caráter punitivo e o deixar ao arbítrio unicamente do juiz, corre-se o risco de violar o multissecular princípio da legalidade, segundo o qual *nullum crimen, nulla poena sine lege*. Além disso, em sede civil, não se colocam à disposição do ofensor as garantias substanciais e processuais – como, por exemplo, a maior acuidade quanto ao ônus da prova – tradicionalmente prescritas ao imputado no juízo criminal” (BODIN DE MORAES, 2010, p. 375). No mesmo sentido, v. KONDER, 2017.

73 Faz-se referência aos arts. 16, 45 e 52, §3o, *verbis*: “Art. 16. Se comprovada a alta periculosidade do produto ou do serviço que provocou o dano, ou grave imprudência, negligência ou imperícia do fornecedor, será devida multa civil de até um milhão de vezes o Bônus do Tesouro Nacional – BTN, ou índice equivalente que venha substituí-lo, na ação proposta por qualquer dos legitimados à defesa do consumidor em juízo, a critério do juiz, de acordo com a gravidade e proporção do dano, bem como a situação econômica do responsável”; “Art. 45. As infrações ao disposto neste Capítulo, além de perdas e danos, indenização por danos morais, perda dos juros e outras sanções cabíveis, ficam sujeitas à multa de natureza civil, proporcional à gravidade da infração e à condição econômica do infrator, cominada pelo juiz na ação proposta por qualquer dos legitimados à defesa do consumidor em juízo”; “Art. 52. [...] § 3º - O fornecedor ficará sujeito a multa civil e perda dos juros, além de outras sanções cabíveis, se descumprir o disposto neste artigo”.

74 “Em síntese, o ordenamento jurídico brasileiro não acolhe os *punitive damages* como título autônomo de indenização, mas os tribunais empregas, à margem de uma indicação legislativa, critérios de quantificação de natureza punitiva, o que acaba por ser ainda mais grave. Contra este caráter punitivo, posiciona-se expressamente o novo Código Civil brasileiro, que, em seu artigo 944, determina: “[...] A gravidade da culpa somente vem tomada em consideração pelo legislador de 2002 para fins de eventual redução equitativa da indenização, quando for excessivamente desproporcional ao prejuízo causado (art. 944, par. ún.). O dado positivo aparece, portanto, em flagrante contradição com a prática jurisprudencial. [...] parece, em primeiro lugar, que tal punição não pode prescindir de autorização legislativa expressa, e que, mesmo nos casos referidos, outras alternativas existem à atribuição de um papel punitivo à responsabilidade civil” (TEPEDINO; SCHREIBER, 2006, pp. 521-522). Em sentido diverso, a sustentar a necessidade de a indenização ser fixada em atenção não apenas à extensão do dano, mas igualmente à suposta função punitiva da responsabilidade civil, v., entre outros, ROSENVALD, 2017, pp. 216 e ss.

75 “A função primordial da responsabilidade civil, portanto, é a de remover o dano sofrido pela vítima, sem preocupar-se com a punição do ofensor” (SAVI, 2012, p. 45).

critérios; trata-se, de fato, de parâmetros totalmente alheios ao dano em si considerado e, portanto, violadores do princípio da reparação integral.⁷⁶

Ainda que se entenda que o desenvolvimento contemporâneo da matéria pode vir a permitir que se cogite do reconhecimento, em caráter geral, de certos mecanismos preventivos na responsabilidade civil, esta há de permanecer sempre e necessariamente estruturada em torno de um dano concreto (atual ou iminente, mas necessariamente certo),⁷⁷ afastada, portanto, eventual confusão entre a verdadeira prevenção e a mera punição.⁷⁸

4. UMA DIFICULDADE PRÁTICA DE QUALIFICAÇÃO: O EXEMPLO DAS PREVISÕES LEGAIS DE “DEVOLUÇÃO EM DOBRO” DO INDÉBITO

A crítica feita anteriormente ao recurso imoderado a uma suposta função punitiva da responsabilidade civil justifica, guardadas as devidas proporções, a adoção de acentuada cautela diante de proposições teóricas que associem a uma mesma figura propósitos reparatórios, punitivos e restitutórios. Exemplo eloquente em que essa advertência assume particular

76 Nesse sentido, BODIN DE MORAES, 2017, capítulo 5.

77 Remete-se, por oportuno, ao raciocínio desenvolvido no item 1, *supra*.

78 Justifica-se, por tais razões, o afastamento da proposição teórica que associa toda a responsabilidade civil a uma genérica “função preventiva”: “Ao efetuarmos a tripartição funcional da responsabilidade civil em reparatória, punitiva e precaucional, abstermo-nos de conferir a qualquer uma delas, com exclusividade, a qualificação de ‘função preventiva’. A prevenção lato sensu é um dos quatro princípios regentes da responsabilidade civil e inafastável consequência da aplicação de qualquer uma das três funções estudadas. A prevenção reside em todos os confines da responsabilidade e não apenas simboliza um mero refrão: ‘mais vale prevenir do que remediar’, ou uma vazia declaração de princípios. [...] Em suma, podemos afirmar que na função reparatória a indenização é acrescida a uma ‘prevenção de danos’; na função punitiva, a pena civil é acrescida a uma ‘prevenção de ilícitos’; enquanto na função precaucional, a sanção é acrescida a uma ‘prevenção de riscos’” (ROSENVALD, 2017, p. 33). Especificamente no tocante à denominada função precaucional da responsabilidade civil, afirma-se: “Nesse cenário, o princípio da precaução ingressa quando há o confronto entre o ordenamento jurídico e as atividades danosas cujas consequências não são passíveis de compensação ou securitização. Pense-se, por exemplo, em riscos de natureza nuclear, química, ecológica ou associados à engenharia genética, os quais, em virtude de não poderem ser limitados pelo tempo ou pelo espaço, não podem ser compensados, nem segurados, um dos exemplos típicos neste domínio respeita aos produtos alimentares que contêm organismos geneticamente modificados. A ciência não consegue prever inequivocamente os seus efeitos no consumo humano. Nesse contexto de incerteza, os mecanismos tradicionais do direito da defesa de concorrência [...] afiguram-se inadequados para assegurar uma efetiva proteção aos consumidores. Parece apenas restar como opção a implementação do princípio da precaução” (ROSENVALD, 2017, p. 122). O reconhecimento dogmático de um perfil funcional preventivo da responsabilidade civil parece não prescindir, em realidade, de uma distinção bem delimitada entre as possíveis funções do instituto, bem como de uma adequada autonomização entre os campos próprios de atuação do direito civil e dos demais ramos do direito – notadamente o administrativo –, por ser, ao menos, questionável a imputação de deveres os mais diversos a título de responsabilidade civil preventiva ou precaucional sem previsão legal e em substituição aos mecanismos próprios de política pública.

relevo consiste nas previsões legais do que se convencionou denominar *devolução em dobro* do indébito. A expressão, verdadeira contradição em termos, traduz as hipóteses em que o legislador estabelece a obrigação imposta a uma parte de “restituir” a prestação indevidamente percebida por ela, mais o valor correspondente a essa mesma prestação, o que equivaleria à “devolução duplicada” da prestação.

A análise da legislação brasileira revela alguns exemplos de previsão da chamada *devolução em dobro*, particularmente na disciplina da cobrança indevida no âmbito das relações paritárias e de consumo. O art. 940 do Código Civil, por exemplo, estabelece que, quando o credor “demandar por dívida já paga, no todo ou em parte, sem ressaltar as quantias recebidas ou pedir mais do que for devido”, deverá pagar ao devedor “o dobro do que houver cobrado” caso já tenha recebido o pagamento a maior, ou “o equivalente do que dele exigir” caso ainda não se tenha verificado mais do que a cobrança indevida (art. 940 do Código Civil). Em sentido semelhante – e ainda mais explícito quanto à referência à ideia de *devolução em dobro* –, o art. 42, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor estabelece que “o consumidor cobrado em quantia indevida tem direito à repetição do indébito, por valor igual ao dobro do que pagou em excesso”, ressalvada a hipótese de engano justificável.⁷⁹

A despeito do termo “devolução”, empregado com frequência pela doutrina e pela jurisprudência a respeito de tais dispositivos normativos, cumpre perquirir a sua efetiva vinculação aos regimes jurídicos obrigacionais (que seguem, na grande maioria dos casos, seja a função executória de um

79 A ressalva constante da parte final do parágrafo único do art. 42 do Código de Defesa do Consumidor suscita acentuada controvérsia em doutrina e jurisprudencial, como relata Bruno Miragem: “Observa--se, contudo, que exegese da expressão ‘salvo hipótese de engano justificável’ considera distintas interpretações. Em trabalho anterior, sustentamos que é espécie de sanção civil, só afastada mediante demonstração cabal da ausência de dolo ou culpa do fornecedor. Todavia, assim não entende a jurisprudência majoritária, considerando diversamente, que a expressão conduz à necessidade de realizar a prova da presença de culpa ou dolo na conduta do fornecedor. Desse modo, da ausência de demonstração do elemento subjetivo da conduta do fornecedor, seria cabível apenas a repetição simples do valor pago indevidamente” (MIRAGEM, 2011, p. 393). Assim conclui Bruno Miragem: “Com o devido respeito à opinião em contrário, não parece ser este o sentido comum que se retira da interpretação dos termos da norma. Isto porque claramente surge da norma o sentido excepcional do afastamento do dever de devolução em dobro, que é sanção aplicável ao fornecedor, e pela qual responde por culpa presumida. Seria de admitir-se, neste sentido, o afastamento do dever de devolução em dobro, caso houvesse erro justificável, a semelhança do erro substancial, a que se refere o Código Civil, como aquele que ‘poderia ser percebido por pessoa de diligência normal, em face das circunstâncias do negócio’ (art. 138 do CC/2002). Neste sentido, o ônus da prova para demonstração da escusabilidade, ou aqui, de se tratar de erro justificável, é daquele a quem aproveita a alegação, no caso, o fornecedor” (MIRAGEM, 2011, p. 394). No mesmo sentido, v. OLIVEIRA; KOSIAWY, 2017, p. 428; e ALMEIDA, 2005, p. 167.

negócio jurídico, seja a função indenizatória dos danos injustos, seja, ainda, a função restitutória do enriquecimento sem causa).⁸⁰ Não parece possível, em qualquer caso, identificar uma associação entre as hipóteses de *devolução em dobro* e a função executória característica do regime negocial, por não visarem elas à promoção de um regulamento privado de interesses. Resta maior dúvida, porém, no que diz respeito à possível vinculação funcional das hipóteses em comento aos regimes indenizatório e restitutivo.

De uma parte, em favor da associação ao regime indenizatório coloca-se a opção expressa do legislador pela inclusão da norma referente à chamada *devolução em dobro* (art. 940) no âmbito da disciplina da obrigação de indenizar (Capítulo I), dentro do Título próprio dispensado pelo Código Civil de 2002 à responsabilidade civil. A segunda parcela, sobressalente à dita *devolução simples*, poderia ser entendida, nesse sentido, como princípio de indenização assegurado em lei.⁸¹ De outra parte, em favor da associação ao regime restitutivo coloca-se a opção – igualmente expressa – do legislador pela previsão do “dobro” como critério de cálculo da “repetição do indébito” (art. 42 do Código de Defesa do Consumidor). A segunda parcela, sobressalente à *devolução simples*, poderia ser entendida, nesta outra perspectiva, como critério específico de determinação do *quantum* da obrigação restitutória.

Curiosamente, a diversidade de indícios fornecidos pelo legislador nesses dois casos parece indicar, não a associação da *devolução em dobro* a qualquer

80 Essa tripartição fundamental das fontes das obrigações, entendidas como os regimes gerais a que se submetem a maior parte das obrigações na ordem civil, é adotada por NORONHA, 2013, p. 440. A respeito, com ampla bibliografia, cf. tb. SILVA, 2017, item 1.2.

81 Sistemática semelhante é adotada pelo direito brasileiro para a disciplina das arras confirmatórias, a teor dos arts. 417 a 419 do Código Civil. Nesse sentido, a destacar o funcionamento das arras confirmatórias como piso da indenização, Carlos Nelson Konder afirma: “Se, no entanto, houver inexecução por fato imputável a quem deu as arras – por exemplo, o promitente-comprador que desiste de adquirir o imóvel por encontrar outro que reputa melhor –, as arras serão perdidas em favor de quem as deu. Aqui se demonstra claramente sua função principal: aquele que recebeu as arras como confirmação da seriedade do negócio e, depois, é frustrado pelo comportamento culposos da outra parte, poderá reter as arras, a título de mínimo indenizatório dos prejuízos sofridos. Essa característica das arras de predeterminar um mínimo de indenização atua de forma bilateral, isto é, vincula ambos os contratantes. Assim, se o cenário for, enfim, de inexecução do contrato por fato imputável a quem recebeu as arras, deverá este não apenas devolver as arras, mas também pagar a quem as deu o equivalente pecuniário do sinal, valor que se entende ser o mínimo de indenização devida pelos prejuízos sofridos. Na prática, como o mais comum é que as arras sejam quantia em dinheiro, simplifica-se com a ideia da *devolução em dobro*: no inadimplemento com arras, quem as deu perde-as, quem as recebeu devolve-as em dobro” (KONDER, 2014, p. 90). O autor arremata: “Nesses dois últimos cenários, como destacado, as arras funcionam como predeterminação do mínimo da indenização. Poderá o contratante vítima, se comprovar que seu prejuízo com a inexecução foi superior ao valor das arras, demandar indenização suplementar, de maneira a ocorrer sua reparação integral. A perda das arras, ou sua *devolução em dobro*, todavia, por configurar mínimo indenizatório, independe de prova” (KONDER, 2014, p. 90). Em sentido semelhante, v. LIMA, 1947, *passim*.

dos regimes em comento, mas sim, na verdade, o seu afastamento em relação a ambos.⁸² A vinculação com a função indenizatória resta dificultada não só pelo fato de se prescindir da demonstração do dano supostamente sofrido pelo devedor demandado, mas igualmente pelo fato de o art. 941 do Código Civil estabelecer a não incidência do comando de devolução em dobro “quando o autor desistir da ação antes de contestada a lide”.⁸³ O referido art. 941 faz menção expressa, ainda, à noção de “pena” para se referir às hipóteses de *devolução em dobro*, a evidenciar um propósito punitivo na disciplina legal.⁸⁴ Melhor sorte não assiste à tese que restringe a *devolução em dobro* a uma função restitutória. Com efeito, não parece adequado à compreensão da função restitutória o reconhecimento de um critério de cálculo que conduza o enriquecido a situação mais gravosa do que aquela em que ele se encontraria na ausência do fato gerador do enriquecimento injustificado. Evidencia-se, uma vez mais, um provável propósito punitivo na matéria.⁸⁵

Nesse sentido, o tratamento jurídico mais adequado da chamada devolução em dobro parece ser o de cindir tal hipótese em duas pretensões distintas, de acordo com as respectivas funções, de tal modo que a primeira “parte” da devolução siga o regime geral de restituição do enriquecimento sem causa (por se tratar da consequência tradicional atribuída ao pagamento indevido), ao passo que a segunda “parte” (a “dobra”) seja qualificada como

82 Nesse sentido, cf. SILVA, 2017, item 1.3.

83 A afastar eventual associação com a função indenizatória, afirmam Gustavo Tepedino e Anderson Schreiber: “Como se vê, para as várias hipóteses de cobrança indevida, previu o legislador diferentes sanções, que têm, todavia, em comum o fato de prescindirem de qualquer prejuízo efetivo por parte do demandado. Assim, quem, por exemplo, demanda dívida já paga fica obrigado a pagar ao demandado o dobro do que houver lhe cobrado. Tecnicamente, tal montante não se transfere a título de reparação, já que nem a cobrança indevida necessariamente causa prejuízo ao devedor, nem há qualquer razão concreta para considerar que, existindo, tal prejuízo venha a corresponder ao dobro do valor exigido” (TEPEDINO; SCHREIBER, 2006, p. 504). No mesmo sentido, cf., na doutrina processualista, DINAMARCO, 2010, pp. 1.737-1.739.

84 A ilustrar o reconhecimento de propósito punitivo na disciplina das hipóteses denominadas de *devolução em dobro*, afirma-se: “O art. 42, par., do Código de Defesa do Consumidor não contém uma disposição destinada a reger uma suposta reparação de danos. Contém sim a cominação de pesadíssima multa, que como multa deve ser tratada, quer em sua nítida finalidade repressiva, quer nos pressupostos de sua incidência. A finalidade repressiva de tal sanção e sua consequente natureza de autêntica multa são determinantes de um tratamento diferenciado, que não coincide e não se confunde com a regência da responsabilidade civil por danos” (DINAMARCO, 2010, p. 1.735). Identifica-se, a propósito, a tendência em “[...] se atribuir às referidas normas uma função exclusivamente punitiva, inserindo-as frequentemente no topo do rol das chamadas penas privadas” (TEPEDINO; SCHREIBER, 2006, p. 504). Os autores cogitam, contudo, de uma função de pré-liquidação de danos extrapatrimoniais por normas como aquela contida no art. 940 do Código Civil (TEPEDINO; SCHREIBER, 2006, pp. 504-505).

85 A ilustrar a identificação de propósito punitivo, afirma-se: “[...] observe-se que o art. 42, parágrafo único, do CDC estabelece espécie de sanção do fornecedor em face da violação do direito, de *devolução em dobro* do valor cobrado indevidamente” (MIRAGEM, 2011, p. 392).

efetiva pena civil. Coerentemente com tal postura, qualificou-se em nossa jurisprudência, tanto em relações paritárias quanto em matéria consumerista, que a devolução do “dobro” depende da má-fé de quem realizou a cobrança (exigindo-se, assim, um elemento subjetivo de imputação da sanção – que segue a lógica punitiva, sendo, portanto, alheio às restituições e às reparações).⁸⁶

No entanto, sobretudo nas relações de consumo, tendo em vista que o CDC apenas prevê expressamente um único prazo prescricional (o prazo quinquenal que o art. 27 estabelece para as pretensões indenizatórias por fato do produto ou do serviço), não são raras as ocasiões em que a jurisprudência atribui às duas “partes” da *devolução em dobro* um inexistente caráter reparatório, de modo a justificar a incidência do referido prazo prescricional.⁸⁷ Tal qualificação, bastante atécnica, não parece causar

86 A identificação da função punitiva da *devolução em dobro* parece justificar a cautela, verificada na jurisprudência, de limitar a incidência das previsões de *devolução em dobro* às hipóteses em que restar comprovada atuação maliciosa (e não meramente negligente) do credor. Trata-se de entendimento consagrado já sob a égide do CC1916, refletido no Enunciado n. 159 da Súmula do Supremo Tribunal Federal, in verbis: “Cobrança excessiva, mas de boa-fé, não dá lugar às sanções do art. 1.531 do Código Civil”. A ilustrar a consagração do referido entendimento jurisprudencial, no sentido de condicionar a *devolução em dobro* à prova da má-fé do credor tanto no âmbito de relações regidas pelo Código Civil quanto no daquelas regidas pelo CDC, v. STJ, Ag. Int. no AREsp. 911.309, 4a T., Rel. Min. Marco Buzzi, julg. 4.5.2017; STJ, Ag. Int. no REsp. 1.449.237, 3a T., Rel. Min. Moura Ribeiro, julg. 25.4.2017; STJ, Ag. Int. no AREsp. 745.691, 3a T., Rel. Min. Paulo De Tarso Sanseverino, julg. 4.4.2017; STJ, REsp. 1.529.545, 3a T., Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, julg. 1.12.2016; STJ, Ag.Rg. no AREsp. 825.017, 4a T., Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, julg. 5.4.2016; STJ, Ag.Rg. no AREsp. 489.079, 2a T., Rel. Min. Assusete Magalhães, julg. 3.3.2016; STJ, REsp. 1.111.270, 2a S., Rel. Min. Marco Buzzi, julg. 25.11.2015; e STJ, Ag.Rg. no REsp. 1.504.572, 1a T., Rel. Min. Benedito Gonçalves, julg. 21.5.2015.

87 Ilustrativamente: “Ação revisional cumulada com indenizatória por danos materiais e morais. Reajuste abusivo de mensalidade de plano de saúde por mudança de faixa etária. Sentença de procedência parcial do pedido. [...] Necessidade de devolução dos valores cobrados indevidamente, em dobro. Prescrição quinquenal” (TJRJ, Ap. Civ. 0193309-22.2016.8.19.0001, 24ª C.C., Rel. Des. Andrea Fortuna Teixeira, julg. 4.9.2017); “Direito do consumidor. Contrato de plano de assistência à saúde. Aumento das mensalidades em razão de mudança de faixa etária. Vedação legal. Normas de ordem pública do estatuto do idoso. Lei nº 10.741/2.003. Restituição de indébito em dobro, com correção monetária a contar da data do desembolso de cada parcela e juros de mora incidentes a partir da citação. Prescrição quinquenal, consoante o artigo 27, do Código de Defesa do Consumidor. [...]” (TJRJ, Ap. Civ. 0307919-13.2010.8.19.0001, 26ª C.C., Rel. Des. Luciano Silva Barreto, julg. 27.4.2017); “Apelação cível. Contrato bancário universitário - conta universitária. Limitação de depósito de valores e operações de débito. Ação de restituição de valores cumulada com indenização por danos materiais e morais. Código de Defesa do Consumidor. [...] Constitui decorrência inevitável da restituição em dobro dos prejuízos sofridos pela autora” (TJRS, Ap. Civ. 70073288763, 1ª C. Esp. Civ., Rel. Des. Alex Gonzalez Custodio, julg. 30.5.2017); “Apelação cível. Seguro incluído em conta telefônica sem solicitação. cobrança indevida. *Devolução em dobro* do que foi indevidamente cobrado e pago. Prescrição. [...] Está provada a inserção indevida de seguro não solicitado na conta de telefone da consumidora demandante, motivo pelo qual os valores indevidamente cobrados e pagos devem ser devolvidos em dobro. Improcede a exceção de prescrição, de prazo quinquenal e não trienal. [...]” (TJRS, Ap. Civ. 70057588303, 20ª Câmara Cível, Rel. Des. Carlos Cini Marchionatti, julg. 11.12.2013).

surpresa ao julgador, já habituado a afirmar uma suposta lógica punitiva das indenizações e confortável com a qualificação da restituição em dobro como reparação de dano material. Como visto, o tratamento mais técnico da questão aconselharia disciplinar diferentemente cada parte da “devolução”, e ambas se sujeitariam a prazos do Código Civil (em razão da omissão do diploma consumerista): a primeira ao prazo trienal do art. 206, §3º, IV, e a segunda, ao prazo prescricional geral do art. 205, diante da ausência de prazo específico em matéria de penas civis. A crescente atribuição de uma suposta função punitiva para as indenizações tem contribuído, contudo, para a associação dessa hipótese ao prazo prescricional da responsabilidade civil, matéria estranha a ambas as parcelas da chamada *devolução em dobro*.

Das precedentes considerações decorrem, além do alerta sobre a constante necessidade de investigação dos limites da função restitutória, ao menos duas inferências. Em primeiro lugar, deve-se reconhecer que eventual propósito repressivo ou pedagógico de certa obrigação, embora passível de positivação específica e expressa pelo legislador, não permite a associação indiscriminada do regime restitutivo do enriquecimento sem causa a uma suposta função punitiva, valendo incorporar à matéria as já referidas cautelas aventadas pela doutrina da responsabilidade civil. Em segundo lugar, deve-se reconhecer que a conclusão sobre a diversidade de perfis funcionais entre a obrigação de devolução simples (esta, sim, de cunho nitidamente restitutivo)⁸⁸ e aquela de *devolução em dobro* reclama investigação da civilística acerca da disciplina jurídica aplicável especificamente à pretensão de “devolução” da parcela sobressalente, a começar pelo prazo prescricional sobre ela incidente.⁸⁹ Trata-se, em suma, de reconhecer que a eventual identificação de função punitiva de certas obrigações parece desautorizar a aplicação automática do idêntico regime jurídico dispensado às obrigações de perfil restitutivo ou de perfil reparatório a elas associadas, a começar pela definição do prazo prescricional.

Reconhece-se, por outro lado, a possibilidade de cumulação das pretensões restitutória e indenizatória (bem como de eventual pena civil),

88 A identificar o perfil restitutivo da obrigação de devolução simples, v., por todos, MIRAGEM, Bruno. Pretensão de repetição de indébito do consumidor e sua inserção nas categorias gerais do direito privado, cit., p. 399.

89 Nesse sentido, cf. SILVA, 2017, item 1.3.

quando verificados os pressupostos próprios de cada qual.⁹⁰ Com efeito, uma vez compreendido que tais pretensões remontam a institutos funcionalmente distintos, afasta-se qualquer óbice *prima facie* à sua coexistência em uma mesma situação fática.⁹¹ Em atenção às funções precípua da responsabilidade civil e da vedação ao enriquecimento sem causa, pode-se enunciar, então, a regra geral segundo a qual coexistirão as respectivas pretensões sempre que houver dano injusto a indenizar e enriquecimento injusto a restituir.⁹² Pode-se concluir, assim, que, quando determinada situação preencher simultaneamente os pressupostos do enriquecimento sem causa e da responsabilidade civil (e, ainda, eventual hipótese de incidência de pena civil), diversas haverá de ser as pretensões relacionadas.⁹³ Ressaltam-se, com isso, as distinções funcionais entre os institutos em comento e evitam-se indesejáveis aproximações a um caráter punitivo genérico.⁹⁴

90 Ao se referir à corrente que conclui pelo afastamento do regime do enriquecimento sem causa em todos os casos de surgimento do dever de indenizar, Luís Manuel Teles de Menezes Leitão afirma: “A linearidade deste raciocínio é, no entanto, claramente posta em causa pela diferenciação de pressupostos e pela diferença de função dos dois institutos. Mesmo segundo a teoria clássica do enriquecimento sem causa (assente na existência de uma deslocação patrimonial) essa diferenciação de pressupostos existe em virtude de o enriquecimento sem causa pressupor a colocação de dois patrimônios independentes em relação um com o outro, enquanto na responsabilidade civil apenas se efetua uma ponderação isolada do património do lesado, abstraindo-se dos seus efeitos no património do lesante [...] As teorias mais modernas acentuam, pelo contrário, a diferença de funções dos dois institutos, um centrado na remoção do dano e outro na repressão do enriquecimento. Efetivamente, a responsabilidade civil visa remover os danos, só reprimindo o enriquecimento de uma forma indireta e eventual. Pelo contrário, o enriquecimento sem causa visa reprimir o enriquecimento, só removendo o dano de uma forma indireta e eventual” (LEITÃO, 1996, p. 701).

91 “Note-se, contudo, que não se confundem a pretensão de repetição de indébito, cujo fundamento é a vedação ao enriquecimento sem causa, e a pretensão indenizatória, que decorre de dano injusto causado ela outra parte. E por isso, não se pode afastar a priori, a possibilidade de cumularem-se, decorrentes de um mesmo fato, a pretensão de devolução (restituição em vista do enriquecimento sem causa do fornecedor), mesmo quando *devolução em dobro* (que se caracteriza como sanção civil decorrente de violação do fornecedor que promoveu a cobrança), e a pretensão indenizatória, seja como reparação de danos materiais, quanto a compensação e/ou satisfação de danos extrapatrimoniais, quando estes sejam verificados a partir do agir ilícito do fornecedor” (MIRAGEM, 2011, p. 400).

92 Alcança-se conclusão semelhante no direito português: “A possibilidade de existência de um concurso entre a responsabilidade civil e o enriquecimento é aliás entre nós confirmada pela disposição do art. 498, n.º 4 do Código Civil, onde se escreve que ‘a prescrição do direito de indemnização não importa prescrição da ação de reivindicação nem da ação de restituição por enriquecimento sem causa, se houver lugar a uma ou outra’” (LEITÃO, 1996, p. 702).

93 CAMPOS, 1982, pp. 46-47; COELHO, 1970, pp. 85-86; LEITÃO, 2009, p. 411; e GUEDES, 2011, p. 208.

94 O realce da distinção funcional entre os institutos denota que não se coloca em xeque a regra de subsidiariedade: “Ora, ao falar em ‘outro meio’ o art. 474 [do Código Civil português] apenas estabelece uma subsidiariedade da pretensão de enriquecimento se através de outra disposição o lesado conseguir obter o mesmo resultado (ou um resultado superior) do que aquele que lhe adviria da pretensão de enriquecimento. Não sendo essa a situação, parece-nos claro que a pretensão de enriquecimento não fica afastada pela verificação cumulativa de uma hipótese de responsabilidade civil” (LEITÃO, 1996, pp. 701-702).

5. SÍNTESE CONCLUSIVA

As considerações anteriores buscaram demonstrar que a função reparatória como nota característica do sistema da responsabilidade civil não apenas garante a esse instituto sua autonomia conceitual como ainda contribui para a adequada qualificação de situações jurídicas concretas que, não ostentando essa como sua função (ou, ao menos, não como sua função precípua), devem sujeitar-se a regimes jurídicos distintos, orientados por outros perfis funcionais, tais como o da restituição ou o da punição. Assim, por exemplo, uma obrigação que ostente um escopo prioritariamente punitivo ou preventivo não deve ser associada, em princípio, nem ao campo da responsabilidade civil, nem ao campo do enriquecimento sem causa, sendo certo que, por sua vez, reparação e restituição também não se confundem.

Nesse sentido, devem-se ver com cautela as propostas doutrinárias que não apenas propõem funções diferenciadas para a responsabilidade civil (por vezes, até mesmo com prevalência sobre a função indenizatória) como, além disso, contribuem para agravar a confusão conceitual já existente na qualificação de certas pretensões, como é o caso daquela voltada à devolução em dobro do indébito. Embora sem um escopo sistematizador, o presente estudo buscou pontuar a relevância dessa autonomia funcional da reparação civil, sobretudo com o objetivo de suscitar maior parcimônia no trabalho da doutrina ao sopesar seu impulso inovador com seu dever precípua de orientar a interpretação e a aplicação do direito civil.

6. REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Luiz Cláudio Carvalho de. A repetição do indébito em dobro no caso de cobrança indevida de dívida oriunda de relação de consumo como hipótese de aplicação dos punitive damages no direito brasileiro. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 54, abr.-jun./2005.

ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*. São Paulo: Saraiva, 1949.

BARBOSA, Ana Mafalda. *Responsabilidade civil extracontratual: novas perspectivas em matéria de nexo de causalidade*. Cascais: Principia, 2014.

BARBOSA, Ana Mafalda. Reflexões em torno da responsabilidade civil: teleologia e teleonomologia em debate. *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, vol. 81, 2005.

- BODIN DE MORAES, Maria Celina. A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil. *Direito, Estado e Sociedade*, vol. 9, n. 29, jul.-dez./2006.
- BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Na medida da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.
- BODIN DE MORAES, Maria Celina. Dano moral: conceito, função, valoração. *Revista Forense*, vol. 413. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- BODIN DE MORAES, Maria Celina. Professores ou juízes? *Civilistica.com*, a. 3, n. 2, 2014.
- BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Processo, 2017.
- BUSNELLI, Francesco. *La lesione del credito da parte di terzi*. Milano: Giuffrè, 1964.
- CALLEGARI, André Luís. [Verbetes]. In: CANOTILHO, J. et al. (Coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.
- CAMPOS, Diogo José Paredes Leite de. Enriquecimento sem causa e responsabilidade civil. *Revista da Ordem dos Advogados*, a. 42, 1982.
- COELHO, Francisco Manuel Pereira. *O enriquecimento e o dano*. Coimbra: Almedina, 1970.
- DIEZ-PICAZO, Luís. *Derecho de daños*. Madrid: Civitas, 1999.
- DINAMARCO, Cândido. *Fundamentos do processo civil moderno*, t. II. São Paulo: Malheiros, 2010.
- FACHIN, Luiz Edson. *Direito civil: sentidos, transformações e fim*. Rio de Janeiro: Renovar, 2015.
- FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. *Responsabilidade por danos: imputação e nexos de causalidade*. Curitiba: Juruá, 2014.
- GIGLIO, Francesco. *The Foundations of Restitution for Wrongs*. Oxford: Hart Publishing, 2007.

GOMES, Orlando. Tendências modernas na teoria da responsabilidade civil. In: FRANCESCO, José Roberto di (Org.). *Estudos em homenagem a Sílvio Rodrigues*. São Paulo: Saraiva, 1989.

GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. *Lucros cessantes: do bom-senso ao postulado normativo da razoabilidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. *O problema do nexo causal na responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

HIRONAKA, Giselda. Responsabilidade pressuposta. In: DELGADO, Mário Luiz et al. (Coord.). *Novo Código Civil: questões controvertidas*, vol. 5. São Paulo: Método, 2006.

KONDER, Carlos Nelson. Arras e cláusula penal nos contratos imobiliários. *Revista dos Tribunais*, vol. 4, mar.-abr./2014.

KONDER, Carlos Nelson. Dificuldades de uma abordagem unitária do lucro da intervenção. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, vol. 4, n. 13, out.-dez./2017.

KONDER, Carlos Nelson; RENTERÍA, Pablo. A funcionalização das relações obrigacionais: interesse do credor e patrimonialidade da prestação. *Civillistica.com*, a. 1, n. 2, 2012.

LAGOS, Rafael Núñez. *El enriquecimiento sin causa en el derecho español*. Madrid: Reus, 1934.

LEITÃO, Luís de Menezes. *Direito das obrigações*, vol. I. Coimbra: Almedina, 2009.

LEITÃO, Luís de Menezes. *O enriquecimento sem causa no direito civil: estudo dogmático sobre a viabilidade da configuração unitária do instituto, face à contraposição entre as diferentes categorias de enriquecimento sem causa*. Lisboa: Centro de Estudos Fiscais, 1996.

LIMA, Alvino. Arras: restituição do sinal em dobro. *Revista dos Tribunais*, vol. 165, fev./1947.

MARTINS-COSTA, Judith. Prefácio a SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da reparação integral: indenização no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2010.

- MIRAGEM, Bruno. *Direito civil: direito das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2017.
- MIRAGEM, Bruno. Pretensão de repetição de indébito do consumidor e sua inserção nas categorias gerais do direito privado. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 79, jul.-set./2011.
- MIRANDA, F. C. Pontes de. *Tratado de direito privado*, t. XXII. São Paulo: RT, 2012.
- MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. Artigo 944 do Código Civil: o problema da mitigação do princípio da reparação integral. *Revista de Direito da PGERJ*, vol. 63, 2008.
- NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- OLIVEIRA, Andressa Jarletti Gonçalves de; KOSIAWY, Stefany Guerra. Devolução em dobro e a exigência judicial da prova da má-fé. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 109, jan.-fev./2017.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: GEN, 2016.
- PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- PERLINGIERI, Pietro. *Manuale di diritto civile*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2014.
- RAMOS, André Arnt. A responsabilidade civil para além dos esquemas tradicionais: prospecções do dano reparável na contemporaneidade. *Revista Fórum de Direito Civil*, a. 4, n. 10, 2015.
- ROCHFELD, Judith. *Les grandes notions du droit privé*. Paris: PUF, 2011.
- RODOTÀ, Stefano. Modelli e funzioni della responsabilità civile. *Rivista critica del diritto privato*, vol. 3. Napoli: Jovene, 1984.
- RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Nexo causal probabilístico: elementos para a crítica de um conceito. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, vol. 8, jul.-set./2016.

ROSENVALD, Nelson. *As funções da responsabilidade civil*. São Paulo: Saraiva, 2017.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da reparação integral: indenização no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2010.

SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado principalmente no ponto de vista prático*, vol. XII. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1945.

SAVATIER, René. *Traité de la responsabilité civile en droit français*, t. II. Paris: LGDJ, 1939.

SAVI, Sérgio. *Responsabilidade civil e enriquecimento sem causa*. São Paulo: Atlas, 2012.

SCHAMPS, Geneviève. *La mise en danger: un concept fondateur d'un principe général de responsabilité*. Paris: LGDJ, 1998.

SCHREIBER, Anderson. Flexibilização do nexu causal em relações de consumo. In: MARTINS, Guilherme (Coord.). *Temas de direito do consumidor*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SCHREIBER, Anderson. Marco Civil da Internet: avanço ou retrocesso? In: LUCCA, Newton et al. (Org.). *Direito e Internet III*. São Paulo: Quartier Latin, 2015.

SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil*. São Paulo: Atlas, 2009.

SCHREIBER, Anderson; KONDER, Carlos Nelson. Uma agenda para o direito civil-constitucional. *Revista Brasileira de Direito Civil*, vol. 10, out.-dez./2016.

SILVA, Rodrigo da Guia. A qualificação funcional da pretensão restitutória à luz da vedação ao enriquecimento sem causa. Dissertação de mestrado. Faculdade de Direito da UERJ. Rio de Janeiro, 2017.

SILVA, Rodrigo da Guia. Contornos do enriquecimento sem causa e da responsabilidade civil: estudo a partir da diferença entre lucro da intervenção e lucros cessantes. *Civilistica.com*, a. 5, n. 2, 2016a.

SILVA, Rodrigo da Guia. Danos por privação do uso: estudo de responsabilidade civil à luz do paradigma do dano injusto. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 107, 2016b.

SOUZA, Eduardo Nunes de. Considerações sobre a aplicação da teoria da perda de uma chance na responsabilidade civil do médico. *Pensar*, vol. 20, n. 3, set.-dez./2015.

SOUZA, Eduardo Nunes de. Merecimento de tutela: a nova fronteira do direito privado no direito civil. *Revista de Direito Privado*, vol. 58, abr.-jun./2014.

TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. As penas privadas no direito brasileiro. In: SARMENTO, Daniel et al. (Org.). *Direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

TRIMARCHI, Pietro. *Istituzioni di diritto privato*. Milano: Giuffrè, 2016.

VENTURI, Thaís G. Pascoaloto. A responsabilidade civil como instrumento de tutela e efetividade dos direitos da pessoa. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 5, n. 2, 2016.