

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
MESTRADO EM DIREITO

**PERDAS E DANOS NO INADIMPLEMENTO CONTRATUAL: BASES PARA
REVISÃO DOS LIMITES DA PRETENSÃO INDENIZATÓRIA**

PAULA EPPINGHAUS CIRNE LIMA

Porto Alegre/RS, Março de 2019.

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
MESTRADO EM DIREITO

**PERDAS E DANOS NO INADIMPLEMENTO CONTRATUAL: BASES PARA
REVISÃO DOS LIMITES DA PRETENSÃO INDENIZATÓRIA**

Dissertação apresentada como requisito final para
obtenção do grau de Mestre em Direito.

Mestranda: Paula Eppinghaus Cirne Lima

Orientador: Prof. Dr. Bruno Nubens Barbosa Miragem

Porto Alegre/RS, Março de 2019.

AGRADECIMENTOS

Inicialmente, agradeço ao meu orientador, Professor Bruno Miragem, a quem sou extremamente grata pela oportunidade de cursar o mestrado na Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Agradeço-o também por ter depositado sua confiança em mim quanto à escolha do tema e por ter me auxiliado durante essa jornada, sem sacrificar a minha liberdade na condução da pesquisa e na elaboração da dissertação.

As contribuições do Professor Bruno Miragem não se restringem ao presente trabalho e foram de extrema valia para o meu crescimento acadêmico e profissional. Espero tê-lo honrado com a pesquisa realizada e com a dissertação ora apresentada.

Sou extremamente grata ao Veirano Advogados e aos meus colegas de escritório, por acreditarem no meu potencial e sempre incentivarem o meu desenvolvimento, tanto profissional quanto acadêmico. Registro o meu agradecimento à excepcional bibliotecária Graciela Corrêa Travessas, pela sua inestimável contribuição neste trabalho.

Agradeço ainda ao Institut für ausländisches und internationales Privat- und Wirtschaftsrecht, na pessoa do Professor Marc-Philippe Weller, que me recebeu na Universidade de Heidelberg para condução de parte da pesquisa necessária para elaboração desta dissertação. Essa experiência foi muito enriquecedora e viabilizou o debate proposto na presente dissertação por outras perspectivas.

Formalizo o meu agradecimento ao Centro de Estudos de Direito Alemão e Europeu (CDEA), na pessoa de sua diretora, Professora Claudia Lima Marques, por implementar um excelente programa de mestrado, do qual tive a honra de fazer parte. Também não poderia deixar de agradecer ao CDEA por fomentar diversas oportunidades e conexões no Brasil e na Alemanha, que foram e serão de grande valia para o meu desenvolvimento acadêmico.

Por fim, agradeço aos meus amigos, que me incentivaram nos momentos difíceis e entenderam a minha ausência, e agradeço aos meus colegas de mestrado, com quem dividi as angústias e alegrias deste momento.

RESUMO

Com a evolução do direito, a doutrina e a jurisprudência passaram a questionar a tradicional divisão do direito privado em responsabilidade contratual e responsabilidade extracontratual. Esse fenômeno pode ser verificado em diferentes ordenamentos jurídicos, gerando um debate sobre a pertinência de tal abordagem dicotômica no direito moderno.

Sob essa premissa, os institutos que desafiam a limitação das indenizações, cuja aplicação é geralmente debatida no âmbito da responsabilidade civil extracontratual, também poderiam ser discutidos no âmbito da responsabilidade contratual. Assim, propõe-se com esta dissertação analisar dois possíveis métodos de fixação de perdas e danos por inadimplemento contratual que desconsideram o efetivo valor do dano, quais sejam, danos punitivos e lucro da intervenção, à luz de uma perspectiva de direito comparado.

Palavras-chave: Responsabilidade civil. Inadimplemento contratual. Indenização. Perdas e danos. Danos punitivos. Lucro da intervenção.

ABSTRACT

As the law evolved, scholars and case law started to question the traditional division of private law in contractual liability and tort liability. This trend can be verified in different legal systems, raising a debate whether such separation is suitable in modern law.

Thus, the remedies that challenge the limitation of damages, that are usually debated solely in torts, could be also discussed in the field of contract law. Therefore, this dissertation aims at analyzing two possible methods to award damages due to breach of contract that disregard the amount of the loss suffered, which are punitive damages and disgorgement of profits, from a comparative perspective.

Keywords: Torts. Breach of contract. Damages. Punitive damages. Disgorgement of profits.

LISTA DE ABREVIATURAS

BGB - Bürgerliches Gesetzbuch

BGH – Bundesgerichtshof

BVerfG - Bundesverfassungsgericht

CDC - Código de Defesa do Consumidor

CISG - Convention on Contracts for the International Sales of Goods

CPC - Código de Processo Civil

HGB – Handelsgesetzbuch

Lei n. 9.279/1996 - Lei de Propriedade Industrial

PECL - Principles of European Contract Law

STJ - Superior Tribunal de Justiça

TJRS - Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul

TJSP - Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	4
1 A PRETENSÃO INDENIZATÓRIA EM CASOS DE RESPONSABILIDADE CONTRATUAL E DE RESPONSABILIDADE EXTRA CONTRATUAL	9
1.1 A distinção entre responsabilidade contratual e responsabilidade extracontratual.....	9
1.1.1 Origem histórica e fundamentos para adoção e manutenção da abordagem.....	9
1.1.2 Tendências voltadas à superação dessa dicotomia.....	23
1.2 Elementos convergentes das duas espécies de responsabilidade.....	42
1.2.1 A unificação dos prazos prescricionais de ações indenizatórias no direito brasileiro e no direito alemão.....	42
1.2.2 Identidade de funções da indenização.....	56
2 A FIXAÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DESCUMPRIMENTO CONTRATUAL E SUAS LIMITAÇÕES	70
2.1 O inadimplemento contratual e suas consequências no Brasil e na Alemanha.....	70
2.1.1 Execução específica e resolução contratual.....	70
2.1.2 As perdas e danos se medem pela extensão do dano.....	87
2.2 Métodos de fixação de indenização que desafiam a limitação das perdas e danos.....	105
2.2.1 Danos punitivos	105
2.2.2 Lucro da intervenção	121
CONCLUSÃO	140
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	146
LISTA DE JULGADOS.....	156

INTRODUÇÃO

Com o desenvolvimento do direito, juristas passaram a se preocupar com noções de eficiência e utilidade do sistema de responsabilidade civil, e não mais com a sanção do ofensor¹. Por isso, atualmente a pretensão indenizatória é pautada de acordo com a situação da vítima, sendo, a rigor, limitada à extensão do seu dano.

Ainda assim, a doutrina e a jurisprudência vêm, há muito, debatendo os efeitos da reparação pecuniária (e seus limites), bem como as funções da responsabilidade civil. A discussão ganha ainda mais relevância em matéria de contratos, na medida em que eles consistem em eficazes instrumentos de regulação das mais diversas formas de circulação de riquezas no mercado.

Embora contratos consistam, na concepção jurídica, em manifestações de vontade², eles não se limitam à simples interação entre agentes, desempenhando um importante papel no direito privado. Enzo Roppo defende que, com a evolução do capitalismo, o contrato “se tornou mecanismo funcional e instrumental da empresa”³ e, conseqüentemente, de iniciativas econômicas.

Da mesma forma, Orlando Gomes leciona que “[t]odo contrato tem uma função econômica, que é, afinal, segundo recente corrente doutrinária, a sua causa”⁴. Embora um dos princípios norteadores do direito contratual seja o *pacta sunt servanda*, segundo o qual o contrato obriga as partes⁵, inadimplementos contratuais são recorrentes, o que demanda constante intervenção dos tribunais.

Assim, incumbe ao direito adotar as medidas cabíveis para fomentar a regulamentação do mercado, através do direito contratual (e, sobretudo, através dos remédios para inadimplementos), de maneira justa e adequada. Em especial, cabe aos tribunais conceder indenizações a título de perdas e danos que atendam aos interesses da sociedade.

Note-se que, ainda que os contratos tenham eficácia *inter partes*⁶, não se pode negar a existência de reflexos à terceiros, que, por exemplo, possuem deveres genéricos de não

¹ MIRAGEM, Bruno. **Direito Civil: Responsabilidade civil**. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 4

² SILVA, Clóvis Verissimo do Couto e. **A obrigação como processo**. Porto Alegre: Emma, 1964. p. 87

³ ROPPO, Enzo; COIMBRA, Ana (Trad.); GOMES, Manuel Januário da Costa (Trad.). **O contrato**. Coimbra: Almedina, 1988. p. 67

⁴ GOMES, Orlando. **Contratos**. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 22.

⁵ LIMA, Renata Faria Silva. **Equilíbrio econômico-financeiro contratual: no direito administrativo e no direito civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 2 e 15.

⁶ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Os princípios do atual direito contratual e a desregulamentação do mercado. Direito de exclusividade nas relações contratuais de fornecimento. Função social do contrato e responsabilidade aquiliana do terceiro que contribui para inadimplemento contratual. In: _____. **Estudos e Pareceres de Direito Privado**. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 140.

prejudicar o pacto⁷. Sob essa premissa, se os contratos irradiam alguns efeitos para terceiros, na qualidade de fatos jurídicos⁸, é evidente que as consequências pelo seu inadimplemento também geram efeitos perante terceiros e, conseqüentemente, no mercado.

Ao discorrer sobre a responsabilidade civil do terceiro que contribui para o inadimplemento contratual, Antônio Junqueira de Azevedo conclui que “[o] contrato não pode ser considerado como um ato que somente diz respeito às partes; do contrário, voltaríamos a um capitalismo selvagem, em que a vitória é dada justamente ao menos escrupuloso”⁹. Justamente por isso, inúmeros juristas apontam o caráter punitivo pedagógico como um dos elementos da indenização; afinal, conforme lições de Bruno Miragem, a adequada compensação dos danos é o melhor instrumento para prevenção de danos futuros, na medida em que coíbe condutas ilícitas¹⁰.

Inegável, portanto, que o inadimplemento contratual — em tese, concernente apenas para os envolvidos — pode gerar efeitos para terceiros, de modo a influenciar no cumprimento ou não de outras obrigações. Isso significa que a quantia arbitrada pelo Poder Judiciário a título de indenização para remediar casos de inadimplemento contratual não é pertinente tão somente para os contratantes, causando impactos na sociedade.

Por essa razão, evidente a importância de se verificar quais os parâmetros e as quantificações adequadas a serem adotados para fins de indenização contratual, a fim de incentivar adequadamente o cumprimento dos contratos. Com isto, entende-se necessária a análise de formas diversas de fixação de perdas e danos, a serem adotadas conforme as particularidades dos contratos e a conduta dos envolvidos, para responder adequadamente ao descumprimento do pacto.

Isso porque, em determinadas hipóteses, quer parecer que o valor do dano não deveria ser o parâmetro para indenização por descumprimento contratual, atraindo a utilização de outros

⁷ Nesse sentido, convém extrair as lições de Patricia Cardoso, que defende que “(...) o contrato não vincula apenas os contratantes, mas irradia regras para toda a sociedade, que deve se abster da prática de atos que dificultem o cumprimento ou violem os pactos celebrados. Dessa forma, há um dever social de colaboração e lealdade. A boa-fé não se restringe à órbita contratual, estende-se também a terceiros.”. CARDOSO, Patricia. Oponibilidade dos efeitos dos contratos: determinante da responsabilidade civil do terceiro que coopera com o devedor na violação do pacto contratual. *Revista Trimestral de Direito civil - RTDC*, Rio de Janeiro/RJ, v. 5, n. 20, p. 125-150, out./dez. 2004. p. 147.

⁸ CARDOSO, Patricia. Oponibilidade dos efeitos dos contratos: determinante da responsabilidade civil do terceiro que coopera com o devedor na violação do pacto contratual. *Revista Trimestral de Direito civil - RTDC*, Rio de Janeiro/RJ, v. 5, n. 20, p. 125-150, out./dez. 2004. p. 130.

⁹ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Os princípios do atual direito contratual e a desregulamentação do mercado. Direito de exclusividade nas relações contratuais de fornecimento. Função social do contrato e responsabilidade aquiliana do terceiro que contribui para inadimplemento contratual. In: _____. **Estudos e Pareceres de Direito Privado**. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 146.

¹⁰ MIRAGEM, Bruno. **Direito civil: responsabilidade civil**. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 356.

métodos de fixação de perdas e danos. Exemplificativamente, determinadas hipóteses exigem uma condenação em valor superior ao dano do contraente lesado, em virtude do elevado proveito econômico obtido pelo inadimplente.

Assim, considerando a insuficiência ou injustiça de danos meramente compensatórios em alguns casos, a doutrina e a jurisprudência estão constantemente debatendo a aplicação de outros institutos, em especial a viabilidade de aplicação de danos punitivos. Afinal, “[i]ncentivos e desincentivos pecuniários se mantêm como a melhor orientação para o comportamento correto do cidadão”¹¹, cabendo ao direito manipulá-los corretamente¹², para estabelecer parâmetros de conduta em matéria de contratos.

Portanto, o presente trabalho se propõe a analisar soluções aptas a remediar inadimplementos contratuais através de métodos distintos (geralmente utilizados e aceitos no âmbito da responsabilidade civil aquiliana), por uma perspectiva de direito comparado¹³. Para tanto, imperioso enfrentar a distinção (e sua eventual superação) entre as espécies de responsabilidade civil, uma vez que alguns institutos, como danos punitivos, são comumente admitidos e debatidos apenas em casos de responsabilidade extracontratual.

Deste modo, para defender a aplicação de métodos de fixação de danos que desconsideram o montante do prejuízo sofrido também em matéria de contratos, e não apenas em casos de responsabilidade extracontratual¹⁴, é necessário analisar as origens dessa clássica distinção, bem como as razões para sua manutenção ou superação. Afinal, não parece razoável aplicar, por exemplo, danos punitivos em casos de ilícitos civis, vedando a sua aplicação em casos de descumprimentos contratuais, tão somente pelo fato de consistirem espécies diferentes de responsabilidade — sobretudo quando há uma tendência de superação desta distinção estanque.

¹¹ PINHEIRO, Armando Manuel da Rocha Castelar; SADDI, Jairo. **Direito, economia e mercados**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 141.

¹² PINHEIRO, Armando Manuel da Rocha Castelar; SADDI, Jairo. **Direito, economia e mercados**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 90.

¹³ Vale mencionar, desde já, que a análise comparativa proposta por este trabalho encontra uma grande dificuldade: o famigerado nível de abstração do Código Civil alemão. Assim, a análise dos seus dispositivos e inclusive da doutrina alemã é, por vezes, obstada pela opção legislativa alemã. Sobre o tema, Ole Lando enfatiza que as regras foram escritas em uma linguagem refinada para os juristas, mas incompreensível para leigos e estrangeiros. Ainda assim, o presente trabalho se propôs a enfrentar o desafio de analisar o direito alemão no que concerne ao tema deste trabalho, para fomentar o debate e enriquecer a experiência jurídica brasileira. LANDO, Ole. *Das neue Schuldrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs und die Grundregeln des europäischen Vertragsrechts*. **Rechts Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht**, Hamburg, v. 67, n. 2, p. 231-245, abr. 2003. p. 245.

¹⁴ Cumpre ponderar que grande parte da doutrina nacional permite danos punitivos exclusivamente em casos de responsabilidade civil *stricto sensu*, como será demonstrado em detalhes no segundo capítulo deste trabalho. MIRAGEM, Bruno. **Direito civil: responsabilidade civil**. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 358.

Por essa razão, como bem pontuou Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho, resta saber se a dualidade hoje verificada (atribuída, em suma, pelas diferentes fontes obrigacionais) justifica a existência de dois regimes jurídicos e, “em caso positivo, até que ponto deve ser conduzida, sem que se perca de mira a coerência que inspira a unidade do ordenamento”¹⁵. James Gordley também enfrentou o tema, em artigo publicado em 1997, concluindo que a diferenciação entre responsabilidade contratual e responsabilidade extracontratual é um paradigma que o direito moderno se recusa a explicar através de princípios coerentes¹⁶.

Diante desse cenário, pretende-se com este trabalho introduzir noções sobre a fixação de indenização a título de perdas e danos oriunda de descumprimento contratual, através de uma perspectiva de direito comparado, mediante o exame da aproximação das espécies de responsabilidade civil. Para fins metodológicos, este trabalho foi dividido em dois capítulos, sendo o primeiro deles dedicado ao estudo da distinção entre responsabilidade contratual e responsabilidade extracontratual e o segundo deles dedicado ao estudo das formas de fixação de indenização.

Assim, no primeiro capítulo deste trabalho, pretende-se avaliar a clássica distinção entre as espécies de responsabilidade civil, verificando-se a sua origem histórica e as razões para manutenção da abordagem dicotômica, bem como as tendências voltadas a sua superação. Ainda, para corroborar a crescente desconsideração da teoria dualista da responsabilidade, analisar-se-á a unificação dos prazos prescrições de ações indenizatórias (sejam elas fundadas em responsabilidade extracontratual ou responsabilidade contratual), no Brasil e na Alemanha, bem como a identidade de funções da responsabilidade civil.

Após, no segundo capítulo deste trabalho, propõe-se explorar as consequências do inadimplemento contratual, em especial, a indenização cabível nessas hipóteses. Especificamente, este trabalho dedica-se a explorar métodos de fixação de perdas e danos que desafiem a limitação estabelecida no ordenamento jurídico brasileiro, desvinculando-se da extensão do dano e da figura da vítima para voltar-se ao causador do dano.

Como se sabe, os tribunais brasileiros têm paulatinamente utilizado outros critérios para concessão de indenizações, tendo em vista a insuficiência dos remédios previstos na legislação positivada. Nesse cenário, este trabalho se vale da proposta de James Gordley de remodelar o

¹⁵ MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. **Responsabilidade contratual e extracontratual**: contrastes e convergências no direito contemporâneo. Rio de Janeiro: Processo, 2016. p. 8.

¹⁶ GORDLEY, James. Contract and Delict: Toward a Unified Law of Obligations. **Edinburgh Law Review**, Edimburgo, v. 1, n. 3, p. 345-360, maio 1997. p. 360.

estudo do direito através da análise prática do posicionamento da jurisprudência, pois este é o melhor indicativo do que a lei deveria dizer¹⁷.

Nesse contexto, para viabilizar a análise crítica, o presente trabalho irá enfrentar o posicionamento da doutrina e da jurisprudência sobre os temas propostos, demonstrando a ausência de consenso sobre o assunto e, corolário lógico, a importância desse debate.

¹⁷ Diante da relevância das afirmações do jurista, convém transcrevê-las no presente trabalho: “European legal education should take a much different form. It should concentrate, not on what codes or high courts say, but on what courts actually do. What they do is a better indication of the law than what they say. It should not focus on formulas set forth by high courts or in civil codes as to what the law is. Whether these formulas are the law, even within a particular jurisdiction requires further inquiry.”. Em tradução livre: O ensino do direito na Europa deveria se dar de uma forma muito diferente. Ele deveria se concentrar, não no que os códigos ou tribunais dizem, mas no que os tribunais efetivamente fazem. O que os tribunais efetivamente fazem é um indicativo melhor da lei do que o que eles dizem. O ensino do direito não deveria focar em fórmulas estabelecidas pelos tribunais superiores ou pelos códigos civis como sendo a lei. Mas se tais fórmulas são leis, inclusive no âmbito de uma jurisdição específica, exige maiores considerações. GORDLEY, James. The Future of European Contract Law on the Basis of Europe’s Heritage. **European Review of Contract Law**, Alphen aan den Rijn, v. 1, n. 2, p. 163-183, jul. 2005. p. 180.

1 A PRETENSÃO INDENIZATÓRIA EM CASOS DE RESPONSABILIDADE CONTRATUAL E DE RESPONSABILIDADE EXTRA CONTRATUAL

1.1 A DISTINÇÃO ENTRE RESPONSABILIDADE CONTRATUAL E RESPONSABILIDADE EXTRA CONTRATUAL

Há muito se discute a coerência da distinção entre as espécies de responsabilidade civil, tendo em vista a sua desconsideração pela jurisprudência para resolver casos práticos, bem como a identidade de funções da indenização, independentemente se o dano é oriundo de uma relação contratual ou de um dever legal. Este capítulo se destina a avaliar essa tendência, a partir da evolução histórica e dos debates doutrinários sobre o tema.

1.1.1 Origem histórica e fundamentos para adoção e manutenção da abordagem

Caio Mário da Silva Pereira afirma que os romanistas controvertem a respeito da origem das espécies de responsabilidade: “se a precedência foi da delitual de que a contratual foi uma consequência; ou ao revés se foi o contrato a fonte primeira da obrigação, seguindo-se-lhe mais tarde a responsabilidade delitual”¹⁸. Independentemente da sua origem, contratos e ilícitos civis foram (e ainda são) tratados com distinção pelos mais variados ordenamentos jurídicos.

James Gordley e Arthur Taylor von Mehren explicam que Gaio foi o primeiro jurista romano a distinguir as duas espécies de obrigações, *delictus* e *contractus*, embora não tenha descrito princípios gerais, mas apenas regras específicas de determinados ilícitos e determinados contratos¹⁹. Deste modo, Reinhard Zimmermann afirma, embora o descumprimento do contrato seja uma espécie de ilícito, desde a época de Gaio se verificou a necessidade de distinguir essas duas espécies, que foram categorizadas em diferentes classificações²⁰.

Bruno Miragem, similarmente, ensina que as Institutas de Gaio contemplavam separadamente o contrato e o delito como fontes das obrigações; mas a matéria ganhou complexidade no Corpus Iuris Civilis de Justiniano, que classificou tais fontes em contratos,

¹⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 246.

¹⁹ GORDLEY, James; MEHREN, Arthur Taylor Von. **An introduction to the comparative study** – readings, cases, materials. New York: Cambridge University Press, 2006. p. 236.

²⁰ ZIMMERMANN, Reinhard. **The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition**. Cidade do Cabo: Juta, 2006. p. 903.

quase-contratos, delitos e quase-delitos²¹. A responsabilidade contratual decorria dos dois primeiros, ao passo que a responsabilidade civil em sentido estrito advinha dos dois últimos²².

Jan Dirk Harke ensina que tal distinção se justificava porque a responsabilidade contratual romana permitia tão somente compensação financeira, enquanto a responsabilidade aquiliana era caracterizada também pela punição do agente²³. Ainda assim, o direito romano não conhecia um “conceito geral e unitário de indemnização”, mas apenas tipos individuais específicos de danos a ressarcir²⁴.

Carlos Roberto Gonçalves leciona que o direito francês aperfeiçoou tais ideias romanas, estabelecendo um princípio geral da responsabilidade civil (abandonando as hipóteses enumeradas de sua configuração)²⁵. Como consequência, foram sendo gradativamente separadas a responsabilidade contratual e a responsabilidade extracontratual — assim como ocorrido com a responsabilidade penal e a responsabilidade civil²⁶.

Em virtude dessa distinção histórica, o legislador brasileiro distinguiu as espécies de responsabilidade, disciplinando-as em locais distintos do código e, portanto, “acolhendo a

²¹ MIRAGEM, Bruno. **Direito Civil: Direito das Obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 77.

²² “Na divisão clássica das fontes das obrigações, o dever de indenizar, como regra, decorria dos delitos ou quase-delitos, exigindo-se, respectiva, o dolo ou culpa do causador do dano.” MIRAGEM, Bruno. **Direito Civil: Direito das Obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 101.

²³ No original: “Die Haftung für mangelnde Rücksicht gegenüber einem wirklichen oder potentiellen Vertragspartner entlarvt auch die herkömmliche Unterscheidung zwischen vertraglichen und gesetzlichen Schuldverhältnissen als wenig ergiebig. In der modernen Dogmatik ist diese an die Stelle der alten römischen Unterscheidung zwischen vertraglichen und deliktischen Obligationen getreten, deren trennendes Element die Straffunktion war: Während vertragliche Verpflichtungen rein kompensatorisch wirkten, diente die Deliktshaftung gleichermaßen dem Ausgleich des eingetretenen Schadens und der Genugtuung des Opfers, ging also über den bloßen Schadensersatz hinaus. Nachdem die römischen Strafelemente in der Entwicklung des Gemeinen Rechts weitgehend verschwunden waren, bot sich die neue Unterscheidung zwischen vertraglichen und gesetzlichen Schuldverhältnissen an. Denn sie erlaubte auch eine eindeutige Zuordnung der Verpflichtungen aus Geschäftsführung ohne Auftrag (§§ 677 ff. BGB) und ungerechtfertigter Bereicherung (§§ 812 ff. BGB), für die im römischen System nur in der Zwischenkategorie der sogenannten Quasiverträge Platz war. ”. HARKE, Jan Dirk. **Allgemeines Schuldrecht**. Berlin, Heidelberg: Imprint: Springer, 2010. p. 14-15. Em tradução livre: A responsabilidade decorrente do desrespeito com o efetivo ou potencial parceiro contratual revela também a menor importância da diferenciação entre obrigações legais e contratuais. Na dogmática moderna essa diferenciação ocupa o lugar da antiga distinção romana entre obrigações contratuais e delituais, no qual o elemento diferenciador era a função punitiva: enquanto as obrigações contratuais geravam efeitos meramente compensatórios, a responsabilidade delitual servia, em igual medida para equilibrar os prejuízos sofridos pela vítima, extrapolando uma mera compensação. Depois que os elementos punitivos romanos desapareceram, com o desenvolvimento do direito comum, surgiu uma nova diferenciação entre obrigações contratuais e legais. Essa distinção permitiu também uma atribuição clara de obrigações/responsabilidades à gestão de negócios (§§677 e seguintes do BGB) e ao enriquecimento sem causa (§§812 e seguintes do BGB), para as quais no sistema romano só havia lugar na categoria intermediária denominada quase-contratos.

²⁴ PINTO, Paulo Mota. **Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo**. v. I e II. Coimbra: Coimbra, 2008. p. 89.

²⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Comentários ao Código Civil: parte especial. Direito das obrigações**. v. XI. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 9.

²⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Comentários ao Código Civil: parte especial. Direito das obrigações**. v. XI. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 9.

teoria dualista e afastando a unitária” — o que se verifica tanto no Código Civil de 1916 como no Código Civil de 2002²⁷.

Deste modo, a responsabilidade civil aquiliana está prevista no título III (dos atos ilícitos) do livro III da parte geral, em especial nos artigos 186 e 187²⁸, bem como no título IX (da responsabilidade civil) do livro I da parte especial, especificamente nos artigos 927 e seguintes do Código Civil vigente²⁹. Em contrapartida, a responsabilidade negocial encontra sua regulamentação no título IV (do inadimplemento das obrigações) do livro I da parte especial, por exemplo, através dos artigos 389, 395, 402 e seguintes³⁰.

Diante da opção legislativa, diversos juristas defendem a manutenção da divisão de tratamentos entre responsabilidade contratual e responsabilidade extracontratual.

Sílvio de Salvo Venosa, por exemplo, é adepto da manutenção dessa abordagem para fins didáticos³¹. Arnaldo Rizzardo manifesta-se em mesmo sentido, alegando que a distinção se justifica pela sua didática, por ser da tradição do nosso direito³².

Cristiano Chaves de Farias, Felipe Braga Netto e Nelson Rosenvald, de modo similar, afirmam que “essa bipartição entre as fontes da obrigação de indenizar ainda faz sentido teórico e prático”³³. Sob essa premissa, Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho afirma que “a dualidade de regimes entre a responsabilidade civil contratual extracontratual” é uma opção doutrinária³⁴.

²⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil**: parte geral. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 198.

²⁸ Artigo 186, Código Civil. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Artigo 187, Código Civil. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

²⁹ Art. 927, Código Civil. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

³⁰ Artigo 389, Código Civil. Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado.

Artigo 395, Código Civil. Responde o devedor pelos prejuízos a que sua mora der causa, mais juros, atualização dos valores monetários segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado. Parágrafo único. Se a prestação, devido à mora, se tornar inútil ao credor, este poderá enjeitá-la, e exigir a satisfação das perdas e danos.

Artigo 402, Código Civil. Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar.

³¹ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 499.

³² RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade Civil**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 37.

³³ FARIAS, Cristiano Chaves de; NETTO, Felipe Braga; ROSENVALD, Nelson. **Novo tratado de responsabilidade civil**. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 61.

³⁴ MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. **Responsabilidade contratual e extracontratual**: contrastes e convergências no direito contemporâneo. Rio de Janeiro: Processo, 2016. p. 6.

Rui Stoco, por outro lado, parece afirmar que tal escolha é legislativa: ao mencionar os “significativos pontos de diferenciação” entre os regimes de responsabilidade civil³⁵, o jurista afirma que “o Código Civil fez deliberada e notada separação entre uma e outra”³⁶. Ainda assim, segundo Judith Martins Costa e Cristiano Zanetti, essas duas espécies de responsabilidade não configuram “mera variação de nomen iuris”, consistindo verdadeiros regimes jurídicos distintos³⁷.

Nesse sentido, ao abordar as modalidades do dever de indenizar, Pontes de Miranda distingue a “indenização pelo dano causado pelo fato ilícito”, em que “o dever e a obrigação são de indenizar, originariamente”, da indenização concedida em substituição à prestação inadimplida e da indenização oriunda do inadimplemento³⁸. A segunda modalidade consistiria no disposto no artigo 389 do Código Civil, com caráter meramente substitutivo, e a terceira representaria o disposto no artigo 402 do Código Civil³⁹, sendo que nenhuma delas se confundiria com a responsabilidade aquiliana.

O que se percebe é que a doutrina se vale dos mais diferentes argumentos para corroborar o tratamento adotado pelo direito brasileiro. Dentre as inúmeras discrepâncias entre os regimes, talvez convenha mencionar, de início, os pressupostos das espécies de responsabilidade⁴⁰: enquanto a responsabilidade civil em sentido estrito exige ação ou omissão culposa, nexo de causalidade e dano, a responsabilidade contratual pressupõe a existência de contrato válido, bem como falta de cumprimento ou inexecução⁴¹.

Sob essa premissa, a mais proeminente justificativa para tal distinção é a fonte do dano. Afinal, como visto, a responsabilidade aquiliana decorre de ação ou omissão culposa que causa prejuízo, ao passo que a responsabilidade contratual decorre de inadimplemento do pacto.

Esse é o posicionamento de Cristiano Chaves de Farias, Felipe Braga Netto e Nelson Rosenvald, por exemplo, que afirmam que a tradição dicotômica da responsabilidade civil se deve pela origem do dano⁴². Significa dizer que o dano fundado em descumprimento contratual

³⁵ Ressalva-se, contudo, que o jurista afirma que, embora os pontos de diferenciação entre os regimes de responsabilidade sejam importantes e significativos, eles são secundários.

³⁶ STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais - RT, 2011. p. 166.

³⁷ MARTINS COSTA, Judith; ZANETTI, Cristiano de Souza. Responsabilidade contratual: prazo prescricional de dez anos. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 979, p. 215-241, maio 2017. p. 9.

³⁸ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de direito privado: parte especial**, tomo 22. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984. p. 181.

³⁹ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de direito privado: parte especial**, tomo 22. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984. p. 182.

⁴⁰ RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade Civil**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 38.

⁴¹ RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade Civil**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 38.

⁴² FARIAS, Cristiano Chaves de; NETTO, Felipe Braga; ROSENVALD, Nelson. **Novo tratado de responsabilidade civil**. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 61.

e o dano fundado em descumprimento legal devem ser tratados com distinção pelo ordenamento jurídico, por serem provenientes de fontes obrigacionais distintas⁴³.

Similarmente, Arnaldo Wald e Brunno Pandori Giancoli lecionam que em ambas as espécies de responsabilidade civil “existe um dever jurídico preexistente”, cuja violação gera o dever de indenizar, sendo a origem do dano o fator que as diferencia⁴⁴. De forma similar, Judith Martins Costa e Cristiano Zanetti justificam o tratamento diferenciado com base na origem do dano, sob o pretexto de que “a violação a direito absoluto e o inadimplemento de um direito de crédito são fontes das obrigações que não se confundem”⁴⁵.

Segundo os autores, a noção de justiça impõe que situações desiguais sejam tratadas de forma desigual, o que exigiria a manutenção da teoria dualista da responsabilidade civil⁴⁶. Ainda sobre a origem do dano, segundo Luiz Roldão de Freitas Gomes, em regra, a responsabilidade contratual nasce de um fato negativo ou de uma omissão (consistente na falta da prestação devida), enquanto a responsabilidade extracontratual nasce de um fato positivo ou de uma ação (consistente na violação do dever geral de abstenção)⁴⁷.

Pode-se perceber, assim, que as distinções quanto à origem do dano (pelas mais variadas perspectivas) são utilizadas pela doutrina para justificar a distinção entre as espécies de responsabilidade. Mas este não é o único argumento utilizado para explicar a adoção e manutenção da distinção entre responsabilidade contratual e responsabilidade extracontratual.

A doutrina também se vale de um critério temporal, em virtude da continuidade da relação negocial e da pontualidade da relação obrigacional oriunda de um ilícito. Nesse sentido, Judith Martins Costa e Cristiano Zanetti explicam que o contato entre ofensor e ofendido, na responsabilidade aquiliana, é efêmero e geralmente fortuito, esvaziando-se após a reparação⁴⁸.

Por outro lado, a relação consubstanciada no contrato se prolonga no tempo, o que enseja “um grau de pessoalidade no vínculo e uma confiança qualificada entre as partes”⁴⁹. Rui Stoco também se vale do mesmo critério, afirmando que “não se pode desprezar o fato de que na

⁴³ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Comentários ao Código Civil**: parte especial. Direito das obrigações. v. XI. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 27.

⁴⁴ WALD, Arnaldo; GIANCOLI, Brunno Pandori. **Direito Civil**: responsabilidade civil. v. VII. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 167-168

⁴⁵ MARTINS COSTA, Judith; ZANETTI, Cristiano de Souza. Responsabilidade contratual: prazo prescricional de dez anos. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 979, p. 215-241, maio 2017. p. 6.

⁴⁶ MARTINS COSTA, Judith; ZANETTI, Cristiano de Souza. Responsabilidade contratual: prazo prescricional de dez anos. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 979, p. 215-241, maio 2017. p. 6.

⁴⁷ GOMES, Luiz Roldão de Freitas. **Elementos de responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 30.

⁴⁸ MARTINS COSTA, Judith; ZANETTI, Cristiano de Souza. Responsabilidade contratual: prazo prescricional de dez anos. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 979, p. 215-241, maio 2017. p. 7.

⁴⁹ MARTINS COSTA, Judith; ZANETTI, Cristiano de Souza. Responsabilidade contratual: prazo prescricional de dez anos. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 979, p. 215-241, maio 2017. p. 7.

responsabilidade contratual autor e vítima tenham se aproximado antes da ocorrência do dano”⁵⁰, sendo tal aproximação elementar para a ocorrência do prejuízo indenizável.

Esse argumento também é apontado por Sergio Cavalieri Filho, que ressalva que, na responsabilidade negocial, existe uma relação jurídica pré-existente⁵¹.

Outrossim, além da origem do dano e da circunstância temporal, Carlos Roberto Gonçalves aponta para distinções envolvendo presunção de culpa e capacidade⁵². De acordo com o jurista, enquanto o lesado por ato ilícito tem o ônus de comprovar a culpa ou o dolo do causador do dano, o inadimplemento contratual se presume culposos, além do fato de que “a capacidade sofre limitações no terreno da responsabilidade contratual, sendo mais ampla no campo da extracontratual”⁵³.

Quanto à capacidade, o artigo 104 do Código Civil⁵⁴ aponta como causa de invalidade do negócio a incapacidade do agente⁵⁵, o que sabidamente não obsta o reconhecimento da responsabilidade civil em sentido estrito. Isso porque o artigo 928 do Código Civil⁵⁶ imputa responsabilidade aos incapazes pelos prejuízos que causarem, em caráter subsidiário aos seus responsáveis.

Consequentemente, a responsabilidade contratual exige que os envolvidos sejam capazes, ao passo que nos atos ilícitos, nada impede que eles tenham sido praticados por menores, por exemplo, sujeitando-se às consequências juntamente com seus respectivos responsáveis (se mantidos sob autoridade ou companhia)⁵⁷. Nesse contexto, percebe-se que a incapacidade torna nulo o contrato, impedindo-o de produzir efeitos indenizatórios, ao passo

⁵⁰ STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**: doutrina e jurisprudência. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais - RT, 2011. p. 166.

⁵¹ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 31.

⁵² GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil**: parte geral. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 198.

⁵³ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil**: parte geral. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 198.

⁵⁴ Artigo 104, Código Civil. A validade do negócio jurídico requer: I - agente capaz; (...).

⁵⁵ Sobre a capacidade negocial, vale transcrever os comentários de Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho: “Como se bem sabe, para contrair obrigação fundada em relação jurídica contratual necessário que o agente seja capaz (artigos 166, I e 171, I, do Código Civil) – ressalvados, evidentemente, os casos em que a falta de capacidade civil plena é tolerada, como no clássico exemplo da criança que compra um pacote de balas de um doceiro, sem que ninguém cogite da nulidade da compra e venda - trata-se, a rigor, de hipótese de atividade negocial sem negócio fundante -, ou até mesmo expressamente dispensada pela lei, como no caso da doação pura a incapaz (artigo 543 do Código Civil).”. MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. **Responsabilidade contratual e extracontratual**: contrastes e convergências no direito contemporâneo. Rio de Janeiro: Processo, 2016. p. 10-11.

⁵⁶ Artigo 928, Código Civil. O incapaz responde pelos prejuízos que causar, se as pessoas por ele responsáveis não tiverem obrigação de fazê-lo ou não dispuserem de meios suficientes. Parágrafo único. A indenização prevista neste artigo, que deverá ser equitativa, não terá lugar se privar do necessário o incapaz ou as pessoas que dele dependem.

⁵⁷ RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade Civil**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 38.

que o ordenamento jurídico vigente tem cada vez mais expandido a responsabilidade dos incapazes em matéria de responsabilidade extracontratual⁵⁸.

Ademais, quanto à presunção da culpa, Caio Mário da Silva Pereira afirma que, na culpa contratual, a “equação geradora da responsabilidade civil acha-se reduzida aos termos mais simples”, já que a demonstração do dever violado é o mero descumprimento do pacto celebrado⁵⁹. Diversamente, a culpa na responsabilidade aquiliana pressupõe que se verifique qual o dever violado por determinada conduta⁶⁰.

Sob essa perspectiva, Cristiano Chaves de Farias, Felipe Braga Netto e Nelson Rosenvald defendem que “uma das grandes funções práticas, em termos de reparação, da distinção entre responsabilidade civil contratual e extracontratual é que, na primeira, ao contrário da segunda, não é preciso provar, em regra, a culpa”⁶¹. Também nesse sentido, Maristela Basso e Letícia Martins sintetizam as diferenças entre a culpa contratual e a culpa extracontratual com base na facilidade da sua percepção, afinal, a descrição da obrigação se encontra definida no âmbito do negócio jurídico⁶².

Sob uma perspectiva histórica, Sergio Cavalieri Filho explica que as origens da facilitação do ônus da prova na responsabilidade contratual remontam ao período da Revolução Industrial⁶³. Na ocasião, surgiu a necessidade de estipulação de “uma situação jurídica mais favorável às vítimas, principalmente para os casos de acidentes de trabalho e de transporte”, já que a prova da culpa do empregador ou do transportador era “praticamente impossível”⁶⁴.

Diante disso, os juristas franceses determinaram que na responsabilidade contratual, em que já existe um vínculo jurídico pré-estabelecido, a culpa é presumida, tendo em vista que “o dever jurídico violado está perfeitamente configurado nessa relação jurídica”⁶⁵.

⁵⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Comentários ao Código Civil**: parte especial. Direito das obrigações. v. XI. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 27.

⁵⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 250.

⁶⁰ BASSO, Maristela; MARTINS, Letícia. **Responsabilidade civil nas negociações preliminares**: boa-fé, deveres anexos e relações negociais. In: RESPONSABILIDADE civil contemporânea: em Homenagem a Silvio de Salvo Venosa. São Paulo: Atlas, 2011. p. 273.

⁶¹ FARIAS, Cristiano Chaves de; NETTO, Felipe Braga; ROSENVALD, Nelson. **Novo tratado de responsabilidade civil**. São Paulo: Atlas, 2015. p. 698.

⁶² BASSO, Maristela; MARTINS, Letícia. **Responsabilidade civil nas negociações preliminares**: boa-fé, deveres anexos e relações negociais. In: RESPONSABILIDADE civil contemporânea: em Homenagem a Silvio de Salvo Venosa. São Paulo: Atlas, 2011. p. 273.

⁶³ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 332.

⁶⁴ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 332.

⁶⁵ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 332.

Ainda sobre culpa, cumpre enfatizar que ela é, a rigor, elementar para configuração de ambas as espécies de responsabilidade civil lato sensu, nos termos dos artigos 186⁶⁶ e 392⁶⁷ do Código Civil — exceto em casos de responsabilidade objetiva⁶⁸. Entretanto, parte da doutrina defende atualmente a desconsideração da culpa no âmbito da responsabilidade contratual⁶⁹, o que causaria ainda maior distinção entre os regimes de responsabilidade (já que, como regra, exige-se culpa para configuração do dever de indenizar na responsabilidade aquiliana).

Independentemente desta discussão doutrinária, é certo que incumbe à vítima do ilícito demonstrar a culpa do agente para poder ser ressarcida pelos prejuízos incorridos, ao passo que cabe ao contratante inadimplente demonstrar, se possível, que o seu inadimplemento não foi culposo, para poder se eximir da sua responsabilidade. Afinal, o ônus da prova incumbe ao autor quanto ao fato constitutivo do seu direito (que, em caso de responsabilidade civil aquiliana é a culpa do agente e, em caso de responsabilidade contratual é o mero inadimplemento), nos termos do artigo 373 do CPC⁷⁰.

Por isso, Arnoldo Wald afirma que a responsabilidade contratual desempenha um relevante papel na implementação da “teoria do risco profissional”, já que imputa ao empresário o ônus de comprovar eventual excludente de responsabilidade para se eximir da responsabilidade por inadimplemento contratual⁷¹. Bruno Miragem enfrentou o tema no seu livro sobre responsabilidade civil, ensinando que a teoria do risco surge justamente para

⁶⁶ Artigo 186, Código Civil. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

⁶⁷ Artigo 392, Código Civil. Nos contratos benéficos, responde por simples culpa o contratante, a quem o contrato aproveite, e por dolo aquele a quem não favoreça. Nos contratos onerosos, responde cada uma das partes por culpa, salvo as exceções previstas em lei.

⁶⁸ Sobre o tema, Sergio Cavaliere ressalva que a culpa não pode ser utilizada como elemento unificador da responsabilidade nas hipóteses de responsabilidade objetiva, já que ela “não terá nenhuma relevância” CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 336.

⁶⁹ Arnoldo Wald e Brunno Pandori Giancoli afirmam que há uma tendência de exclusão da culpa no âmbito da responsabilidade contratual moderna. WALD, Arnoldo; GIANCOLI, Brunno Pandori. **Direito Civil: responsabilidade civil**. v. VII. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 170. Nesse sentido, Marcos Catalan defende, em sua tese de doutorado, a morte da culpa contratual, afirmando que ela não seria um requisito para o dever de indenizar. Segundo o referido autor, culpa não pode ser confundida com a violação de um dever contratual, de modo que é desnecessária para configuração da responsabilidade contratual. Vejamos: “Infira-se que, quando se enxerga que o dever de reparar é imputado a alguém em razão de distintos fatores, também se compreende por que a culpa não é fonte de responsabilidade, ao contrário do que pretendem autores como Carlos Young Tolomei. A culpa, como se pode perceber, há de ser compreendida apenas como potencial fator de atribuição do dever de reparar, embora não tenha utilidade alguma na conformação do dever de reparar os danos contratuais, como será demonstrado ao longo da tese ainda em construção. A culpa não é, repita-se, uma vez mais, pressuposto do dever de reparar os danos contratuais, afixando-se, desse modo, mais um pilar na sustentação da tese em construção”. CATALAN, Marcos. **A morte da culpa na responsabilidade contratual**. 2011. 347f. Tese de doutorado – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. p. 124 e 191.

⁷⁰ Artigo 373, CPC. O ônus da prova incumbe: I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito; II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

⁷¹ WALD, Arnoldo. **Curso de Direito Civil Brasileiro: obrigações e contratos**. v. II. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 549.

resolver questões que a teoria da culpa não o fez, “seja pela dificuldade ou mesmo pela inconveniência do dever de reparação da vítima de um dano”⁷².

Para ilustrar, convém referir que a questão da presunção da culpa foi objeto de apreciação pelo TJRS quando do julgamento da apelação n. 70076033372, no qual se concluiu, no âmbito de ação indenizatória fundada em relação contratual, que “[c]abia à parte ré, na condição de devedora, o onus probandi de demonstrar que não agiu com culpa ou, então, da presença de outra excludente de responsabilidade”⁷³. Isso demonstra que as diferenças entre a responsabilidade contratual e extracontratual irradiam efeitos para a seara processual, influenciando a forma em que os tribunais irão apreciar as pretensões indenizatórias.

Aliás, a própria competência para processamento das ações indenizatórias varia de acordo com a espécie de responsabilidade. Como sabido, o artigo 53, inciso V, do CPC⁷⁴ fixa a competência do foro do domicílio do autor ou do local do fato para julgar ações de “reparação de dano sofrido em razão de delito ou acidente de veículos”.

Sobre o tema, o STJ já teve a oportunidade de apreciar a matéria, consolidando o entendimento de que o referido dispositivo legal se aplica tanto para casos de ilícitos penais como de ilícitos civis⁷⁵. Todavia, tal entendimento não parece ser aplicável em ações indenizatórias embasadas em inadimplemento contratual, que se submetem a outros incisos do referido diploma legal.

Especificamente, a regra de competência a ser observada em ação indenizatória oriunda de relação contratual é (i) do local da sede da empresa ré, (ii) do local onde deveria ter sido cumprida a obrigação ou até mesmo (iii) do lugar do dano (que não necessariamente corresponde ao local de cumprimento das obrigações contratuais), nos termos do disposto no artigo 53, inciso III, alíneas “a” e “d”, e inciso IV, alínea “a”, do CPC⁷⁶, respectivamente⁷⁷. O

⁷² MIRAGEM, Bruno. **Direito civil**: responsabilidade civil. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 85.

⁷³ Apelação Cível nº 70076033372, Décima Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Adriana da Silva Ribeiro, Julgado em 28/03/2018.

⁷⁴ Esse dispositivo legal corresponde ao artigo 100, parágrafo único, do Código de Processo Civil de 1973, revogado pelo CPC.

⁷⁵ Nesse sentido, veja-se: “A jurisprudência desta Corte sedimentou-se no sentido de que o art. 100, parágrafo único, do CPC abrange tanto os ilícitos de natureza penal quanto de natureza civil - como no caso vertente -, facultando ao autor propor a ação reparatória no local em que se deu o ato ou fato, ou no foro de seu domicílio” AgRg no Ag 1366967/MG, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 18/02/2016, DJe 24/02/2016). Também nesse sentido: REsp 1180609/SP, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 08/06/2010, DJe 18/06/2010.

⁷⁶ Artigo 53, CPC. É competente o foro: III - do lugar: a) onde está a sede, para a ação em que for ré pessoa jurídica; (...) d) onde a obrigação deve ser satisfeita, para a ação em que se lhe exigir o cumprimento; (...) IV - do lugar do ato ou fato para a ação: a) de reparação de dano; (...) V - de domicílio do autor ou do local do fato, para a ação de reparação de dano sofrido em razão de delito ou acidente de veículos, inclusive aeronaves.

⁷⁷ Esses dispositivos legais correspondem ao artigo 100, inciso IV, alínea “a” e alínea “d”, e inciso V, alínea “a”, do Código de Processo Civil de 1973, respectivamente.

STJ já apreciou o tema em algumas oportunidades — e já decidiu em todos os sentidos —, ora concluindo que a regra do local do dano é especial e prevalece em relação a qualquer outra⁷⁸, ora concluindo que a ação indenizatória fundada em responsabilidade contratual deve ser ajuizada no local onde a obrigação deveria ter sido cumprida⁷⁹ e ora concluindo que o foro competente é o da sede da empresa ré⁸⁰.

Naturalmente, a questão é bastante controvertida, pois os casos são resolvidos com critérios legais variados, inexistindo consenso doutrinário e jurisprudencial sobre a aplicação do referido dispositivo legal. Ainda assim, poderia se afirmar que a ação indenizatória decorrente de responsabilidade civil em sentido estrito não é confundida com a ação indenizatória envolvendo responsabilidade contratual, pelo menos não para fins de definição da competência territorial; afinal, não houve aplicação do disposto no inciso V do artigo 53, do CPC para ações indenizatórias oriundas de contratos.

Não bastasse, o termo inicial dos encargos legais incidentes sobre o montante da condenação também sofre variações conforme a espécie de responsabilidade. Especificamente, a Súmula 54 do STJ⁸¹ estabelece que os juros de mora incidem a partir da data do ato ilícito, nos casos de responsabilidade aquiliana, ao passo que o artigo 405 do Código Civil⁸² determina que os juros de mora incidem desde a citação em ações indenizatórias fundadas em relações contratuais⁸³.

⁷⁸ Veja-se, exemplificativamente: “É reiterado o entendimento da preponderância da regra específica do art. 100, inciso V, alínea “a”, do CPC sobre as normas genéricas dos arts. 94 e 100, inciso IV, alínea “a” do CPC, permitindo que a ação indenizatória por danos morais e materiais seja promovida no foro do local onde ocorreu o ato ou fato, ainda que a ré seja pessoa jurídica, com sede em outro lugar, pois é na localidade em que reside e trabalha a pessoa prejudicada que o evento negativo terá maior repercussão.”. REsp 1168547/RJ, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 11/05/2010, DJe 07/02/2011.

⁷⁹ Nesse sentido: “Em se tratando de ação de reparação de danos que tenha por causa de pedir inadimplemento contratual, o foro competente para processamento e julgamento da demanda é o do lugar onde deveria ter-se dado o cumprimento da obrigação, porquanto o pedido de indenização é sucedâneo da obrigação descumprida. A responsabilidade civil, como dever jurídico secundário, surge do descumprimento do dever jurídico primário ou originário. Aplica-se, na espécie, a regra de competência estabelecida no art. 100, IV, d, do Código de Processo Civil, que é especial em relação à regra da alínea a desse mesmo dispositivo legal.”. Ag 1431051/DF, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 12/06/2012, DJe 21/08/2012.

⁸⁰ Exemplificativamente: “É competente o foro do lugar onde está a sede, para a ação em que for ré a pessoa jurídica, nos termos do art. 100, IV, “a”, do CPC. 3. A pessoa jurídica será demandada no domicílio em que situada a agência ou sucursal somente nas situações em que as obrigações discutidas tenham sido assumidas pela filial. Para determinação da competência prevista no art. 100, IV, “b”, não basta a simples existência de agência ou sucursal na comarca em que as partes pretendam litigar. 4. A autora é empresa multinacional devidamente estruturada em território nacional e sob o enfoque financeiro, jurídico e técnico, é suficientemente capaz de demandar na comarca da sede da ré sem que isso implique prejuízo para a sua defesa. 5. Recurso especial conhecido em parte e provido.” REsp 1528596/SP, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, TERCEIRA TURMA, julgado em 10/05/2016, DJe 23/05/2016.

⁸¹ Súmula n. 54, STJ. Os juros moratórios fluem a partir do evento danoso, em caso de responsabilidade extracontratual.

⁸² Artigo 405, Código Civil. Contam-se os juros de mora desde a citação inicial.

⁸³ Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho discorda dessa assertiva (pelo menos em parte), aplicando a regra do artigo 397 em detrimento do disposto no artigo 405, ambos do Código Civil. Segundo o referido jurista: “Em suma,

O referido dispositivo legal está em consonância com o posicionamento do STJ sobre o tema, conforme se verifica, exemplificativamente, do Recurso Especial n. 437.614/SP, no qual se concluiu que “[e]m se tratando de responsabilidade contratual, os juros moratórios devem incidir a partir da citação”⁸⁴. Isso significa que o cálculo da indenização irá variar de acordo com a causa do dano e, corolário lógico, com a espécie de responsabilidade civil (legal ou contratual)⁸⁵.

Em adição, também podem ser apontadas discrepâncias nas espécies de responsabilidade civil no que tange à solidariedade dos agentes: na responsabilidade contratual, a solidariedade exige expressa disposição legal ou contratual, nos termos do artigo 265 do Código Civil⁸⁶, ao passo que na responsabilidade aquiliana, ela é imposta como regra geral⁸⁷, fulcro no artigo 942 do Código Civil⁸⁸. Percebe-se, portanto, que a doutrina brasileira se vale dos mais diversos fundamentos para justificar a divergência entre os institutos e, com isto, justificar a manutenção da abordagem dicotômica da pretensão indenizatória.

na responsabilidade contratual os juros de mora são computados desde o termo da obrigação, se esta for positiva e líquida, ou desde a data da prática do ato que o devedor se obrigou a não praticar, se se tratar de obrigação negativa (artigo 390 do Código Civil). Nos demais casos, os juros de mora serão computados desde a data da interpelação do devedor (artigo 397, parágrafo único, do Código Civil), sendo que não havendo interpelação prévia, o dies a quo será o da citação inicial (artigo 405 do Código Civil).”

⁸⁴ REsp 437.614/SP, Rel. Ministro HÉLIO QUAGLIA BARBOSA, QUARTA TURMA, julgado em 12/12/2006, DJ 05/02/2007.

⁸⁵ Ressalta-se, contudo, que os parâmetros para incidência dos encargos legais variam na jurisprudência. Exemplificativamente, nos seguintes julgados, envolvendo responsabilidade contratual, o STJ concluiu que os juros moratórios e a correção monetária devem incidir a partir do evento danoso, em casos de dívidas líquidas, a despeito da previsão do artigo 405 do Código Civil, senão vejamos: “AGRAVO INTERNO NO AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CIVIL E PROCESSO CIVIL. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. INOCORRÊNCIA. OBRIGAÇÃO LÍQUIDA, CERTA E EXIGÍVEL. MORA EX RE. INTELIGÊNCIA DOS ARTIGO 397 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. JUROS DE MORA E CORREÇÃO MONETÁRIA A PARTIR DO VENCIMENTO DE CADA OBRIGAÇÃO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. REVISÃO. SÚMULAS 5 E 7 DO STJ. AGRAVO DESPROVIDO. (...) **Com efeito, incidem atualização monetária e juros de mora a partir do vencimento de cada prestação - ocasião (termo) em que, por decorrência do inadimplemento contratual, a credora ficou privada do valor especificado no contrato ao qual fazia jus.** (...)” (AgInt no AgInt no AREsp 986.993/RJ, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 09/11/2017, DJe 20/11/2017; grifo do autor); “PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE COBRANÇA. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS. INADMISSIBILIDADE. SÚMULA N. 7 DO STJ. JUROS E CORREÇÃO MONETÁRIA. TERMO INICIAL. OBRIGAÇÃO COM PRAZO DE VENCIMENTO CERTO. MORA EX RE. DECISÃO MANTIDA. (...) **Tratando-se de dívida líquida com vencimento certo, os juros de mora e a correção monetária devem incidir desde o vencimento da obrigação, mesmo nos casos de responsabilidade contratual.** (...)” (AgInt no AgInt no AREsp 1001068/MG, Rel. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, QUARTA TURMA, julgado em 21/11/2017, DJe 27/11/2017; grifo do autor)

⁸⁶ Artigo 265, Código Civil. A solidariedade não se presume; resulta da lei ou da vontade das partes.

⁸⁷ MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. **Responsabilidade contratual e extracontratual**: contrastes e convergências no direito contemporâneo. Rio de Janeiro: Processo, 2016. p. 23-24 e 27.

⁸⁸ Artigo 942, Código Civil. Os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano causado; e, se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação.

Embora o mais proeminente fator de diferenciação entre responsabilidade contratual e responsabilidade extracontratual seja a origem do dano, os adeptos da teoria dualista se valem de todas as consequências discrepantes de cada uma delas para defender o sistema adotado pelo direito brasileiro. O mesmo fenômeno pode ser verificado em outros ordenamentos jurídicos que também distinguem o dever de indenizar oriundo de descumprimentos contratuais e o dever de indenizar da responsabilidade aquiliana — a despeito dos debates sobre a sua pertinência e relevância.

O direito português, por exemplo, também adotou a corrente dualista da responsabilidade civil. Segundo Mário Júlio de Almeida Costa, o legislador português sistematizou a responsabilidade civil de forma separada, em duas partes distintas, havendo ainda uma série de artigos destinados à obrigação de indenizar, aplicáveis para ambas as espécies de responsabilidade⁸⁹.

Sobre o tema, António Menezes de Cordeiro afirma que o legislador português se inspirou no BGB para, a despeito da opção de separar as espécies de responsabilidade, viabilizar uma “interpenetração entre ambas”⁹⁰. Afinal, alguns dispositivos são igualmente aplicáveis para ambos os regimes.

Naturalmente, isso viabilizou que juristas discutissem eventual superação desta distinção, tal qual ocorrido no Brasil, como será demonstrado no próximo tópico deste trabalho. Ainda assim, António Menezes de Cordeiro afirma já ter defendido a adoção da teoria unitária, em consonância com a tradição da Faculdade de Direito de Lisboa, mas hoje a critica, ante a complexidade das relações obrigacionais⁹¹.

No BGB, assim como Código Civil brasileiro, o legislador alemão fez uma distinção geográfica entre as duas espécies de responsabilidade. Ainda assim, antes das regras específicas de cada um dos institutos, o BGB regulamenta as regras gerais do direito das obrigações, que se aplicam para contratos, responsabilidade civil em sentido estrito e enriquecimento sem causa⁹² — o que será abordado em detalhes no decorrer deste trabalho.

⁸⁹ COSTA, Mário Júlio de Almeida. **Direito das obrigações**. 8. ed. Coimbra: Almedina, 2000. p. 485-486.

⁹⁰ CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de direito civil**. Direito das obrigações: gestão de negócios. Enriquecimento sem causa. Responsabilidade civil. v. VIII. Coimbra: Almedina, 1953. p. 394.

⁹¹ CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de direito civil**. Direito das obrigações: gestão de negócios. Enriquecimento sem causa. Responsabilidade civil. v. VIII. Coimbra: Almedina, 1953. p. 389-400.

⁹² LANDO, Ole. Das neue Schuldrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs und die Grundregeln des europäischen Vertragsrechts. **Rebels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht**, Hamburg, v. 67, n. 2, p. 231-245, abr. 2003. p. 232.

Além da separação normativa, Jan Peter Schmidt esclarece que a responsabilidade contratual é muito mais regulamentada e ‘potente’ do que a extracontratual⁹³. Isso porque o BGB não contém uma cláusula geral sobre responsabilidade por ato ilícito⁹⁴ — tal qual prevista no Código Civil brasileiro —, de modo que o dispositivo aplicável exige não somente a existência de dano, como também violação a determinados bens jurídicos⁹⁵.

Esses bens jurídicos são a propriedade, a integridade física, a liberdade pessoal e “demais bens jurídicos” — conceito indeterminado inserido no código pela impossibilidade de elaboração de um rol exaustivo⁹⁶, que permite a flexibilização da norma para tornar-se uma cláusula geral, ainda que este não tenha sido o intento do legislador alemão. Justamente para salvaguardar esse intento, a jurisprudência interpreta o referido conceito de maneira restritiva⁹⁷.

Especificamente, o § 823 (1) do BGB⁹⁸ determina que uma pessoa que, com intenção ou negligência, ilicitamente fira a vida, a integridade física, a saúde, a liberdade, a propriedade ou outro direito de outrem, é responsável por compensar essa pessoa pelos danos resultantes⁹⁹. Segundo James Gordley e Arthur Taylor Von Mehren, o intuito do legislador alemão foi excluir do escopo de proteção da responsabilidade civil extracontratual determinados danos pelos quais o lesado não deveria ser ressarcido¹⁰⁰.

⁹³ SCHMIDT, Jan Peter. Responsabilidade civil no direito alemão e método funcional no direito comparado. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v. 10, n. 40, p. 139-150, out./dez. 2009. p. 139.

⁹⁴ Sobre o tema, James Gordley ensina que o primeiro rascunho do projeto do BGB continha uma provisão idêntica ao do Code Civil francês, que estabelecia uma regra geral de indenização por ato ilícito. Contudo, a versão final limitou a possibilidade de compensação aos danos à vida, ao corpo, à saúde, à propriedade, à liberdade e a outros direitos similares (que sabidamente não incluem danos puramente econômicos). GORDLEY, James. *Contract and Delict: Toward a Unified Law of Obligations*. **Edinburgh Law Review**, Edimburgo, v. 1, n. 3, p. 345-360, maio 1997. p. 357.

⁹⁵ SCHMIDT, Jan Peter. Responsabilidade civil no direito alemão e método funcional no direito comparado. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v. 10, n. 40, p. 139-150, out./dez. 2009. p. 140.

⁹⁶ GORDLEY, James; MEHREN, Arthur Taylor Von. **An introduction to the comparative study – readings, cases, materials**. New York: Cambridge University Press, 2006. p. 235.

⁹⁷ SCHMIDT, Jan Peter. Responsabilidade civil no direito alemão e método funcional no direito comparado. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v. 10, n. 40, p. 139-150, out./dez. 2009. p. 141.

⁹⁸ Vale mencionar que o referido dispositivo legal vinculou ilicitude e responsabilidade, como bem observou Bruno Miragem. MIRAGEM, Bruno. **Abuso do direito: ilicitude objetiva e limite ao exercício de prerrogativas jurídicas no Direito Privado**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 119.

⁹⁹ § 823 (1), BGB. Wer vorsätzlich oder fahrlässig das Leben, den Körper, die Gesundheit, die Freiheit, das Eigentum oder ein sonstiges Recht eines anderen widerrechtlich verletzt, ist dem anderen zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens verpflichtet.

¹⁰⁰ GORDLEY, James; MEHREN, Arthur Taylor Von. **An introduction to the comparative study – readings, cases, materials**. New York: Cambridge University Press, 2006. p. 235.

Em paralelo, o dever de indenizar por força de relação obrigacional, previsto no § 280 (1) do BGB¹⁰¹, está fundado nas seguintes premissas: relação obrigacional válida¹⁰², violação de deveres, nos exatos termos do § 241 do BGB¹⁰³, existência de dano¹⁰⁴ e culpa. Isso significa que todo e qualquer dano advindo de uma relação contratual será devidamente compensado, inexistindo restrição similar à prevista para ilícitos.

Note-se que o patrimônio não foi listado, pelo menos de maneira individualizada, pelo legislador alemão no § 823 do BGB, de modo que, em regra, o regime de responsabilidade extracontratual não admite indenização por danos de caráter exclusivamente patrimonial¹⁰⁵. Para ilustrar essa regra, a doutrina aponta para um julgado da Suprema Corte Alemã de 1958 em que se discutiu se um construtor deveria indenizar uma fábrica que teve sua produção interrompida por dano causado ao cabo elétrico de distribuição de energia.

Naquele caso, o tribunal entendeu que não seria devida qualquer reparação por lucros cessantes, tendo em vista que os danos causados eram de caráter exclusivamente patrimonial¹⁰⁶. Em contrapartida, a Suprema Corte Alemã concedeu indenização pleiteada por um frigorífico em situação idêntica, em virtude da paralização das suas atividades por falta de energia decorrente de danos em cabo elétrico¹⁰⁷.

A diferença é que, neste caso último caso, o frigorífico perdeu a sua mercadoria (que acabou perecendo pela falta de climatização), acarretando uma violação ao bem jurídico da propriedade — passível de reparação através do instituto da responsabilidade civil *stricto sensu*.

¹⁰¹ § 280 (1), BGB. Verletzt der Schuldner eine Pflicht aus dem Schuldverhältnis, so kann der Gläubiger Ersatz des hierdurch entstehenden Schadens verlangen. Dies gilt nicht, wenn der Schuldner die Pflichtverletzung nicht zu vertreten hat. Em tradução livre: Se o devedor violar a obrigação decorrente da relação obrigacional, o credor pode exigir indenização pelo dano causado. Isso não se aplica se o devedor não for responsável pelo inadimplemento contratual.

¹⁰² Quanto à exigência do BGB de obrigação válida para fins de direito à indenização, vale enfatizar que somente na reforma realizada em 2001, o código passou a contemplar a noção de *culpa in contrahendo*, no seu § 311. Assim, foram as contribuições da doutrina e da jurisprudência que passaram a permitir a ideia de *culpa in contrahendo* sistematizadas inicialmente por Jhering antes do processo de codificação na Alemanha e incorporadas na norma positivada apenas em 2001. CAMPOS, Miriam de Abreu Machado e. Jus commune contemporâneo? **Revista da Faculdade de Direito Milton Campos**, Belo Horizonte, v. 25, p. 191-288, 2012.

¹⁰³ § 241, BGB. (1) Kraft des Schuldverhältnisses ist der Gläubiger berechtigt, von dem Schuldner eine Leistung zu fordern. Die Leistung kann auch in einem Unterlassen bestehen. (2) Das Schuldverhältnis kann nach seinem Inhalt jeden Teil zur Rücksicht auf die Rechte, Rechtsgüter und Interessen des anderen Teils verpflichtet. Em tradução livre: (1) Em virtude da relação contratual, o credor pode exigir performance do devedor. A performance pode também consistir em uma omissão. (2) A obrigação também pode, dependendo do seu conteúdo, exigir que cada uma das partes respeite os direitos e outros interesses da outra parte.

¹⁰⁴ NORDMEIER, Carl Friedrich. O novo direito das obrigações no Código Civil Alemão. **Revista Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito PPGDir./UFRGS**, Porto Alegre, v. 1, mar. 2004. p. 215-216.

¹⁰⁵ SCHMIDT, Jan Peter. Responsabilidade civil no direito alemão e método funcional no direito comparado. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v. 10, n. 40, p. 139-150, out./dez. 2009. p. 141.

¹⁰⁶ SCHMIDT, Jan Peter. Responsabilidade civil no direito alemão e método funcional no direito comparado. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v. 10, n. 40, p. 139-150, out./dez. 2009. p. 142.

¹⁰⁷ SCHMIDT, Jan Peter. Responsabilidade civil no direito alemão e método funcional no direito comparado. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v. 10, n. 40, p. 139-150, out./dez. 2009. p. 142.

Diante dessas considerações, é evidente que o ordenamento jurídico alemão diferencia a responsabilidade civil de acordo com a origem do dano, exigindo requisitos distintos e, por consequência, atribuindo efeitos diferenciados para danos oriundos de ilícitos e de inadimplementos contratuais.

Diante dessas considerações, não restam dúvidas de que a tradicional distinção entre responsabilidade contratual e responsabilidade extracontratual gera diversos impactos na indenização a ser concedida. Como visto acima, no Brasil, tal abordagem dicotômica influencia, por exemplo, no ônus de prova da culpa, na exigência de capacidade do ofensor/inadimplente, na competência territorial da ação indenizatória, na forma de cálculo da indenização (quanto à incidência de juros moratórios) e na solidariedade dos agentes.

De forma mais grave, no direito alemão, a distinção das espécies de responsabilidade civil determina o cabimento ou não da indenização pelo prejuízo sofrido. Dito isso, embora decorra de noções do direito romano, a distinção das espécies de responsabilidade civil possui efeitos práticos extremamente relevantes no direito moderno.

Entretanto, parte da doutrina defende a superação desta distinção e, inclusive, diversos julgados desconsideram a natureza do dano para concessão de indenização. Cristiano Chaves de Farias, Felipe Braga Netto e Nelson Rosenvald, por exemplo, afirmam que há uma tendência a unificar as responsabilidades sob princípios comuns, tendo em vista a necessidade, em qualquer hipótese, de reparação integral¹⁰⁸.

É o que se passa a expor.

1.1.2 Tendências voltadas à superação dessa dicotomia

Há muito se discute a pertinência da tradicional divisão dicotômica do direito privado em responsabilidade contratual e responsabilidade extracontratual. Nesse sentido, Bruno Miragem afirma que as distinções do tratamento legislativo do direito das obrigações a partir de sua distinção quanto às fontes, tal como ocorrido no direito alemão¹⁰⁹, “cada vez mais

¹⁰⁸ FARIAS, Cristiano Chaves de; NETTO, Felipe Braga; ROSENVALD, Nelson. **Novo tratado de responsabilidade civil**. São Paulo: Atlas, 2015. p. 697.

¹⁰⁹ Sobre o tema, Bruno Miragem esclarece na sua obra, em nota de rodapé, que, no direito alemão, “é possível identificar as duas grandes fontes, quais sejam: (a) obrigações que decorrem de ato jurídico, como o contrato sinalagmático (*gegenseitiger Vertrag*); o contrato bilateral imperfeito (*unvollkommen zweiseitiger Vertrag*); o contrato unilateral (*einseitig verpflichtender Vertrag*), assim como as decorrentes de ato unilateral; e (b) as obrigações criadas por efeito de lei, como a gestão de negócios (*Geschäftsführung ohne Auftrag*), o enriquecimento injusto (*ungerechertigte Bereicherung*), e atos ilícitos dos quais decorram danos a outrem.”. MIRAGEM, Bruno. **Direito Civil: Direito das Obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 38-39.

perdem substância diante do sentido mais amplo que se vai reconhecer à relação obrigacional”¹¹⁰.

Jan Dirk Harke explica que, com a modernização do direito civil (e conseqüente desaparecimento das penas romanas), tal distinção estaria baseada tão somente na existência dos quase-contratos romanos (especificamente, gestão de negócios e enriquecimento sem causa, previstos no BGB nos §§ 677 e 812, respectivamente)¹¹¹. Todavia, de acordo com Bruno Miragem, a abordagem das fontes das obrigações proveniente do direito romano (em contratos, quase-contratos, delitos e quase-delitos) foi sendo gradativamente superada, dada a “multiplicidade de fatos juridicamente relevantes (negócio jurídico, atos ilícitos, atos justificados, fatos jurídicos e atos jurídicos lícitos), que em dado momento importam na fonte de uma obrigação”¹¹².

Esse é precisamente o posicionamento de Pontes de Miranda ao afirmar que a classificação quadripartida romana era incompleta, justamente pelos efeitos irradiados por obrigações que não cabiam nelas, quais seja, fatos jurídicos, atos-fatos jurídicos, atos jurídicos *stricto sensu*, fatos *stricto sensu* ilícitos ou atos-fatos ilícitos¹¹³.

De forma semelhante, Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho afirma que, a despeito da ausência de consenso doutrinário sobre a classificação das fontes das obrigações, é inequívoco que houve superação da clássica classificação quadripartida de origem justinianeia (em contrato, delito, quase-contrato e quase-delito) e que todas as obrigações encontram na lei a sua fonte¹¹⁴. Aliás, José de Aguiar Dias afirma que o legislador brasileiro desprezou a distinção entre delitos e quase-delitos¹¹⁵.

Conseqüentemente, pode-se dizer que a distinção entre responsabilidade contratual e responsabilidade extracontratual, no direito moderno, perdeu o seu propósito. Luiz Roldão de Freitas Gomes, em obra publicada nos anos 2000, já reconhecia que “[a] doutrina moderna tende, porém, a aproximar as duas matérias, destacando todos os aspectos comuns a uma e outra, sem apagar por completo as diferenças que as separam”¹¹⁶ — ainda que este jurista defendesse a manutenção da distinção, com base na escolha do legislador brasileiro¹¹⁷.

¹¹⁰ MIRAGEM, Bruno. **Direito Civil: Direito das Obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 38-39.

¹¹¹ HARKE, Jan Dirk. **Allgemeines Schuldrecht**. Berlin, Heidelberg: Imprint: Springer, 2010. p. 15.

¹¹² MIRAGEM, Bruno. **Direito Civil: Direito das Obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 79.

¹¹³ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de direito privado**: parte especial, tomo 22. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984. p. 53.

¹¹⁴ MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. **Responsabilidade contratual e extracontratual**: contrastes e convergências no direito contemporâneo. Rio de Janeiro: Processo, 2016. p. 5-6.

¹¹⁵ DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 11. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 151.

¹¹⁶ GOMES, Luiz Roldão de Freitas. **Elementos de responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 30.

¹¹⁷ GOMES, Luiz Roldão de Freitas. **Elementos de responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 36.

Evidente, portanto, que existe uma crescente tendência à superação desta distinção, ainda que não haja consenso sobre o tema. Ainda, a aplicação dos dispositivos legais de cada um dos regimes de responsabilidade não encontra mais uma separação estanque, de modo que artigos que regulamentam responsabilidade aquiliana são usados em casos envolvendo responsabilidade contratual e vice-versa.

Aliás, a confusão entre os institutos é tanta que, em seu manual de direito civil, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho exemplificam o conceito de perdas e danos previsto no artigo 403 do Código Civil¹¹⁸ tanto com casos de responsabilidade contratual quanto com exemplos envolvendo responsabilidade extracontratual, sem qualquer ressalva¹¹⁹. Todavia, de acordo com a dinâmica do Código Civil brasileiro, as perdas e danos instituídas pelo referido dispositivo legal são devidas apenas em matéria de contratos, porquanto constantes no título “do inadimplemento das obrigações”.

Da mesma forma, Gustavo Tepedino, Heloisa Helena Barboza e Maria Celina Bodin de Moraes mencionam a possibilidade de aplicação do artigo 944, parágrafo único, do Código Civil, que dispõe sobre redução equitativa da indenização (e que será novamente abordado no segundo capítulo deste trabalho), também em casos de responsabilidade contratual¹²⁰. Todavia, o referido dispositivo está inserido dentro do título da “responsabilidade civil”, que, pela sistemática do direito brasileiro, limita-se aos casos de responsabilidade aquiliana.

Além disso, ao escrever sobre a opção legislativa de regular separadamente as espécies de responsabilidade, Paulo Nader afirma que o artigo 389 do Código Civil¹²¹ consiste em disposição geral que não se restringe à responsabilidade contratual ou à responsabilidade

¹¹⁸ Artigo 403, Código Civil. Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual.

¹¹⁹ Especificamente, os referidos juristas afirmam que: “Imagine que uma indústria de veículos haja celebrado um contrato de compra com um fornecedor de pastilhas de freios, que se comprometera a entregar-lhe um lote de dez mil peças até o dia 10. O pagamento efetivou-se no ato da celebração do contrato. No dia fixado, o fornecedor, sem justificativa razoável, comunicou ao adquirente que não mais produziria as referidas peças. Dessa forma, abriu-se ao credor a possibilidade de resolver o negócio, podendo exigir as perdas e danos, que compreenderiam o dano efetivo causado pelo descumprimento obrigacional (as suas máquinas ficaram paradas, tendo a receita mensal diminuído consideravelmente), e, bem assim, o que razoavelmente deixou de lucrar (se as pastilhas de freio houvessem chegado a tempo, os carros teriam sido concluídos, e as vendas aos consumidores efetivadas, como era de esperar). Outro exemplo, agora extraído do campo de estudo da responsabilidade extracontratual, também nos servirá. Um indivíduo, guiando imprudentemente o seu veículo, abalroa um táxi que estava corretamente estacionado. Em tal hipótese, o causador do dano, por sua atuação ilícita, será obrigado a indenizar a vítima, pagando-lhe as perdas e danos, que compreenderão, conforme já vimos, o dano emergente (correspondente ao efetivo prejuízo material do veículo – carroceria danificada, espelhos laterais quebrados, danos à pintura, etc.), e, bem assim, os lucros cessantes (referentes aos valores a que faria jus o taxista durante todo o tempo em que o seu veículo ficou parado, em conserto na oficina)”. GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**: abrangendo o Código de 1916 e o novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 312.

¹²⁰ TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. **Código Civil interpretado conforme a Constituição da República**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 701.

¹²¹ Artigo 389, Código Civil. Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado.

extracontratual¹²². Similarmente, Sergio Cavalieri Filho defende a aplicação do referido dispositivo tanto para responsabilidade contratual como para responsabilidade extracontratual¹²³.

Entretanto, este dispositivo regulamenta “a regra geral das consequências da inexecução das obrigações”¹²⁴, o que é inclusive reconhecido por Sergio Cavalieri Filho em outro momento da mesma obra¹²⁵.

Nesse cenário, nem mesmo a distância geográfica dos dispositivos legais que regulamentam as responsabilidades contratual e extracontratual consegue justificar a manutenção do tratamento dicotômico atribuído aos institutos. Afinal, a doutrina defende a aplicação de certos dispositivos “privativos” de uma das espécies de responsabilidade também para a outra, perdendo o propósito da dita distinção (embora não haja consenso, sobretudo quanto ao artigo 944 antes referido).

Somado a isso, dentro dos dispositivos legais do título “do inadimplemento das obrigações” encontram-se regras específicas do campo da responsabilidade civil pura, tal qual o artigo 398 do Código Civil¹²⁶, que disciplina a mora das obrigações provenientes de ilícitos extracontratuais. Esse dispositivo também regulamenta a obrigação geral de não causar danos, assim como o artigo 186, razão pela qual “apesar de estar localizado no capítulo relativo à responsabilidade contratual, o ato ilícito mencionado pelo artigo 398 é aquele que tem como um de seus elementos a culpa extracontratual ou aquiliana”¹²⁷.

De forma inversa, o artigo 946 do Código Civil regulamenta indenizações devidas em decorrência de obrigações indeterminadas, ou seja, hipótese de responsabilidade contratual. Ainda assim, ele está inserido dentro no título “da responsabilidade civil”, especificamente no capítulo “da indenização”.

O que se percebe é que, apesar do esforço legislativo de separar a lei dos contratos da lei da responsabilidade civil em sentido estrito, tais institutos possuem diversas similitudes, o que têm levado a uma crescente tendência de superação da sua distinção. É o que Sergio

¹²² NADER, Paulo. **Curso de direito civil: obrigações**. v. 2. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 459.

¹²³ CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de responsabilidade civil. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 15.

¹²⁴ ANDRADE, Marcus Vinícius dos Santos et. al. **Comentários ao código civil brasileiro: do direito das obrigações**. v. 4. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 420.

¹²⁵ O jurista menciona, em outro capítulo da mesma obra, a abordagem dicotômica adotada pelo Código e afirma que “o art. 389 cuida dos efeitos decorrentes da responsabilidade contratual”, em contradição ao dito no início do livro, de que tal dispositivo seria aplicável em ambas as espécies de responsabilidade. CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de responsabilidade civil. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 336.

¹²⁶ Artigo 398, Código Civil. Nas obrigações provenientes de ato ilícito, considera-se o devedor em mora, desde que o praticou.

¹²⁷ TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. **Código Civil interpretado conforme a Constituição da República**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 724.

Cavaliere Filho denomina de “verdadeira simbiose entre esses dois tipos de responsabilidade”¹²⁸.

Da mesma forma, no Código Civil português a separação legislativa entre os institutos antes referida não é absoluta, uma vez que os artigos 483 e seguintes, que regulamentam responsabilidade extracontratual, se aplicam também para casos de responsabilidade civil aquiliana¹²⁹. Aliás, Mário Júlio de Almeida Costa afirma que os regimes, embora distintos, não possuem “diferenças essenciais” no direito português¹³⁰.

Outrossim, Bruno Miragem aponta para outra possível forma de distinção do regime de responsabilidade, não pela origem do dano, mas pelo conteúdo do dever violado¹³¹. Assim, desconsidera-se a fonte do dever originário violado, voltando-se “a uma visão mais unitária da responsabilidade civil, em contraposição à tradicional distinção entre responsabilidade contratual e extracontratual”, com base no (i) dever de não causar danos, (ii) dever de segurança e (iii) dever de proteção¹³².

Nessa linha, Mário Júlio de Almeida Costa explica que existem diversos casos de incumprimento de outras fontes, além dos contratos, que também acarretaram responsabilidade contratual — o que inclusive faz com que se critique a nomenclatura empregada, preferindo-se, por vezes, a responsabilidade negocial ou responsabilidade obrigacional¹³³. Esses são os casos, por exemplo, de descumprimento de negócios jurídicos unilaterais ou até mesmo da lei¹³⁴.

Percebe-se, diante disso, que o argumento mais proeminente empregado pelos adeptos da teoria dualista (no sentido de diferenciar a origem do dano) não é absoluto, já que nem sempre a responsabilidade contratual emana de um contrato propriamente dito. Em complemento, existem casos “em que a preexistência de um contrato não resta cristalina, porque tanto a responsabilidade contratual como a extracontratual se interpenetram, ou correm paralelas”¹³⁵.

A propósito, Patricia Cardoso se vale deste fenômeno ao discorrer sobre a responsabilidade do terceiro que contribui com o inadimplemento contratual¹³⁶, afirmando que

¹²⁸ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 31.

¹²⁹ COSTA, Mário Júlio de Almeida. **Direito das obrigações**. 8. ed. Coimbra: Almedina, 2000. p. 486.

¹³⁰ COSTA, Mário Júlio de Almeida Costa. **Direito das obrigações**. 8. ed. Coimbra: Almedina, 2000. p. 492.

¹³¹ MIRAGEM, Bruno. **Direito Civil: Responsabilidade civil**. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 97.

¹³² MIRAGEM, Bruno. **Direito Civil: Responsabilidade civil**. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 97-100.

¹³³ COSTA, Mário Júlio de Almeida. **Direito das obrigações**. 8. ed. Coimbra: Almedina, 2000. p. 484.

¹³⁴ COSTA, Mário Júlio de Almeida. **Direito das obrigações**. 8. ed. Coimbra: Almedina, 2000. p. 484.

¹³⁵ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: Teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 497.

¹³⁶ Embora não adentre no tema da distinção da responsabilidade contratual e extracontratual, Antônio Junqueira de Azevedo compartilha do entendimento de que a responsabilidade do terceiro que fomenta inadimplemento

tais circunstâncias culminam na “responsabilidade extracontratual que é agravada em virtude do contrato negocial”, causando aproximação entre os institutos¹³⁷. Isso corrobora a assertiva de que a doutrina vem desconsiderando a natureza do regime de responsabilidade civil lato senso, para que todo e qualquer dano seja devidamente reparado, independentemente da sua origem ou classificação.

Significa dizer que nem mesmo as diferenças entre os institutos teriam o condão de justificar o seu tratamento diferenciado no ordenamento jurídico. Afinal, segundo, Mário Júlio de Almeida Costa, “a maior parte, pelo menos, das diferenças tradicionalmente admitidas não encontra qualquer justificação prática lógica”¹³⁸.

Sobre o tema, Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho afirma que a cláusula penal, geralmente indicada como “catalizadora” dessa distinção, é insuficiente para atribuir tratamento diferenciado às espécies de responsabilidade; afinal, nem todo contrato contém tal previsão¹³⁹. Nesse sentido, percebe-se uma forte corrente visando a desconsiderar eventuais diferenças entre os regimes para, com isto, unificar as espécies de responsabilidade.

Vale notar que as distintas formas de definição de competência territorial também não parecem ser suficientes para fundamentar a divisão estanque das espécies de responsabilidade, uma vez que sequer há consenso doutrinário ou jurisprudencial acerca da aplicação dos incisos do artigo 53 do CPC, como ressaltado anteriormente. Aliás, a 3ª Seção do STJ já teve a oportunidade de constatar a divergência do posicionamento dentro do próprio Tribunal Superior quando do julgamento do Recurso Especial n. 1.087.471/MT, concluindo que a ação de reparação de danos — seja ela fundada em responsabilidade contratual ou em responsabilidade extracontratual — deve ser proposta no local do dano, e não no domicílio do réu pessoa jurídica¹⁴⁰.

contratual é aquiliana, manifestando-se, em parecer, sobre a responsabilidade de distribuidoras de gasolina de bandeiras distintas frente à distribuidora Ipiranga pela venda de combustíveis aos postos Ipiranga, em virtude da violação da cláusula de exclusividade inserida nos contratos de distribuição. AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Os princípios do atual direito contratual e a desregulamentação do mercado. Direito de exclusividade nas relações contratuais de fornecimento. Função social do contrato e responsabilidade aquiliana do terceiro que contribui para inadimplemento contratual. In: _____. **Estudos e Pareceres de Direito Privado**:. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 145.

¹³⁷ CARDOSO, Patricia. Oponibilidade dos efeitos dos contratos: determinante da responsabilidade civil do terceiro que coopera com o devedor na violação do pacto contratual. **Revista Trimestral de Direito civil - RTDC**, Rio de Janeiro, v. 5, n. 20, p. 125-150, out./dez. 2004. p. 150.

¹³⁸ COSTA, Mario Júlio de Almeida. **Direito das obrigações**. 8. ed. Coimbra: Almedina, 2000. p. 486.

¹³⁹ MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. **Responsabilidade contratual e extracontratual**: contrastes e convergências no direito contemporâneo. Rio de Janeiro: Processo, 2016. p. 79.

¹⁴⁰ REsp 1087471/MT, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 14/06/2011, DJe 17/06/2011.

Depreende-se que o STJ unificou as espécies de responsabilidade civil para fins de aferição da competência territorial, pelo menos no julgado acima referido, a despeito da teoria dualista adotada pelo direito brasileiro. Logo, embora não haja consenso jurisprudencial, nem mesmo no STJ, é certo que existe uma corrente no sentido de desconsiderar as distinções entre as espécies de responsabilidade (razão pela qual não parece razoável adotar a competência territorial como um fundamento para justificar a manutenção da abordagem dicotômica).

Assim, superada a questão da competência, outras eventuais distinções entre as espécies de responsabilidade, tais quais capacidade e culpa não afastariam as suas similitudes. Muito pelo contrário: eventuais particularidades decorrem das diferentes origens do dever de indenizar (o que é incontestável), mas que não obstam o seu tratamento unitário, superando-se a tradicional dicotomia que parece não mais representar o direito moderno.

Especificamente quanto à culpa, Caio Mário da Silva Pereira critica o posicionamento dos juristas que “procuram encontrar distinção ontológica entre culpa contratual e culpa aquiliana”¹⁴¹. Segundo o referido autor, eventuais pontos de diferenciação (quanto à matéria de prova e à extensão dos efeitos) são meramente acidentais, uma vez que ambas “sujeitam o contraventor a responder civilmente pelos prejuízos causados”¹⁴².

Similarmente, Rui Stoco aponta para o fato “de o dever jurídico violado ter por fonte primária um contrato, uma lei ou o dever genérico do *neminem laedere*” não alterar a essência da culpa¹⁴³. Da mesma forma, Cristiano Chaves de Farias, Felipe Braga Netto e Nelson Rosenvald defendem que nem mesmo as distinções quanto ao ônus da prova da culpa justificam, atualmente, a distinção entre as espécies de responsabilidade, indagando “se não seria o caso de abandonar o dualismo”¹⁴⁴.

Afinal, questões envolvendo o ônus da prova são pautadas conforme a natureza do fato (constitutivo, impeditivo, modificativo ou extintivo do direito), nos termos do artigo 373 do CPC, e não conforme a origem do dano indenizável. Significa dizer que a distinção entre ônus da prova da culpa se deve ao direito processual, e não aos regimes da responsabilidade civil do direito material civil.

¹⁴¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 247.

¹⁴² PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 247.

¹⁴³ STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais - RT, 2011. p. 166.

¹⁴⁴ Os referidos autores se valem também do clássico exemplo da responsabilidade civil dos médicos, afirmando que, embora a relação seja contratual, inexistente presunção de culpa. Isso corrobora mais uma vez que nem mesmo a distinção quanto à presunção de culpa entre os regimes de responsabilidade é absoluta. FARIAS, Cristiano Chaves de; NETTO, Felipe Braga; ROSENVALD, Nelson. **Novo tratado de responsabilidade civil**. São Paulo: Atlas, 2015. p. 698.

Ainda sobre culpa, convém destacar que o seu papel é cada vez menor¹⁴⁵, ante o crescente número de hipóteses de responsabilidade objetiva¹⁴⁶. Nesse sentido, Eugênio Facchini Neto defendeu a necessidade de “afastar-se, progressivamente, do princípio da culpa” para ampliar a abrangência da responsabilidade civil e, logo, possibilitar que todo o dano possa ser reparado¹⁴⁷.

Ademais, vale enfatizar que determinados inadimplementos contratuais são mais complexos de serem constatados, inexistindo a presunção de culpa invocada pela doutrina. Para ilustrar, pode-se pensar no exemplo do seguro de transporte de bens (regido pelos artigos 743 e seguintes do Código Civil), em que há cláusula obrigando o transportador a contratar seguro facultativo contra roubo de carga¹⁴⁸: a prova da culpa em caso de não contratação parece evidente, havendo inclusive precedente do STJ nesse sentido¹⁴⁹, mas e os casos de descumprimento das condições da apólice, de valor segurado insuficiente ou de simples recusa da seguradora de pagar a indenização devida ao proprietário do bem transportado?

Ainda que tenha havido contratação do seguro, se o proprietário do bem roubado não for indenizado pela seguradora pelo prejuízo sofrido, indaga-se se há descumprimento contratual culposamente passível de responsabilização (afinal, o intento da cláusula é justamente que o proprietário do bem seja prontamente ressarcido pela seguradora em caso de roubo da carga).

¹⁴⁵ Portanto, parece haver similitudes entre a tese da morte da culpa contratual e o aumento dos casos de responsabilidade aquiliana objetiva.

¹⁴⁶ Ainda que assim não fosse, Rosa Maria de Andrade Nery e Nelson Nery Junior lecionam que ambas as espécies de responsabilidade contemplam os critérios objetivo e subjetivo. Vejamos: “No sistema de direito privado, há hipóteses de responsabilidade extracontratual que se determinam pelo critério subjetivo (CC 186 e 927 caput) e pelo critério objetivo (CC 927 par. ún.). Igualmente, há situações de responsabilidade civil por dano contratual que se apuram pelo critério da responsabilidade subjetiva (hipótese em que se verificam os aspectos que compõem a base subjetiva do negócio jurídico), e outros que se resolvem pelo sistema de responsabilidade objetiva, quando a matéria sob análise aborda a base objetiva do negócio jurídico (CC 421 e 422), ou, ainda, nos casos em que se põe para análise o cumprimento de contratos que geram obrigações de resultado.” NERY, Rosa Maria de Andrade; NERY JUNIOR, Nelson. **Instituições de direito civil**. v. II. São Paulo: Revista dos Tribunais. p. 406.

¹⁴⁷ FACCHINI NETO, Eugênio. Da responsabilidade civil no novo código. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, Porto Alegre, v. 76, n. 1, p. 17-63, jan./mar. 2010. p. 26-27.

¹⁴⁸ Veja-se que este exemplo didático não contraria o posicionamento quase uníssono na jurisprudência sobre impossibilidade de responsabilização do transportador pelo roubo do bem. Nesse sentido, por exemplo, o seguinte julgado do STJ: “1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firma-se no sentido de que, não obstante a habitualidade da ocorrência de assaltos em determinadas linhas, é de ser afastada a responsabilidade da empresa transportadora por se tratar de fato inteiramente estranho à atividade de transporte (fortuito externo)”. AgRg no AREsp 175.821/SP, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 23/08/2016, DJe 05/09/2016. Em verdade, o referido exemplo discute tão somente a existência ou não de descumprimento contratual referente à cláusula de obrigatoriedade de contratação de seguro facultativo contra roubo de carga, quando não há ressarcimento do proprietário do bem roubado pela seguradora.

¹⁴⁹ Nesse sentido, já decidiu o STJ: “Se, contratualmente, o transportador estava obrigado a fazer o seguro facultativo da carga para evitar os prejuízos resultantes do seu desaparecimento, inclusive em decorrência de roubo, e deixa de fazê-lo, caracterizada está sua responsabilidade pelo ressarcimento dos danos resultantes desse evento.”. AgRg no REsp 439.628/MG, Rel. Ministro ARI PARGENDLER, TERCEIRA TURMA, julgado em 16/03/2006, DJ 10/04/2006, p. 169.

Com base neste exemplo, percebe-se que nem todos os descumprimentos contratuais são facilmente perceptíveis e, portanto, presumidos.

Isso significa que, em ambas as espécies de responsabilidade, compete ao lesado demonstrar como a ação ou omissão da parte adversa causou o dano que se pretende reparar, conforme sistemática do CPC. Logo, esse não parece ser um critério válido para adoção da teoria dualista da responsabilidade civil.

Ademais, quanto à capacidade, Carlos Edison do Rêgo Monteiro afirma que “a ausência do requisito da capacidade civil na responsabilidade contratual não elide o dever de reparar o dano causado à contraparte”¹⁵⁰. Significa dizer que a celebração de contrato com agente sabidamente incapaz pode, ainda assim, ensejar dever de indenizar¹⁵¹.

Nesse sentido, o TJRS já teve a oportunidade de analisar diversos casos envolvendo concessão de crédito ou de cartão de crédito em que a instituição financeira foi condenada a pagar indenização pela inscrição indevida do agente incapaz nos órgãos restritivos de crédito. Aliás, em um destes julgados, concluiu-se textualmente que, apesar “de a sentença ter declarado nulo (plano da validade) o negócio jurídico, querendo ou não o contrato existiu (plano da existência)”¹⁵².

Para problematizar ainda mais, Mário Júlio de Almeida Costa destaca que existem fatos que violam, ao mesmo tempo, uma relação de crédito e um dos chamados direitos absolutos, preenchendo os requisitos de ambas as espécies de responsabilidade¹⁵³. O referido jurista ilustra o tema do “concurso de ambas as espécies de ilícito civil” com os seguintes exemplos: o transportador que culposamente causa ferimentos à pessoa transportada, o médico que lesiona o paciente, o farmacêutico que entrega substância nociva ao paciente e o depositário que danifica o bem que lhe fora confiado¹⁵⁴.

Isso significa que diversos atos implicam simultaneamente violação à lei e ao contrato. Nesse sentido, conforme se extrai das lições de Bruno Miragem, os limites das espécies de

¹⁵⁰ MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. **Responsabilidade contratual e extracontratual**: contrastes e convergências no direito contemporâneo. Rio de Janeiro: Processo, 2016. p. 80.

¹⁵¹ Veja-se, exemplificativamente: Apelação Cível Nº 70072264112, Décima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Guinther Spode, Julgado em 13/06/2017. Apelação Cível Nº 70073064339, Décima Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Giuliano Viero Giuliano, Julgado em 09/05/2017. Apelação Cível Nº 70066648676, Décima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marcelo Cezar Muller, Julgado em 26/11/2015.

¹⁵² Apelação Cível Nº 70066863507, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Eugênio Facchini Neto, Julgado em 16/12/2015.

¹⁵³ COSTA, Mário Júlio de Almeida Costa. **Direito das obrigações**. 8. ed. Coimbra: Almedina, 2000. p. 490.

¹⁵⁴ COSTA, Mário Júlio de Almeida Costa. **Direito das obrigações**. 8. ed. Coimbra: Almedina, 2000. p. 491.

responsabilidade não são tão claros, ao que o jurista atribui como causa o dirigismo estatal, que se manifesta em forma de lei e de intervenção no conteúdo dos negócios jurídicos¹⁵⁵.

Aliás, em matéria de direito do consumidor, relações contratuais são geralmente tratadas como ilícitos civis, sob o pretexto de que, ainda que exista um contrato celebrado, a responsabilidade civil geralmente decorre da legislação¹⁵⁶. A título ilustrativo, cumpre destacar que casos de erro médico costumam ser tratados com base em responsabilidade civil pura, embora em regra exista um contrato celebrado entre o médico e o paciente¹⁵⁷.

Também nesse sentido, convém mencionar o exemplo trazido por Cristiano Chaves de Farias, Felipe Braga Netto e Nelson Rosenvald, no sentido de que terceiros lesados pela explosão de uma geladeira são consumidores, ainda que não a tenham adquirido¹⁵⁸ — de modo que para a responsabilidade do fornecedor é indiferente a existência ou não de um contrato.

¹⁵⁵ MIRAGEM, Bruno. **Direito civil**: responsabilidade civil. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 88.

¹⁵⁶ MIRAGEM, Bruno. **Direito Civil**: Responsabilidade civil. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 88-89.

¹⁵⁷ Nesse sentido, o TJRS decidiu inúmeras ações indenizatórias movidas contra médicos e hospitais (públicos e privados) com base nos artigos que regulamentam a responsabilidade civil estrito senso, aplicando os seus requisitos, ainda que reconhecessem a existência de um contrato: “APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ERRO MÉDICO. INOCORRÊNCIA. RESPONSABILIDADE MÉDICA. ART. 186 DO CÓDIGO CIVIL. São pressupostos da responsabilidade civil subjetiva: a conduta culposa do agente, o nexa causal e o dano, e a ausência de quaisquer destes elementos afasta o dever de indenizar. (...)”. Apelação Cível Nº 70077041531, Décima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Paulo Roberto Lessa Franz, Julgado em 26/04/2018; “APELAÇÃO CÍVEL. SUBCLASSE RESPONSABILIDADE CIVIL. RESPONSABILIDADE MÉDICO-HOSPITALAR. AÇÃO DE REPARAÇÃO MORAL. ATENDIMENTO PELO SUS. ILEGITIMIDADE PASSIVA DO MÉDICO. RECONHECIMENTO DE OFÍCIO. ALEGAÇÃO DE FALHA DE ATENDIMENTO/DIAGNÓSTICO. AUSÊNCIA COMPLETA DE DANO. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO MANTIDA. (...) No mais, para a configuração da responsabilidade civil, conforme preceituam os arts. 186 e 927 do Código Civil, necessário comprovar a conduta culposa do agente, o nexa causal e o dano, sendo que a ausência de quaisquer destes elementos afasta o dever de indenizar. Ou seja, a prática de ato ilícito não basta, por si só, para gerar dever de reparar danos, impondo-se, no que aqui importa, presença do binômio "prática de ato ilícito + dano", consoante, vale repetir, expressamente previsto no art. 927, caput, do Código Civil. 2. Logo, no caso, de ser mantida a sentença de improcedência do pedido, pois restou demonstrado que a autora não sofreu nenhum dano em decorrência da falha no atendimento/diagnóstico apontada. (...)”. Apelação Cível Nº 70074188723, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Eugênio Facchini Neto, Julgado em 27/09/2017; AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E OBRIGAÇÃO DE FAZER. RESPONSABILIDADE CIVIL. HOSPITAL. ERRO MÉDICO. FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. CONTAMINAÇÃO POR HIV DURANTE PROCEDIMENTO CIRÚRGICO. ATO ILÍCITO EVIDENCIADO. DANOS MORAIS. OCORRÊNCIA. REDUÇÃO DO QUANTUM INDENIZATÓRIO. (...) A responsabilidade civil é a obrigação de reparar o dano causado a alguém. Os hospitais, na qualidade de fornecedores de serviços, respondem objetivamente pelos danos causados aos seus pacientes, ou seja, independente de culpa, bastando a comprovação do prejuízo e do nexa de causalidade. Inteligência do art. 14, caput, do CDC. III. No caso concreto, a prova dos autos evidenciou a presença dos requisitos necessários ao reconhecimento do dever de indenizar, pois demonstrada a falha no procedimento adotado pelo nosocômio durante o procedimento cirúrgico realizado, no qual foi necessária transfusão de sangue, causando a contaminação da autora por vírus HIV. Incidência dos arts. 186 e 927, do Código Civil. (...) Igualmente, sendo reconhecida a falha do atendimento médico prestado, a hipótese dos autos reflete o dano moral *in re ipsa*, uma vez que o aborrecimento, o transtorno e o incômodo causados pela parte requerida são presumidos, conferindo o direito à reparação sem a necessidade de produção de prova quanto ao abalo psicológico. (...) Entretanto, em se tratando de relação contratual estreita, onde as partes, formalizaram um verdadeiro contrato de prestação de serviços (hospital - paciente), os juros moratórios de 1% ao mês devem incidir a partir da citação. (...)”. Apelação Cível Nº 70072243686, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jorge André Pereira Gailhard, Julgado em 31/05/2017.

¹⁵⁸ FARIAS, Cristiano Chaves de; NETTO, Felipe Braga; ROSENVALD, Nelson. **Novo tratado de responsabilidade civil**. São Paulo: Atlas, 2015.

Sergio Cavalieri Filho vai além, afirmando que o CDC superou a clássica distinção das espécies de responsabilidade, adotando a teoria unitária, sob o pretexto de que os casos de defeito do produto ou serviço estão lastreados em violação ao dever de segurança, independentemente da existência de uma relação contratual¹⁵⁹.

Ainda que se discorde dessa assertiva, é certo que existe uma interpenetração entre os diferentes regimes em matéria de direito do consumidor, o que acarreta no tratamento unitário da obrigação de indenizar¹⁶⁰, independentemente das peculiaridades inerentes a cada espécie. Para corroborar, cumpre citar os ensinamentos de Claudia Lima Marques sobre contratos de consumo, eis que a jurista afirma que a relação contratual consiste em uma vinculação de pessoas que gera deveres gerais boa-fé: “[e]stes deveres de conduta (Verhaltenspflichten) obrigam-nos a todos, todos os dias, nas relações extracontratuais e, muito mais, nas relações contratuais”¹⁶¹.

Sobre o tema, Caio Mário da Silva Pereira aponta para a existência de corrente doutrinária que afasta a clássica dicotomia do direito civil entre responsabilidade contratual e responsabilidade extracontratual, aplicando uma terceira categoria, que leva em consideração a responsabilidade profissional¹⁶². Segundo a abordagem proposta, transportadores, médicos, fabricantes, construtores, notários e outros profissionais que estão sujeitos à legislação especial assumem uma espécie de responsabilidade legal, que prescinde de aferição acerca da existência de inadimplemento contratual ou da violação de dever legal¹⁶³.

Contudo, se não há sequer consenso sobre a teoria dualista, quer parecer inviável falar em uma terceira espécie de responsabilidade, como sugere o referido jurista. Note-se, a propósito, que nem mesmo nos casos de erro médico (inseridos no âmbito do direito do consumidor) a matéria foi pacificada.

Embora inúmeros julgados concedam indenizações nessas circunstâncias como se responsabilidade civil pura fossem (ou pelo menos aplicando os seus dispositivos legais e exigindo o cumprimento dos seus requisitos) — como visto acima —, o STJ, quando do julgamento dos Embargos de Divergência em Recurso Especial n. 903.258/RS, reconheceu que

¹⁵⁹ Segundo o referido autor: “Ao equiparar ao consumidor todas as vítimas do acidente de consumo (Código de Defesa do Consumidor, art. 17), submeteu a responsabilidade do fornecedor a um tratamento unitário, tendo em vista que o fundamento dessa responsabilidade é a violação do dever de segurança – o defeito do produto ou serviço lançado no mercado e que, numa relação de consumo, contratual ou não, dá causa a um acidente de consumo”. CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 31.

¹⁶⁰ MIRAGEM, Bruno. **Direito Civil: Responsabilidade civil**. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 88-89.

¹⁶¹ MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. 217.

¹⁶² PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 251.

¹⁶³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 246.

a responsabilidade pela má-prestação do serviço médico tem natureza contratual. Naquele julgado, o STJ firmou o entendimento de que “[o] inadimplemento da obrigação não pode ser confundido com o ato ilícito absoluto cujos deveres genéricos não decorrem de relações anteriores entre aquele que lesa e o lesado”¹⁶⁴.

Embora tal posicionamento tenha se dado à luz do Código Civil de 1916, ele foi ratificado com base no Código Civil em vigor, pela Corte Especial do STJ, quando do julgamento do recurso especial n. 1.301.595/RJ, de relatoria do Ministro Herman Benjamin¹⁶⁵. Aliás, neste precedente, o STJ distinguiu a espécie de responsabilidade civil por erro médico de acordo com o autor da ação indenizatória: quando o litígio envolver o paciente, trata-se de responsabilidade contratual; mas quando o litígio envolver os seus parentes, sem vínculo contratual com o médico ou com o hospital, trata-se de responsabilidade civil pura¹⁶⁶.

Nesse cenário, independentemente do tratamento atribuído aos casos de erro médico, é certo que as espécies de responsabilidade estão sendo constantemente aproximadas, confirmando a assertiva de que elas podem ser tratadas de forma unitária, a despeito das suas particularidades. Ressalva-se, contudo, que Judith Martins Consta e Cristiano Zanetti limitam esse fenômeno tão somente ao direito do consumidor (defendendo a manutenção dessa dicotomia em matéria de direito civil), sob o pretexto de que a responsabilidade consumerista estaria dividida em fato do produto e vício do produto — e não em inadimplemento contratual e ato ilícito¹⁶⁷.

Ainda assim, quer parecer que tal posicionamento é contrário às correntes modernas, eis que a tendência de aproximação das espécies de responsabilidade não se restringe ao direito do consumidor, sendo discutida no âmbito do direito civil. Nesse sentido, Carlos Roberto Gonçalves explica que a maioria das codificações adotou a tese dualista ou clássica da

¹⁶⁴ EREsp 903.258/RS, Rel. Ministro ARI PARGENDLER, CORTE ESPECIAL, julgado em 15/05/2013, DJe 29/05/2013.

¹⁶⁵ REsp 1301595/RJ, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, CORTE ESPECIAL, julgado em 29/05/2014, DJe 07/04/2015.

¹⁶⁶ Para ilustrar, convém transcrever trecho das razões daquele julgado, que ilustram a situação posta em debate: “Ocorre que, na presente hipótese, as vítimas do acidente padeceram e a reparação por dano moral é reivindicada pelos respectivos familiares. Assim, não obstante a relação originária ser contratual (vítima do acidente - transportador), o liame entre os parentes da vítima, que ora pleiteiam o ressarcimento de danos morais, e o prestador do serviço de transporte causador do dano possui natureza extracontratual, notadamente por configurar reparação de danos morais com base no art. 927 do Código Civil.”. REsp 1301595/RJ, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, CORTE ESPECIAL, julgado em 29/05/2014, DJe 07/04/2015.

¹⁶⁷ MARTINS COSTA, Judith; ZANETTI, Cristiano de Souza. Responsabilidade contratual: prazo prescricional de dez anos. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 979, p. 215-241, maio 2017. p. 6.

responsabilidade civil, ainda que ela seja largamente combatida, havendo atualmente tendências voltadas à sua aproximação, como no BGB e no Código Civil português¹⁶⁸.

Somado a isso, também podemos verificar a convergência entre responsabilidade contratual e responsabilidade extracontratual em matéria de abuso de direito. Conforme lições de Bruno Miragem, “abusar do direito pressupõe o exercício de um direito que se abuse”, de modo que, embora exista um direito, ele deve “restringir-se aos limites que ele próprio impõe”¹⁶⁹.

Por isso, segundo Caio Mário da Silva Pereira, o abuso de direito é geralmente classificado como ato ilícito, tendo em vista que o exercício de um direito é lícito, mas toda a conduta que o ultrapasse é ilícita¹⁷⁰. Nesse sentido, o artigo 187 do Código Civil estabelece que “comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”.

Entretanto, existem casos em que o abuso é oriundo de uma relação contratual, de modo em que a responsabilidade contratual se equipara à responsabilidade delitual¹⁷¹. Evidente, portanto, que a relação contratual irradia efeitos para a seara da responsabilidade civil pura e vice-versa, o que leva à indagação se tal distinção estanque estaria em consonância com o direito moderno.

Deste modo, percebe-se que existem diversas situações que aproximam as espécies de responsabilidade e, conseqüentemente, desconsideram as suas diferenças, o que sugere a sua unificação. Essa é precisamente a tese sustentada por Carlos Edison do Rêgo Monteiro ao referir que “tanto num caso como noutro, o que se verifica é que há sempre um dano a clamar por reparação”¹⁷².

Assim, parece que a postura tradicional de separação da responsabilidade contratual e extracontratual irá gradativamente ser superada, considerando que as circunstâncias que a

¹⁶⁸ O referido jurista afirma que: “Nos códigos de diversos países, inclusive no Brasil, tem sido acolhida a tese dualista ou clássica, embora largamente combatida. Algumas codificações modernas, no entanto, tendem a aproximar as duas variantes da responsabilidade civil, submetendo a um regime uniforme os aspectos comuns a ambas. O Código alemão e o português, por exemplo, incluíram uma série de disposições de caráter geral sobre a ‘obrigação de indenização’, ao lado das normas privativas da responsabilidade do devedor pelo não-cumprimento da obrigação e das regras especificamente aplicáveis aos atos ilícitos. Ficaram, assim, fora da regulamentação unitária apenas os aspectos específicos de cada uma das variantes da responsabilidade.”. GONÇALVES, Carlos Roberto. **Comentários ao Código Civil**: parte especial. Direito das obrigações. v. XI. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 25.

¹⁶⁹ MIRAGEM, Bruno. **Abuso do direito**: ilicitude objetiva e limite ao exercício de prerrogativas jurídicas no Direito Privado. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 121.

¹⁷⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 252.

¹⁷¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 258.

¹⁷² MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. **Responsabilidade contratual e extracontratual**: contrastes e convergências no direito contemporâneo. Rio de Janeiro: Processo, 2016. p. 80.

originaram não mais subsistem, de modo que a estrutura dicotômica da responsabilidade civil parece ter perdido o seu propósito. Nessa linha de raciocínio, Bruno Miragem menciona a existência de “interpenetração entre os diferentes regimes, mediante o tratamento unitário da obrigação de indenizar, assim como de efeitos da responsabilidade que, mesmo no caso da responsabilidade negocial, decorrem de lei”¹⁷³.

No direito alemão, a doutrina aponta para a mesma tendência. Por exemplo, ao discorrer sobre a responsabilidade pré-contratual, Karina Nunes Fritz explica que a relação obrigacional alemã, diferentemente da brasileira, não está necessariamente pautada em “um dever de prestação”, seja ele oriundo de um negócio jurídico ou de uma ação ilícita¹⁷⁴.

Na verdade, segundo a referida autora, a relação obrigacional na Alemanha dispensa, em determinadas hipóteses, o dever de prestação, que, especificamente no caso da *culpa in contrahendo*, se justifica pelos deveres deduzidos da boa-fé objetiva — que corresponderia à uma vinculação especial, denominada *Sonderverbindung*¹⁷⁵. Isso corrobora a assertiva de que a responsabilidade (como dever de reparar o dano) não está pautada na origem desse dano; tanto que a *culpa in contrahendo* paulatinamente expandida e fortalecida no direito alemão¹⁷⁶ decorre justamente de deveres anexos à boa-fé (e não de um negócio jurídico ou de um ato ilícito), como deveres de proteção, cuidado, lealdade, informação, entre outros¹⁷⁷.

De forma semelhante, no direito brasileiro, o direito das obrigações contemporâneo está lastreado na cláusula geral da boa-fé¹⁷⁸. Nesse sentido, Bruno Miragem ensina que “a compreensão da obrigação como um processo, e o reconhecimento de eficácia jurídica às fases anterior à celebração e posterior ao cumprimento do dever principal da relação obrigacional” implicam diminuição das distinções entre as espécies de responsabilidade¹⁷⁹.

¹⁷³ MIRAGEM, Bruno. **Direito civil: responsabilidade civil**. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 89.

¹⁷⁴ FRITZ, Karina Nunes. A responsabilidade pré-contratual por ruptura das negociações. **Revista dos tribunais**, v. 883. p. 10-56, maio 2009. p. 17.

¹⁷⁵ FRITZ, Karina Nunes. A responsabilidade pré-contratual por ruptura das negociações. **Revista dos tribunais**, v. 883. p. 10-56, maio 2009. p. 17.

¹⁷⁶ O instituto está regulamentado no § 311 do BGB, assim disposto: §311, BGB. (1) Zur Begründung eines Schuldverhältnisses durch Rechtsgeschäft sowie zur Änderung des Inhalts eines Schuldverhältnisses ist ein Vertrag zwischen den Beteiligten erforderlich, soweit nicht das Gesetz ein anderes vorschreibt. (2) Ein Schuldverhältnis mit Pflichten nach § 241 Abs. 2 entsteht auch durch 1. die Aufnahme von Vertragsverhandlungen, (...). Em tradução livre: (1) Para criar uma obrigação através de uma transação legal e para alterar o conteúdo de uma obrigação, é necessária a existência de um contrato entre as partes, salvo se estipulado em sentido contrário pela lei. (2) Também surge uma obrigação com deveres conforme § 241 (2) quando houver 1. Início das negociações contratuais, (...).

¹⁷⁷ FRITZ, Karina Nunes. A responsabilidade pré-contratual por ruptura das negociações. **Revista dos tribunais**, v. 883. p. 10-56, maio 2009. p. 14.

¹⁷⁸ MIRAGEM, Bruno. Função social do contrato, boa-fé e bons costumes: nova crise dos contratos e a reconstrução da autonomia negocial pela concretização das cláusulas gerais. In: MARQUES, Claudia Lima. **A nova crise do contrato: estudos sobre a nova teoria contratual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 214.

¹⁷⁹ MIRAGEM, Bruno. **Direito Civil: Direito das Obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 37.

Ressalta-se, contudo, que a questão ainda é bastante controversa: enquanto no Brasil a responsabilidade pré-contratual é tratada pela maioria dos juristas¹⁸⁰ como responsabilidade civil aquiliana, por força da proibição de lesar outrem, ela é regida na Alemanha pelas regras de responsabilidade contratual, tendo em vista o vínculo obrigacional prévio¹⁸¹. Ainda assim, essa aproximação (e até confusão) entre os regimes de responsabilidade corrobora a possível impertinência da sua distinção.

Outrossim, como verificado no Código Civil brasileiro, existe uma interpenetração entre os dispositivos legais esparsos do BGB, que regulamentam as duas espécies de responsabilidade. A título exemplificativo, o § 253 do BGB¹⁸², que institui indenização para danos imateriais, está previsto no título 1 do livro 2 do BGB, que é aplicável para ambas as espécies de responsabilidade civil¹⁸³.

Significa dizer que, tanto no Brasil como na Alemanha, a opção legislativa de separação e distinção das normas que regem os ilícitos e os descumprimentos contratuais é relativizada pela aplicação simultânea de determinadas regras para ambas as espécies de responsabilidade civil. Além da confusão legislativa, a jurisprudência alemã também se vale da interpenetração entre as espécies de responsabilidade civil para resolver casos concretos.

Aliás, uma das críticas dessa dicotomia no direito alemão (em consonância com a situação verificada no Brasil) é que alguns casos são resolvidos com base na responsabilidade contratual, embora sejam, em verdade, ilícitos extracontratuais¹⁸⁴, para viabilizar a devida reparação da parte lesada. Sob essa premissa, ao discorrer sobre precedentes britânicos e suas possíveis classificações como *torts* ou *contracts*, Basil Markesinis explica que o direito alemão ampliou o conceito de contrato a favor de terceiro, para abranger determinados ilícitos¹⁸⁵.

¹⁸⁰ Daniel Ustárroz, por exemplo, parece defender que ora a responsabilidade pré-contratual deve ser tratada como responsabilidade contratual, ora como extracontratual. Vejamos: “Sobre o histórico debate acerca da divisão entre responsabilidade aquiliana e contratual, parece que existem condições de aproveitadas ambas as modalidades na resolução dos litígios. Haverá casos em que a responsabilidade deverá pautar-se pela ‘vontade’, quando existente uma prova suficiente de que houve um consenso parcial (o indigitado pré-contrato, memorial de entendimentos, documentos firmados prevejam obrigações, etc.). Noutras hipóteses, quando inexistir acordo expresso sobre o modo como deveriam ser levadas as negociações, fatalmente a responsabilidade será delitual e a análise seguirá os parâmetros gerais da ilicitude civil. Valorizam-se, assim, as duas grandes fontes da responsabilidade: vontade e destino.” USTÁRROZ, Daniel. **Temas atuais de direito contratual**. Porto Alegre: Notadez, 2010. p. 72.

¹⁸¹ Karina Nunes Fritz ressalva, em contrapartida, que alguns juristas defendem a existência de uma terceira espécie de responsabilidade, o que exigiria a criação de um sistema próprio de regras, hoje inexistente. FRITZ, Karina Nunes. A responsabilidade pré-contratual por ruptura das negociações. **Revista dos tribunais**, v. 883. p. 10-56, maio 2009. p. 24.

¹⁸² Este dispositivo será explorado em detalhes no capítulo 2.1.2.

¹⁸³ HARKE, Jan Dirk. **Allgemeines Schuldrecht**. Berlin, Heidelberg: Imprint: Springer, 2010. p. 16.

¹⁸⁴ SCHMIDT, Jan Peter. Responsabilidade civil no direito alemão e método funcional no direito comparado. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v. 10, n. 40, p. 139-150, out./dez. 2009. p. 147.

¹⁸⁵ MARKESINIS, Basil S. An expanding tort law - the price of a rigid contract law. **Law Quarterly Review**, v. 103, p. 354-397, jul. 1987. p. 2-3.

Isso porque, como visto anteriormente, a responsabilidade extracontratual encontra uma série de limitações. Exemplificativamente, a responsabilidade por atos de terceiro exige *culpa in vigilando* ou *culpa in eligendo*.

Por essa razão, a jurisprudência passou a admitir remédios contratuais para estes casos, embora eles fossem caracterizados pelo direito alemão como ilícitos. Para ilustrar, a doutrina aponta para o caso do “carpete de linóleo”, em que uma cliente foi atingida por um rolo grande de linóleo que caiu de uma das prateleiras de uma loja¹⁸⁶.

Nesse caso específico, o Tribunal alemão negou direito da cliente a compensação via responsabilidade extracontratual contra o empregador, diante da inexistência dos requisitos de responsabilidade por ato de terceiro, mas permitiu ação contra o empregador com base na responsabilidade contratual¹⁸⁷. Embora a cliente ainda não tivesse adquirido o carpete, o *Reichsgericht* (Suprema Corte alemã durante o período imperial e da Constituição de Weimar) entendeu que haveria uma relação negocial preparatória, de natureza semelhante a uma relação contratual, que imporia deveres de proteção à integridade física e à propriedade — posicionamento posteriormente confirmado pelo BGH¹⁸⁸ — tribunal alemão com atribuição similar àquela do STJ.

A aplicação inédita da culpa *in contrahendo* (inserida formalmente no ordenamento jurídico alemão somente com a reforma do BGB em 2002)¹⁸⁹ se deu justamente para possibilitar a condenação do empregador; do contrário, apenas o funcionário seria responsabilizado. Logo, as noções de responsabilidade civil e a sua classificação (como relação contratual ou não) foram relativizadas a fim de manipular o resultado do julgamento, isto é, a concessão ou não de indenização.

Essa expansão da responsabilidade contratual se deve ao fato de ela não encontrar tamanha resistência: todos os danos são compensáveis, existe uma responsabilidade automática do devedor por seus auxiliares e, ainda, há uma inversão do ônus da prova de culpa em favor do credor¹⁹⁰. Rui Stoco analisa criticamente o tema, afirmando que “[a] insuficiência, ou menor

¹⁸⁶ USTÁRROZ, Daniel. **Temas atuais de direito contratual**. Porto Alegre: Notadez, 2010. p. 63-64.

¹⁸⁷ SCHMIDT, Jan Peter. Responsabilidade civil no direito alemão e método funcional no direito comparado. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v. 10, n. 40, p. 139-150, out./dez. 2009. p.143.

¹⁸⁸ SCHMIDT, Jan Peter. Responsabilidade civil no direito alemão e método funcional no direito comparado. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v. 10, n. 40, p. 139-150, out./dez. 2009. p. 145.

¹⁸⁹ LANDO, Ole. Das neue Schuldrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs und die Grundregeln des europäischen Vertragsrechts. **Rebels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht**, Hamburg, v. 67, n. 2, p. 231-245, abr. 2003. p. 243.

¹⁹⁰ SCHMIDT, Jan Peter. Responsabilidade civil no direito alemão e método funcional no direito comparado. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v. 10, n. 40, p. 139-150, out./dez. 2009. p. 144.

desenvolvimento do sistema alemão de responsabilidade extracontratual levou a uma hipertrofia do sistema de responsabilidade contratual”¹⁹¹.

Deste modo, indaga-se se a simples distinção da origem do dano (e a tradição romana) justificaria tamanha discrepância entre os regimes, sobretudo quando a doutrina e a jurisprudência desconsideram os limites da responsabilidade civil contratual e extracontratual, quando conveniente, para adequadamente reparar os danos sofridos. Por outro lado, Basil Markesinis não fomenta a superação da distinção entre estas espécies de responsabilidade, defendendo a necessidade de fixação de limites para controlar a expansão do tratamento de ilícitos como contratos no direito alemão¹⁹².

Apesar das críticas, inúmeros julgados enquadraram casos de responsabilidade civil aquiliana como relações contratuais¹⁹³, para dar a solução mais adequada ao litígio.

A título ilustrativo, o BGH estendeu os efeitos de contrato de prestação de serviços de advocacia para o filho do contratante: tratava-se de procedimento de divórcio, em que o advogado deixou de instruir seu cliente sobre uma das obrigações assumidas no acordo de divórcio, de modo que o seu filho não pôde exigir de sua mãe a transferência de bens que ele fazia jus. Frente a isso, o BGH permitiu que o filho ajuizasse ação contra o advogado do seu pai, com base no contrato havido entre eles.

Nessa decisão, o Tribunal esclareceu a excepcionalidade da medida, de modo a evitar a confusão entre os limites da responsabilidade contratual e da responsabilidade extracontratual¹⁹⁴. Essa situação ilustra a relatividade do direito contratual alemão: a doutrina e a jurisprudência autorizaram a expansão do contrato, debatendo apenas sobre quais pessoas devem ser incluídas no âmbito de sua proteção¹⁹⁵.

¹⁹¹ STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**: doutrina e jurisprudência. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais - RT, 2011. p. 166.

¹⁹² A respeito, Basil Markesinis comenta que: “First, the test that will determine who is to be included within the protective umbrella of the contract is crucial if the concept of contract with protective effects vis-à-vis third parties is to be employed. Most German lawyers agree that the list of such persons must be limited; but they differ greatly as to the criteria that must be employed to achieve this aim and, as a result, as to who precisely enjoys such protection.”. Em tradução livre: Inicialmente, é crucial o teste que irá determinar quem será incluído dentro do escopo de proteção do contrato, caso o conceito do contrato com efeitos protetivos vis-à-vis para terceiros seja empregado. A maioria dos advogados alemães concorda que a lista de tais pessoas deve ser limitada; mas eles divergem consideravelmente quanto ao critério que deve ser utilizado para atingir tal intento e, como resultado, quanto a quem especificamente goza de tal proteção. MARKESINIS, Basil S. An expanding tort law - the price of a rigid contract law. **Law Quarterly Review**, v. 103, p. 354-397, jul. 1987. p. 9.

¹⁹³ Sobre o tema, Reinhard Zimmermann afirma que, quando um fato ensejar pretensões de responsabilidade contratual e de responsabilidade extracontratual, o autor pode optar por qual preferir. ZIMMERMANN, Reinhard. **The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition**. Cidade do Cabo: Juta, 2006. p. 905.

¹⁹⁴ MARKESINIS, Basil S. **Foreign Law & Comparative Methodology – a subject and a thesis**. Oxford: Hart Publishing, 1997. p. p. 262.

¹⁹⁵ MARKESINIS, Basil S. **Foreign Law & Comparative Methodology – a subject and a thesis**. Oxford: Hart Publishing, 1997. p. 259-261.

Consequentemente, assim como o Código Civil brasileiro, o BGB estabelece uma distinção entre as espécies de responsabilidade civil no seu texto, mas a doutrina e a jurisprudência têm relativizado esta distinção em inúmeras circunstâncias. Reinhard Zimmermann afirma que a distinção entre contratos e ilícitos é bastante delicada e sua fronteira é em muitos aspectos de difícil visualização¹⁹⁶.

Assim, pode-se dizer que o direito moderno aparentemente não mais se coaduna com esta clássica distinção da responsabilidade civil, pelo menos não da forma em que realizada. Por isso, a superação desta distinção entre responsabilidade civil contratual e responsabilidade extracontratual parece estar em consonância com a evolução do direito moderno.

Nesse sentido, Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka afirma que a insuficiência das soluções do direito atual frente aos mais distintos casos de danos exige uma “significativa reformulação do atual sistema bipolarizado de responsabilidade civil, isto é, a responsabilidade decorrente do descumprimento contratual (responsabilidade contratual) e aquela consequente da prática de ato ilícito (responsabilidade extracontratual)”¹⁹⁷.

Diante dessas considerações, é inegável que existe uma tendência à superação da distinção entre responsabilidade aquilina e responsabilidade contratual; tanto que Arnoldo Wald afirmou em 1998 que “[e]ssa diferença é discutida na doutrina e rejeitada por algumas legislações mais modernas”¹⁹⁸. No mesmo sentido, mas muitos anos antes, José de Aguiar Dias já defendia, em 1954, que a responsabilidade civil deveria ser estudada em um plano único, sendo conveniente transcrever seus comentários sobre o tema:

O Código Civil distinguiu entre responsabilidade contratual e extracontratual, regulando-as em seções marcadamente diferentes do seu texto. Nisto, acompanha a generalidade das codificações mais antigas, contra as quais se manifesta a tendência das legislações modernas, inclinadas à unificação, tendo em vista o fundamento comum da falta de diligência em relação ao direito alheio.¹⁹⁹

Diante desses esclarecimentos, inegável que há uma tendência há muito discutida de superação da distinção entre as espécies de responsabilidade, pautada nos mais variados argumentos. Sob essa perspectiva, passamos a analisar um exemplo concreto de unificação dos

¹⁹⁶ ZIMMERMANN, Reinhard. **The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition**. Cidade do Cabo: Juta, 2006. p. 903.

¹⁹⁷ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Responsabilidade pressuposta: evolução de fundamentos e de paradigmas da responsabilidade civil na contemporaneidade. **Revista Jurídica**, São Paulo, v. 56, n. 364, p. 35-62, fev. 2008. p. 47.

¹⁹⁸ WALD, Arnoldo. **Curso de Direito Civil Brasileiro: obrigações e contratos**. v. II. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 549.

¹⁹⁹ DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1954. p. 143.

sistemas de responsabilidade, bem como as suas funções, para corroborar as considerações feitas ao longo do capítulo.

1.2 ELEMENTOS CONVERGENTES DAS DUAS ESPÉCIES DE RESPONSABILIDADE

A distinção entre responsabilidade contratual e responsabilidade extracontratual pode ser analisada por diversos aspectos. Este capítulo propõe o estudo da unificação dos regimes com base nos prazos prescricionais aplicáveis às ações indenizatórias, no Brasil e na Alemanha, e na identidade das suas funções.

1.2.1 A unificação dos prazos prescricionais de ações indenizatórias no direito brasileiro e no direito alemão

Como visto, grande parte da doutrina rechaça a distinção entre as espécies de responsabilidade. Mário Júlio de Almeida Costa, por exemplo, afirma que “o regime da responsabilidade contratual é basicamente idêntico ao da responsabilidade extracontratual”²⁰⁰.

Um dos institutos que evidenciam a eventual superação dessa abordagem dicotômica, tanto no direito alemão como no direito brasileiro, é a prescrição. Isso porque os prazos prescricionais atualmente aplicáveis às ações indenizatórias — sejam elas fundadas em inadimplemento contratual ou em ato ilícito — são (ou deveriam ser) idênticos.

Com o Código Civil de 2002, os prazos prescricionais até então vintenários foram drasticamente reduzidos, estabelecendo-se uma série de prazos especiais (de um a cinco anos), além da regra geral residual de dez anos. Especificamente, o artigo 206, §3º, inciso V, do Código Civil em vigor estabelece que ações fundadas em “responsabilidade civil” prescrevem em 3 anos.

Ainda assim, a doutrina e a jurisprudência²⁰¹ entendiam que tal dispositivo se limitava aos casos de responsabilidade aquiliana, de modo que ações indenizatórias oriundas de relações contratuais deveriam ser submetidas ao prazo geral, de dez anos, estabelecido no artigo 205 do Código Civil (ou ao prazo especial, se existente, para determinadas espécies de contratos). Esse é precisamente o posicionamento de Judith Martins Costa e Cristiano Zanetti, que defendem veementemente a aplicação de prazos prescricionais distintos para ações fundadas em responsabilidade civil aquiliana e ações fundadas em responsabilidade contratual²⁰².

²⁰⁰ COSTA, Mario Júlio de Almeida Costa. **Direito das obrigações**. 8. ed. Coimbra: Almedina, 2000. p. 486.

²⁰¹ Nesse sentido, veja-se, exemplificativamente, os seguintes julgados do STJ: AgRg no AREsp 783.719/SP, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 10/03/2016, DJe 17/03/2016; AgRg no Ag 1401863/PR, Rel. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, QUARTA TURMA, julgado em 12/11/2013, DJe 19/11/2013.

²⁰² MARTINS COSTA, Judith; ZANETTI, Cristiano de Souza. Responsabilidade contratual: prazo prescricional de dez anos. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 979, p. 215-241, maio 2017. p. 10.

Tais autores logicamente defendem esse argumento porque são contrários à teoria unitária da responsabilidade civil, como visto no capítulo anterior com detalhes. Para ilustrar a questão, Gustavo Tepedino escreveu um artigo dedicado ao tema em 2009, no qual explicava que, “[a] despeito da clareza do dispositivo, logo surgiram vozes para, no afã de ampliar o direito de ação, circunscrever o prazo trienal à responsabilidade extracontratual, adotando-se, em contrapartida, o prazo geral de dez anos” para caso envolvendo responsabilidade contratual²⁰³.

Segundo o jurista, os dois argumentos utilizados por essa corrente seriam (i) o modelo “supostamente” semelhante ao do direito italiano, que também diferencia o prazo prescricional aplicável às espécies de responsabilidade civil, bem como (ii) inviabilidade de se admitir um prazo de três anos para pleitear indenização contratual, quando o prazo para pleitear execução é de cinco anos (fulcro no inciso I do §5º do artigo 206 do Código Civil)²⁰⁴. Especificamente quanto ao segundo argumento, parte da doutrina afirma que seria incoerente que o credor tivesse um prazo prescricional para pleitear perdas e danos e outro para exigir outros remédios cabíveis para descumprimento contratual, tais quais execução forçada ou resolução contratual²⁰⁵.

Todavia, o STJ apreciou a questão em 2017 e concluiu que “[a] pretensão de exigir o adimplemento do contrato verbal de mútuo não se equipara à de ressarcimento por dano contratual”, defendendo a aplicação de prazos prescricionais distintos para cada espécie de ação²⁰⁶.

Além desses dois argumentos, diversos juristas defendem que o termo “reparação civil” só é utilizado no Código Civil em dispositivos legais que regulamentam responsabilidade aquiliana, enquanto que os artigos que tratam de inadimplemento das obrigações não contêm qualquer referência a esta expressão²⁰⁷. Deste modo, afirma-se que não seria possível aplicar o artigo 206, §3º, inciso V, para ações que visam a reparar descumprimentos contratuais.

Seguindo essa linha, Humberto Theodoro Jr. defende que, quando a norma do artigo 206, §3º, inciso V, do Código Civil utiliza o termo “reparação civil”, ela se limita à obrigação que nasce do ato ilícito *stricto sensu*, não sendo aplicável às hipóteses de descumprimento

²⁰³ TEPEDINO, Gustavo. Prescrição aplicável à responsabilidade contratual: crônica de uma ilegalidade anunciada. **Revista Trimestral de Direito Civil – RTDC**, Rio de Janeiro, v. 37, p. 3-5, jan./mar. 2009. p. 1.

²⁰⁴ TEPEDINO, Gustavo. Prescrição aplicável à responsabilidade contratual: crônica de uma ilegalidade anunciada. **Revista Trimestral de Direito Civil – RTDC**, Rio de Janeiro, v. 37, p. 3-5, jan./mar. 2009. p. 1.

²⁰⁵ MARTINS COSTA, Judith; ZANETTI, Cristiano de Souza. Responsabilidade contratual: prazo prescricional de dez anos. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 979, p. 215-241, maio 2017. p. 5.

²⁰⁶ REsp 1510619/SP, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 27/04/2017, DJe 19/06/2017.

²⁰⁷ MARTINS COSTA, Judith; ZANETTI, Cristiano de Souza. Responsabilidade contratual: prazo prescricional de dez anos. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 979, p. 215-241, maio 2017. p. 4.

contratual²⁰⁸. Isso porque, segundo o referido autor, “[o] regime principal é o do contrato, ao qual deve aderir o dever de indenizar como acessório, cabendo-lhe função própria do plano sancionatório”²⁰⁹.

O que se percebe é que parte da doutrina interpreta o referido artigo como se ele fosse aplicável apenas em casos de responsabilidade civil aquiliana — ainda que o legislador não tivesse feito essa ressalva. Nesse sentido, Athos Gusmão Carneiro afirma que: “para efeito do prazo prescricional trienal, ‘reparação civil’ é a indenização, a ser paga normalmente em dinheiro, dos danos decorrentes do ato ilícito não contratual”²¹⁰.

Contudo, cumpre referir que tal argumento formalista não parece ser suficiente para afirmar que o termo “reparação civil” do artigo 206 do Código Civil se limita aos casos de responsabilidade aquiliana. Diferentemente do BGB²¹¹, o Código Civil brasileiro não é dotado de tecnicidade e formalismo a ponto de impedir que um mesmo termo seja usado, em diferentes dispositivos legais, com diferentes sentidos.

Para ilustrar a ‘flexibilidade’ do direito brasileiro e a ausência de termos rígidos, vale mencionar que as mesmas situações fáticas podem configurar danos distintos ou até mesmo ensejar reparação por institutos distintos — ainda que isso não seja recomendável ou adequado. A propósito, ao tratar sobre as espécies de danos, Eugênio Facchini Neto afirma que o jurista tem, por vezes, “a sensação de uma ‘guerra de etiquetas’, pois as mesmas situações fáticas são protegidas em lugares diversos sob rótulos diferentes.”²¹².

Nesse contexto, quer parecer que o argumento formalista mencionado por alguns autores no que diz respeito à letra do artigo 206, §3º, inciso V do Código Civil não merece prosperar — pelo menos não para, por si só, impedir aplicação do prazo prescricional trienal para ações fundadas em responsabilidade contratual. Assim, em posição antagônica àquela vista

²⁰⁸ THEODORO JR., Humberto. **Comentários ao novo Código Civil**: dos atos jurídicos lícitos. Dos atos ilícitos. Da prescrição e decadência. Da prova. v. III, t. II. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 333.

²⁰⁹ THEODORO JR., Humberto. **Comentários ao novo Código Civil**: dos atos jurídicos lícitos. Dos atos ilícitos. Da prescrição e decadência. Da prova. v. III, t. II. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 333.

²¹⁰ CARNEIRO, Athos Gusmão. Prescrição trienal e “reparação civil”. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 13, n. 49, p. 18-19, jul./set. 2010. p. 4.

²¹¹ Segundo Ole Lando, o BGB é lógico e preciso, de modo que há apenas uma expressão para cada termo e significado em todo o código. LANDO, Ole. *Das neue Schuldrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs und die Grundregeln des europäischen Vertragsrechts*. **Rechts Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht**, Hamburg, v. 67, n. 2, p. 231-245, abr. 2003. p. 232. Todavia, esse mesmo comentário simplesmente não é utilizado para descrever o Código Civil brasileiro, razão pela qual o argumento de que o termo “reparação civil” se restringe aos casos de responsabilidade aquiliana, pelo simples fato de, nos demais dois artigos do código ele ter sido usado apenas para essa espécie de responsabilidade, não parece convincente.

²¹² FACCHINI NETO, Eugênio. Os novos danos: análise de direito comparado. **Revista VOXLEX**, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 15-50, mar./abr. 2016. p. 17.

acima, parte da doutrina defende a unificação dos prazos prescricionais em matéria de responsabilidade civil *lato sensu*.

Exemplificativamente, Gustavo Tepedino criticou o posicionamento da doutrina antes referido, sob o argumento de que nada justificaria tamanha delonga no ajuizamento de ação²¹³, independentemente de o dano decorrer de uma relação contratual ou não. Este também é o posicionamento de Arnaldo Rizzardo, Arnaldo Rizzardo Filho e Carine Rizzardo, que defendem a aplicação do prazo prescricional trienal para ações fundadas tanto em responsabilidade contratual como em responsabilidade extracontratual²¹⁴.

Em paralelo a estas discrepâncias doutrinárias, a jurisprudência vinha, até recentemente, aplicando a regra geral do artigo 205 do Código Civil aos casos de pretensões indenizatórias decorrentes de inadimplemento contratual²¹⁵. Até setembro de 2016, o STJ havia decidido reiteradamente que “[à] pretensão de reparação civil por danos decorrentes de inadimplemento contratual aplica-se o prazo prescricional de 10 (dez) anos, previsto no artigo 205 do Código Civil”²¹⁶, de modo que os tribunais estaduais replicaram por muitos anos esse posicionamento²¹⁷.

Entretanto, tal entendimento parecia ter sido superado pelo STJ em 2016, em sede de recurso repetitivo, quando do julgamento do recurso especial n. 1.360.969/RS²¹⁸. Na ocasião, a Segunda Seção do STJ modificou seu próprio entendimento sobre a matéria, concluindo que o prazo prescricional de três anos se aplica tanto para casos envolvendo responsabilidade contratual como para hipóteses de responsabilidade extracontratual.

Assim, no voto vencedor do Ministro Marco Aurélio Bellizze, restou afastada a diferenciação entre responsabilidade civil aquiliana e contratual para fins de aplicação do artigo

²¹³ TEPEDINO, Gustavo. Prescrição aplicável à responsabilidade contratual: crônica de uma ilegalidade anunciada. **Revista Trimestral de Direito Civil – RTDC**, Rio de Janeiro, v. 37, p. 3-5, jan./mar. 2009. p. 1-2.

²¹⁴ RIZZARDO, Arnaldo; RIZZARDO FILHO, Arnaldo; RIZZARDO, Carine Ardisson. **Prescrição e decadência**. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 142.

²¹⁵ Nesse sentido, por exemplo, o STJ decidiu que o prazo prescricional aplicável às ações envolvendo responsabilidade do construtor pela fragilidade da obra, quando fundadas no artigo 389 do Código Civil, é o decenal, por configurarem ilícito contratual. REsp 1290383/SE, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 11/02/2014, DJe 24/02/2014.

²¹⁶ AgRg no REsp 1291531/DF, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 05/11/2015, DJe 10/11/2015.

²¹⁷ Veja-se, por exemplo, o entendimento do TJRS: “Tratando-se de ação indenizatória com base em inadimplemento contratual, o prazo prescricional é de 10 anos conforme previsão do art. 205 do Código Civil de 2002”. Apelação Cível Nº 70062583711, Décima Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Eduardo João Lima Costa, Julgado em 18/12/2014; “A prescrição da pretensão em razão de inadimplemento contratual é de dez anos, por enquadrar-se na regra geral prevista no artigo 205 do Código Civil.”. Apelação Cível Nº 70061708418, Décima Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Eduardo João Lima Costa, Julgado em 11/06/2015.

²¹⁸ REsp 1360969/RS, Rel. Ministro MARCO BUZZI, Rel. p/ Acórdão Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 10/08/2016, DJe 19/09/2016.

206, §3º, inciso V, do Código Civil²¹⁹. Dada a importância da decisão, convém transcrever o excerto mais relevante ao debate do tema:

Esse tema foi objeto de debate na V Jornada de Direito Civil, do Conselho da Justiça Federal e do Superior Tribunal de Justiça, realizada em novembro de 2011, ocasião em que foi editado o Enunciado n. 418, segundo o qual "**o prazo prescricional de três anos para a pretensão de reparação civil aplica-se tanto à responsabilidade contratual quanto à responsabilidade extracontratual**". É importante perceber que a sistemática adotada pelo Código Civil de 2002 foi a de redução dos prazos prescricionais, visando sobretudo a garantir a segurança jurídica e a estabilização das relações jurídicas em lapso temporal mais condizente com a dinâmica natural das situações contemporâneas. Seguindo essa linha de raciocínio **não parece coerente com a lógica estabelecida pelo Código Civil de 2002 deixar prevalecer, como se regra fosse, o prazo prescricional decenal (art. 205), de caráter tão alongado, para as reparações civis decorrentes de contrato, e somente entender aplicável o lapso temporal trienal para a parte veicular judicialmente as pretensões de reparação civil no âmbito extracontratual ou de enriquecimento sem causa** (art. 206, § 3º, IV e V). É de se notar, ademais, que nem mesmo o Código de Defesa do Consumidor, editado no idos de 1990 – o qual tem como objetivo maior a tutela dos direitos de vulneráveis postos no mercado de consumo, primando, assim, pela assimetria inerente às relações jurídicas estabelecidas entre o consumidor e o fornecedor –, concede tanta elasticidade ao prazo prescricional para que o interessado busque sua pretensão de reparação de danos causados por fato do produto ou do serviço, que, ao final, também é derivada de relação contratual. O art. 27 estabelece o lapso de cinco anos para o ajuizamento de demanda fundada em acidente de consumo, o qual é exatamente a metade do prazo previsto no art. 205 do Código Civil de 2002. Então, por que o Código Civil de 2002 – editado mais de uma década após o CDC – que trouxe a tônica de prazos prescricionais reduzidos e que, em regra, regula relações jurídicas em que há paridade entre os sujeitos, admitiria interpretação no sentido de fazer preponderar o prazo prescricional de dez anos para reparação de danos atinentes a contratos que nem sequer envolvem parte vulnerável? Nesse contexto, **considero que a melhor interpretação é, pois, aquela que, observando a lógica e a coerência do sistema estabelecido pelo Código de 2002 para as relações civis, dá TRATAMENTO UNITÁRIO AO PRAZO PRESCRICIONAL QUER SE TRATE DE REPARAÇÃO CIVIL FUNDADA EM RESPONSABILIDADE CIVIL CONTRATUAL OU EXTRA CONTRATUAL ou em enriquecimento sem causa, reconhecendo, assim, em caráter uniforme o prazo prescricional trienal para todas essas espécies de pretensões**. (grifo do autor).

²¹⁹ Judith Martins Costa e Cristiano Zanetti sintetizaram os argumentos que levaram à mudança de entendimento do STJ, conforme segue: “Para justificar a mudança de orientação, o julgado invocou três fundamentos jurídicos – o literal, o sistemático e o axiológico. Em primeiro lugar, fundou-se na letra da lei, para afirmar que o termo “reparação civil” deve ser lido de maneira ampla, de modo a abarcar tanto a responsabilidade contratual, como a extracontratual; em segundo lugar, defendeu que essa interpretação mais bem se harmoniza com as demais regras que governam a responsabilidade contratual; e, em terceiro lugar, sustentou que o princípio constitucional da isonomia impede que haja prazos distintos para as obrigações fundadas em uma e outra espécie de responsabilidade.”. MARTINS COSTA, Judith; ZANETTI, Cristiano de Souza. Responsabilidade contratual: prazo prescricional de dez anos. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 979, p. 215-241, maio 2017. p. 3.

Diante desse cenário, percebe-se que o posicionamento atual e vinculante do STJ sobre a matéria em discussão era (ou deveria ser) de que a expressão “reparação civil” mencionada no artigo 206, §3º, inciso V, do Código Civil não faz distinção entre responsabilidade contratual ou responsabilidade extracontratual, razão pela qual incidiria o prazo prescricional de três anos em ambas as hipóteses. Depois desse julgamento, as duas Turmas que compõem a Segunda Seção do STJ, competentes para julgar questões de direito privado, proferiram decisões que ratificam o posicionamento supra — embora tenham sido proferidas também decisões em sentido contrário.

Em uma análise quantitativa²²⁰, verifica-se que, desde o julgamento do recurso repetitivo supramencionado, em agosto de 2016, até junho de 2018, oportunidade em que o STJ revisitou o tema, haviam sido proferidos dezesseis acórdãos sobre o tema no STJ, sendo que doze deles estão em consonância com a tese de unificação dos prazos prescricionais de ações indenizatórias. Dentre estes doze julgados, nove deles são da Terceira Turma²²¹ e vão ao encontro do posicionamento firmado em sede de recurso repetitivo²²², concluindo textualmente que “[o] termo "reparação civil", constante do art. 206, § 3º, V, do CC/2002, deve ser interpretado de maneira ampla, alcançando tanto a responsabilidade contratual (arts. 389 a 405) como a extracontratual (arts. 927 a 954)”²²³.

²²⁰ Não foram consideradas decisões monocráticas.

²²¹ AgInt no AREsp 794.821/RS, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 25/10/2016, DJe 14/11/2016; REsp 1281594/SP, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 22/11/2016, DJe 28/11/2016; REsp 1474832/SP, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, Rel. p/ Acórdão Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 13/12/2016, DJe 03/03/2017; AgInt no REsp 1490387/RS, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 18/05/2017, DJe 01/06/2017; REsp 1510619/SP, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 27/04/2017, DJe 19/06/2017; AgInt no AREsp 893.943/SP, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 08/08/2017, DJe 22/08/2017; REsp 1632842/RS, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 12/09/2017, DJe 15/09/2017; AgInt no AREsp 1113334/SP, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 15/05/2018, DJe 25/05/2018; AgInt no AREsp 1136518/BA, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, julgado em 19/06/2018, DJe 28/06/2018.

²²² Ressalta-se apenas que no julgamento do Recurso Especial n. 1510619, a Terceira Turma analisou a questão por outro viés, examinando o prazo prescricional aplicável em ação que visava a exigir o adimplemento do contrato, mas ratificou a conclusão alcançada em sede de recurso repetitivo de que o prazo prescricional aplicável para ressarcimento de dano contratual é de 3 anos. (REsp 1510619/SP, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 27/04/2017, DJe 19/06/2017).

²²³ REsp 1632842/RS, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 12/09/2017, DJe 15/09/2017.

Os três outros julgados do STJ²²⁴ nos termos do posicionamento acima são da Quarta Turma²²⁵. Ressalva-se, contudo, que em um destes julgados, os Ministros parecem ter confundido o termo reparação civil com enriquecimento sem causa²²⁶ (que também está sujeito ao prazo prescricional trienal, fulcro no artigo 206, §3º, inciso IV).

Especificamente, no agravo interno em agravo em recurso especial n. 273.735, concluiu-se que “o atual prazo prescricional aplicável também é o trienal, à luz dos fundamentos da tese firmada por ocasião do julgamento do REsp n. 1.360.969/RS, afetado à temática dos recursos repetitivos”, por se tratar de ação de “reparação civil decorrente de inadimplemento contratual”, mas afirmou também que o autor pretende “evitar o enriquecimento ilícito da operadora do plano”²²⁷. Ainda assim, a despeito da aparente confusão entre os institutos da reparação civil e do enriquecimento sem causa (e, conseqüentemente, dos incisos IV e V do artigo 206, §3º, do Código Civil), o referido julgado respeitou o entendimento fixado em sede de recurso repetitivo.

Entretanto, como referido acima, nem todos os julgados do STJ posteriores a setembro de 2016 haviam sido pautados pelas balizas estabelecidas em sede de recurso repetitivo. Quatro julgados (dois da Terceira Turma e dois deles da Quarta Turma)²²⁸ aplicaram o prazo

²²⁴ AgInt no AgInt no AREsp 273.735/PR, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 26/09/2017, DJe 03/10/2017; AgInt no AREsp 1141991/RJ, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 05/06/2018, DJe 13/06/2018; AgInt no REsp 1496308/DF, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 21/06/2018, DJe 26/06/2018.

²²⁵ Ressalta-se apenas que no julgamento do Recurso Especial n. 1510619, a Quarta Turma analisou a questão por outro viés, examinando o prazo prescricional aplicável em caso de enriquecimento sem causa, mas ratificou a conclusão alcançada em sede de recurso repetitivo de que o prazo prescricional aplicável para ressarcimento de dano contratual é de 3 anos. (AgInt no REsp 1496308/DF, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 21/06/2018, DJe 26/06/2018).

²²⁶ Sérgio Savi comenta que há confusão teórica na doutrina e na jurisprudência envolvendo os institutos, diante da sua suposta semelhante “função genérica”. SAVI, Sérgio. **Responsabilidade civil do enriquecimento sem causa**. São Paulo: Atlas, 2012. p. 52.

²²⁷ AgInt no AgInt no AREsp 273.735/PR, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 26/09/2017, DJe 03/10/2017.

²²⁸ Veja-se os excertos dos julgados: “(...) o prazo geral decenal disposto no art. 205 do CC/02, o qual, além de corresponder ao prazo vintenário anteriormente disposto no art. 177 do CC/16, é o prazo que regula as pretensões fundadas no inadimplemento contractual.”. REsp 1717160/DF, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 22/03/2018, DJe 26/03/2018; “A jurisprudência do STJ firmou-se no sentido de ser aplicável o prazo prescricional decenal (artigo 205 do Código Civil) às demandas fundadas em responsabilidade civil decorrentes de inadimplemento contratual”. AgRg no AREsp 362.210/ES, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 15/12/2016, DJe 01/02/2017; “No mais, como demonstrado na decisão agravada, o entendimento firmado no STJ é que, tratando-se de responsabilidade derivada do não cumprimento dos chamados “deveres anexos do contrato”, sua natureza é contratual, a ensejar a aplicação da norma residual do art. 205 do CC/2002 (precedentes citados, transcritos acima)”. AgInt no AgRg no AREsp 267.726/SP, Rel. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, QUARTA TURMA, julgado em 18/10/2016, DJe 24/10/2016; “O prazo prescricional decenal, de que trata o art. 205 do Código Civil, tem aplicação na cobrança de valores oriundos de descumprimento contratual, o que não ocorre no caso em apreço (...)”. AgRg no REsp 1432129/DF, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÓAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 01/09/2016, DJe 16/09/2016.

prescricional decenal para ações indenizatórias envolvendo responsabilidade contratual, valendo-se do posicionamento jurisprudencial que havia sido (ou deveria ter sido) superado²²⁹.

Diante dessa divergência de posicionamentos no âmbito do próprio STJ, a despeito do julgamento em sede de recurso repetitivo, a Segunda Seção voltou a analisar a questão, em junho de 2018, quando do julgamento dos embargos de divergência n. 1.280.825/RJ²³⁰. Entretanto, surpreendentemente, nesta oportunidade o STJ retomou o posicionamento então superado, por maioria, concluindo que o prazo prescricional trienal se limita às hipóteses de responsabilidade civil em sentido estrito, não sendo aplicável aos casos de responsabilidade contratual.

O acórdão, de relatoria da Ministra Nancy Andrighi (que não havia participado do julgamento anterior em sede de recurso repetitivo), restou assim ementado:

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO. INADIMPLENTO CONTRATUAL. PRAZO DECENAL. INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA. REGIMES JURÍDICOS DISTINTOS. UNIFICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. ISONOMIA. OFENSA. AUSÊNCIA. (...) 5. **Nas controvérsias relacionadas à responsabilidade contratual, aplica-se a regra geral (art. 205 CC/02) que prevê dez anos de prazo prescricional** e, quando se tratar de responsabilidade extracontratual, aplica-se o disposto no art. 206, § 3º, V, do CC/02, com prazo de três anos. 6. Para o efeito da incidência do prazo prescricional, **o termo "reparação civil" não abrange a composição da toda e qualquer consequência negativa, patrimonial ou extrapatrimonial, do descumprimento de um dever jurídico, mas, de modo geral, designa indenização por perdas e danos, estando associada às hipóteses de responsabilidade civil, ou seja, tem por antecedente o ato ilícito.** 7. Por observância à lógica e à coerência, o mesmo prazo prescricional de dez anos deve ser aplicado a todas as pretensões do credor nas hipóteses de inadimplemento contratual, incluindo o da reparação de perdas e danos por ele causados. 8. **Há muitas diferenças de ordem fática, de bens jurídicos protegidos e regimes jurídicos aplicáveis entre responsabilidade contratual e extracontratual que largamente justificam o tratamento distinto atribuído pelo legislador pátrio, sem qualquer ofensa ao princípio da isonomia.**

²²⁹ Vale enfatizar que os precedentes do STJ que deixaram de observar o posicionamento firmado em sede de recurso repetitivo eram de relatoria da Ministra Nancy Andrighi, que não participou do referido julgamento da Segunda Seção, de relatoria dos Ministros Marco Buzzi e Antonio Carlos Ferreira, que foram votos vencidos naquele julgamento (sendo o primeiro, inclusive, relator originário do recurso), e do Ministro Rircardo Villas Bôas Cueva, que votou a favor da tese de unificação dos prazos prescicionais de ações indenizatórias no Recurso Especial n. 1.360.969/RS. Todavia, ressalva-se que no precedente de relatoria do Ministro Rircardo Villas Bôas Cueva, em que se concluiu que “o art. 205 do Código Civil, teria aplicação se a hipótese em apreço versasse sobre a cobrança de valores oriundos de descumprimento contratual”, o prazo prescricional aplicável foi o trienal, pois a matéria de fundo era efetivamente responsabilidade aquiliana.

²³⁰ EREsp 1280825/RJ, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 27/06/2018, DJE 02/08/2018.

9. Embargos de divergência parcialmente conhecidos e, nessa parte, não providos. (grifo do autor; EREsp 1280825/RJ, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 27/06/2018, DJe 02/08/2018)

Após este julgamento e até a data de entrega deste trabalho, foram publicados quinze acórdãos nesse sentido, de ambas as Turmas da Segunda Seção do STJ²³¹. Esses julgados ratificaram o posicionamento acima transcrito, de que ações indenizatórias que discutem inadimplemento contratual prescrevem em dez anos, sujeitando-se à regra geral do artigo 205 do Código Civil.

O que se percebe é que a questão em apreço continua controversa, inclusive no STJ, ainda que tenham sido proferidos dois acórdãos que visavam justamente a pacificar a matéria, em um lapso temporal de menos de dois anos. Ainda assim, pode-se dizer que a propensão do direito moderno é (ou pelo menos era) desconsiderar as distinções entre as espécies de responsabilidade, pelo menos para unificar o prazo prescricional aplicável às ações indenizatórias.

Afinal, como bem pontuou Arnaldo Rizzardo, a violação contratual também enseja desobediência à lei, uma vez que é a lei que determina a obrigatoriedade das cláusulas pactuadas²³². Logo, não haveria fundamento plausível para diferenciar o prazo prescricional para ações indenizatórias pelo simples fato de existir ou não uma relação contratual — apesar dos inúmeros fundamentos invocados pelo STJ e por parte da doutrina.

Embora não se possa depreender dessa tendência que a distinção entre responsabilidade civil extracontratual e responsabilidade contratual tenha sido superada — sobretudo ante os recentes julgamentos do STJ —, ela demonstra que isso pode ocorrer em um futuro próximo.

²³¹ AgInt no REsp 1742038/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 25/02/2019, DJe 27/02/2019; AgInt no REsp 1717845/RS, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 12/02/2019, REPDJe 26/02/2019, DJe 25/02/2019; AgInt no AREsp 1172987/RS, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 12/11/2018, DJe 16/11/2018; AgInt no REsp 1719517/RS, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 06/11/2018, DJe 14/11/2018; AgInt no AREsp 1328472/GO, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 23/10/2018, DJe 29/10/2018; AgInt no AgInt no AREsp 942.502/RS, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 16/10/2018, DJe 24/10/2018; AgInt no REsp 1729847/SP, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 01/10/2018, DJe 05/10/2018; AgInt no REsp 1608493/PR, Rel. Ministro LÁZARO GUIMARÃES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 5ª REGIÃO), QUARTA TURMA, julgado em 18/09/2018, DJe 26/09/2018; AgInt no AREsp 1296944/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 18/09/2018, DJe 21/09/2018; AgInt no AREsp 1099952/RS, Rel. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, QUARTA TURMA, julgado em 11/09/2018, DJe 18/09/2018; REsp 1750570/RS, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 11/09/2018, DJe 14/09/2018; AgRg no AREsp 132.795/SP, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 30/08/2018, DJe 13/09/2018; AgInt no REsp 1399280/RS, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 30/08/2018, DJe 12/09/2018; AgInt no REsp 1731038/DF, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, julgado em 21/08/2018, DJe 05/09/2018; AgInt no AgInt nos EDcl no REsp 1513839/PE, Rel. Ministro LÁZARO GUIMARÃES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 5ª REGIÃO), QUARTA TURMA, julgado em 14/08/2018, DJe 23/08/2018.

²³² RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade Civil**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 37.

Logo, essa nova abordagem representa uma tendência a ser observada, para que o direito siga acompanhando as demandas sociais.

Aliás, note-se que tal modificação de entendimento não se limitou ao ordenamento jurídico brasileiro. A reforma do direito das obrigações na Alemanha em 2002²³³ também contemplou modificações no âmbito dos prazos prescricionais (inclusive apontados como um dos pontos mais relevantes da reforma)²³⁴.

Especificamente, antes da reforma, as ações de responsabilidade civil fundadas em delitos prescreviam em três anos, conforme o então § 852, alínea 1, do BGB²³⁵, ao passo que ações fundadas em relações contratuais prescreviam em trinta anos, com base na norma geral, por ausência de regra específica²³⁶. Deste modo, percebe-se que o BGB distinguia, no passado, o prazo prescricional aplicável para pretensões indenizatórias fundadas em contratos e em atos ilícitos.

Ainda assim, a jurisprudência aplicava prazos mais curtos para ações indenizatórias que visavam compensação como substituição do inadimplemento contratual; ao passo que o prazo para pleitear performance e para pleitear indenização em caráter não substitutivo à obrigação era de trinta anos²³⁷. No entanto, desde a reforma que entrou em vigor em 2002²³⁸, o BGB passou a determinar que ambos os casos prescrevem em 3 anos²³⁹.

Até então, o direito prescricional alemão era excessivamente complexo — o que pode ser facilmente presumido se considerarmos que ele era governado por 130 dispositivos legais²⁴⁰.

²³³ A respeito, ressalta-se que a demanda pela modernização do direito obrigacional alemão foi fruto de mudanças no âmbito comunitário, sobretudo aquelas trazidas pela CISG e por diretivas que precisavam ser prontamente incorporadas pelo direito nacional. NORDMEIER, Carl Friedrich. O novo direito das obrigações no Código Civil Alemão. **Revista Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito PPGDir./UFRGS**, Porto Alegre, v. 1, mar. 2004. p. 206-207.

²³⁴ Também foram objeto de reestruturação os dispositivos que regulamentam “inexecução e execução defeituosa, contratos de venda de bens e contratos de prestação de serviços”. CANARIS, Claus-Wilhelm. O novo direito das obrigações na Alemanha. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 7, n. 27, p. 108-124, jul./set. 2004. p. 108.

²³⁵ WITZ, Claude. **Droit privé allemand** – 1. Actes juridiques, droits subjectifs. Paris: Litec, 1992. p. 533.

²³⁶ ZIMMERMANN, Reinhard. WHITTAKER, Simon. **Good faith in European Contract Law**. New York: Cambridge University Press, 2000. p. 493.

²³⁷ LARENZ, Karl; WOLF, Manfred. **Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts**. ed. 8. Munique: Beck, 1997. p. 339. No original, afirma-se que: “Die Rechtsprechung wendet diese kurzen Fristen, soweit sie für den Erfüllungsanspruch gelten, auch auf solche Schadensersatzansprüche an, die einen Ersatz gerade für das Ausbleiben der Erfüllung oder das Scheitern des Vertrags darstellen, auch wenn sich solche Anspruch aus positiver Vertragsverletzung, aus culpa in contrahendo oder aus §§ 122, 179 Abs. 2 ergeben. Dagegen bleibt es bei der dreißigjährigen Frist, wenn auch für den Erfüllungsanspruch keine kürzere Frist gilt. Ebenso soll es für die Schadensersatzansprüche aus positiver Vertragsverletzung oder aus culpa in contrahendo, die nicht als Erfüllungersatz dienen, bei der dreißigjährigen Frist bleiben.”

²³⁸ NORDMEIER, Carl Friedrich. O novo direito das obrigações no Código Civil Alemão. **Revista Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito PPGDir./UFRGS**, Porto Alegre, v. 1, mar. 2004. p. 210.

²³⁹ NORDMEIER, Carl Friedrich. O novo direito das obrigações no Código Civil Alemão. **Revista Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito PPGDir./UFRGS**, Porto Alegre, v. 1, mar. 2004. p. 219.

²⁴⁰ WITZ, Claude. **Droit privé allemand** – 1. Actes juridiques, droits subjectifs. Paris: Litec, 1992. p. 542.

Isso prejudicava tanto os litigantes, como o próprio Judiciário, na medida em que exigia constante discussão sobre qual o prazo prescricional aplicável dentre as diferentes provisões no BGB²⁴¹.

Ainda, a regra geral do prazo prescricional então instituída pelo direito alemão era incompatível com as necessidades do mercado, fomentando longos períodos de inércia²⁴². Isso porque os prazos prescricionais eram excessivamente longos²⁴³, sobretudo se considerarmos que a regra geral era de trinta anos (nos termos do então § 195 do BGB)²⁴⁴.

Sobre o tema, Carl Friedrich Nordmeier aponta que os prazos diferentes (de seis semanas e trinta anos) causavam inúmeros problemas e desigualdades, o que exigia uma harmonização legislativa²⁴⁵. Por essa razão, cabia à doutrina discutir os dispositivos legais que regulamentavam prescrição para tentar modificar a duração dos prazos prescricionais vigentes²⁴⁶.

Assim, apesar dos prazos específicos do então § 196 do BGB, que excepcionavam a regra geral antes referida (e estabeleciam prazos inferiores específicos), a jurisprudência se incumbia de, na prática, corrigir os excessos dos prazos e adaptar o instituto ao direito da época²⁴⁷. Nesse contexto, Claus Wilhelm Canaris afirma que os tribunais criaram interpretações “estranhas” da doutrina, a fim de introduzir emendas às regras dos prazos de prescrição previstos no BGB²⁴⁸.

Além disso, as exceções à regra geral não eram claras e geralmente estavam fundamentas em tradições históricas irracionais²⁴⁹. Para demonstrar a insatisfação dos juristas com o direito vigente, especificamente com o tema dos prazos prescricionais, Claus Wilhelm Canaris alega que “a prescrição constituía uma das piores partes do nosso Código Civil”²⁵⁰, de modo que este foi um dos pontos que justificou o aumento do escopo da reforma.

²⁴¹ WITZ, Claude. **Droit privé allemand** – 1. Actes juridiques, droits subjectifs. Paris: Litec, 1992. p. 542.

²⁴² WITZ, Claude. **Droit privé allemand** – 1. Actes juridiques, droits subjectifs. Paris: Litec, 1992. p. 542.

²⁴³ Sobre o prazo prescricional aplicável antes da reforma de 2002, Claude Witz ressalva que a regra geral do § 195 consistia, em verdade, em norma excepcional, considerando o número excessivo de regras específicas no BGB. WITZ, Claude. **Droit privé allemand** – 1. Actes juridiques, droits subjectifs. Paris: Litec, 1992. p. 531.

²⁴⁴ LARENZ, Karl; WOLF, Manfred. **Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts**. ed. 8. Munique: Beck, 1997. p. 337.

²⁴⁵ NORDMEIER, Carl Friedrich. O novo direito das obrigações no Código Civil Alemão. **Revista Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito PPGDir./UFRGS**, Porto Alegre, v. 1, mar. 2004. p. 217-218.

²⁴⁶ CANARIS, Claus-Wilhelm. O novo direito das obrigações na Alemanha. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 7, n. 27, p. 108-124, jul./set. 2004. p. 110.

²⁴⁷ WITZ, Claude. **Droit privé allemand** – 1. Actes juridiques, droits subjectifs. Paris: Litec, 1992. p. 542.

²⁴⁸ CANARIS, Claus-Wilhelm. O novo direito das obrigações na Alemanha. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 7, n. 27, p. 108-124, jul./set. 2004. p. 110.

²⁴⁹ CANARIS, Claus-Wilhelm. O novo direito das obrigações na Alemanha. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 7, n. 27, p. 108-124, jul./set. 2004. p. 111.

²⁵⁰ CANARIS, Claus-Wilhelm. O novo direito das obrigações na Alemanha. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 7, n. 27, p. 108-124, jul./set. 2004. p. 110.

É que a referida reforma havia sido motivada pela diretiva da União Europeia sobre proteção do consumidor, mas acabou englobando uma verdadeira reestruturação do sistema obrigacional, por opção legislativa²⁵¹. Além da redução dos prazos, o legislador alterou também o conceito da prescrição contratual, que passa a ser subjetivo.

Anteriormente, o prazo prescricional para demandas envolvendo contratos iniciava da data do surgimento da prescrição, geralmente correspondente à data do vencimento da obrigação (o que é denominado pela doutrina de sistema objetivo)²⁵². Isso significa que o prazo começava a fluir desde a data do surgimento do direito, independentemente do conhecimento do credor²⁵³.

Contudo, com a reforma, o prazo passa a transcorrer no fim do ano no qual o credor ficou sabendo da pretensão (denominado de sistema subjetivo); mesmo sistema de prescrição que regulava a responsabilidade aquiliana, consubstanciando no chamado *allgemeines Prinzip*²⁵⁴. Ainda assim, tendo em vista que sistema adotado poderia gerar inseguranças, a reforma do BGB instituiu a utilização cumulativa dos sistemas subjetivo e objetivo em matéria de obrigações (valendo-se da regra de responsabilidade civil): o credor possui três anos para pleitear o seu direito de indenização, contados da data que tomar conhecimento do fato, desde que respeitado o prazo de dez anos, que passa a fluir da data do evento que dá origem ao direito²⁵⁵.

Ou seja, não apenas os prazos prescricionais foram unificados, os sistemas objetivo e subjetivo da prescrição passaram a valer tanto para casos de responsabilidade contratual como

²⁵¹ CANARIS, Claus-Wilhelm. O novo direito das obrigações na Alemanha. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 7, n. 27, p. 108-124, jul./set. 2004. p. 108-109.

²⁵² Ressalva-se, contudo, que a reforma do BGB manteve um aspecto do sistema objetivo de prescrição em seu § 199, pois a pretensão prescreve em dez anos do seu vencimento, independentemente do conhecimento do credor. NORDMEIER, Carl Friedrich. O novo direito das obrigações no Código Civil Alemão. **Revista Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito PPGDir./UFRGS**, Porto Alegre, v. 1, mar. 2004. p. 218-219.

²⁵³ CANARIS, Claus-Wilhelm. O novo direito das obrigações na Alemanha. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 7, n. 27, p. 108-124, jul./set. 2004. p. 111.

²⁵⁴ Convém transcrever as palavras de Carl Friedrich Nordmeier sobre o tema: “O novo conceito muda para o “sistema subjetivo” (subjektives System) e estabelece, no § 199 BGB/2002, que o prazo da prescrição regular inicia no fim do ano no qual o credor ficou sabendo da pretensão ou não ficou sabendo por negligência grave (grobe Fahrlässigkeit); o fato de o início ser somente no fim do ano recebe o nome de “Ultimo-Verjährung”. Desta maneira, limitam-se os efeitos fortes que um prazo de prescrição curto (três anos) traz para o credor; por outro lado, o sistema subjetivo precisa de uma limitação objetiva para que o credor não possa alegar seu desconhecimento da pretensão anos mais tarde. Portanto, o § 199 BGB/2002 estabelece no seu inciso IV que a pretensão prescreve dez anos depois do seu vencimento, independentemente do conhecimento do credor. O sistema subjetivo da prescrição não é totalmente novo para o direito alemão. O BGB de 1900 já usou-a no direito dos delitos (§ 825 BGB/1900). Mas, com a reforma do direito das obrigações, o sistema tornou-se princípio geral (algemeines Prinzip) do BGB alemão.”. NORDMEIER, Carl Friedrich. O novo direito das obrigações no Código Civil Alemão. **Revista Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito PPGDir./UFRGS**, Porto Alegre, v. 1, mar. 2004. p. 218-219.

²⁵⁵ CANARIS, Claus-Wilhelm. O novo direito das obrigações na Alemanha. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 7, n. 27, p. 108-124, jul./set. 2004. p. 111.

responsabilidade extracontratual. Assim, a reforma não se limitou especificamente aos diferentes prazos prescricionais, enfrentando a matéria de forma mais geral e construtiva, ao rever a duração, o ponto de início, a sequência e os efeitos da prescrição²⁵⁶.

Ressalta-se, contudo, que existem diferenciações específicas do prazo prescricional de ações fundadas em responsabilidade aquiliana e em algumas ações fundadas em contratos específicos, como, por exemplo, ações que discutem contratos de locação, ações envolvendo vícios de produto em contrato de compra e venda, dentre outros. Aliás, havendo pretensões múltiplas, a regra geral é que os prazos prescricionais aplicáveis sejam verificados com base em cada reivindicação²⁵⁷.

Apesar disto, as ações indenizatórias estão sujeitas ao prazo prescricional único da regra geral, tanto em casos de responsabilidade extracontratual como de responsabilidade contratual²⁵⁸ — ainda que existam hipóteses específicas excepcionais que se sujeitam a prazos distintos. Consequentemente, pode-se afirmar que a reforma do BGB de 2002 viabilizou a unificação das espécies de responsabilidade civil em matéria de prescrição na Alemanha.

Diante dessas considerações, conclui-se que a unificação dos prazos prescricionais no direito alemão e no direito brasileiro se deve à constante modernização do direito e à adaptação das demandas sociais. Além de a sociedade atual não admitir prazos prescricionais excessivamente longos, quer parecer que a distinção entre pretensões indenizatórias (com base na origem do dano) não encontra espaço no direito moderno.

Sobre o tema, convém lembrar as lições de Pontes de Miranda, que ensinava que os prazos prescricionais “atendem à conveniência de que não perdure por demasiado tempo a

²⁵⁶ WITZ, Claude. **Droit privé allemand** – 1. Actes juridiques, droits subjectifs. Paris: Litec, 1992. p. 541.

²⁵⁷ No texto original: Häufig bestehen neben dem Anspruch aus unerlaubter Handlung weitere Ansprüche gegen den Schädiger. Solche Ansprüche können sich insbesondere aus dem Vertrag ergeben. Für diese Ansprüche bestehen regelmäßig eigene Verjährungsvorschriften (z. B. § 438; § 634a, § 651 g Abs. 2; § 548). Beim Zusammentreffen mehrerer Ansprüche lautet die Grundregel, dass für jeden Anspruch die für ihn maßgebliche Verjährungsregel anzuwenden ist. Eine Ausnahme von diesem Grundsatz ist dann zu machen, wenn durch die Anwendung der deliktsrechtlichen Verjährungsregeln der Zweck der anderen Verjährungsvorschrift vereitelt würde. Kurze Verjährungsfristen besonderer Rechtsverhältnisse sollen deshalb auch auf den Deliktsanspruch Anwendung finden, da diese die Schaffung von Klarheit und Rechtsfrieden bezwecken. FUCHS, Maximilian; PAUKER, Werner; BAUMGÄRTNER, Alex. **Delikts- und Schadensersatzrecht**. 9. Auflage. Berlin, Heidelberg : Imprint: Springer, 2017. p. 276. Em tradução livre: Frequentemente outras pretensões surgem contra o ofensor, além da pretensão decorrente de atos ilícitos. Tais pretensões podem especialmente surgir a partir de um contrato. Para essas pretensões existem prazos de prescrição próprios. Havendo pretensões múltiplas, a regra geral é que a prescrição a elas aplicável deve ser verificada conforme cada reivindicação a que corresponder. Uma exceção desta regra é quando, através da aplicação das prescrições da responsabilidade civil, se frustra o propósito do outro prazo prescricional. Prazos de prescrição curtos de relações jurídicas especiais devem, por isso, se sujeitar à regra aplicável à responsabilidade civil, visando à clareza e à segurança jurídica do direito.

²⁵⁸ Sobre o tema: “Bislang wurde auch hier der allgemeine Grundsatz angewandt, dass vertragliche und deliktische Ansprüche ihren jeweiligen Verjährungsvorschriften unterliegen.”. FUCHS, Maximilian; PAUKER, Werner; BAUMGÄRTNER, Alex. **Delikts- und Schadensersatzrecht**. 9. Auflage. Berlin, Heidelberg : Imprint: Springer, 2017. p. 277. Em tradução livre: Até então era aplicada a regra geral de que as pretensões contratuais e de responsabilidade civil estão sujeitas aos seus respectivos prazos de prescrição.

exigibilidade ou a acionabilidade”, de modo que essa duração deve ser determinada conforme “cada momento da civilização”²⁵⁹. Sob essa premissa, a redução dos prazos na reforma do BGB de 2002 e no Código Civil brasileiro de 2002 reforçam que o direito pressupõe constante adaptação.

Tal assertiva vale também para a unificação dos prazos em matéria de responsabilidade civil, já que inexistente fundamento lógico que pudesse justificar prazos distintos (e com tamanha diferença, como ocorria, tanto no Brasil como na Alemanha) para ações com a mesma pretensão indenizatória. A unificação dos prazos prescricionais de ações indenizatórias poderia, assim, ser apontada como o primeiro passo formal e consolidado dessa nova abordagem.

Ressalva-se, contudo, que ainda existem posicionamentos divergentes nos diferentes ordenamentos jurídicos. Em Portugal, por exemplo, as ações indenizatórias fundadas em atos ilícitos e em descumprimentos contratuais prescrevem em prazos diferentes: em três e vinte anos, respectivamente — embora inexistam uma “verdadeira distinção essencial de regimes entre as duas formas clássicas de responsabilidade”²⁶⁰.

Assim como no direito brasileiro, o Código Civil português estabelece uma regra geral de prescrição, consistente no artigo 309²⁶¹, que, segundo Mário Júlio de Almeida Costa, é aplicável aos casos de responsabilidade contratual, e uma regra específica, prevista no artigo 498²⁶², que fixa o prazo de três anos para ajuizamento de ação fundada em direito de indenização. Similarmente, os direitos italianos e espanhóis também fixaram prazos prescricionais diferenciados para ações indenizatórias — argumento, aliás, invocado por Judith Martins Costa e Cristiano de Souza Zanetti para justificar a aplicação do prazo decenal aos litígios envolvendo responsabilidade contratual no Brasil²⁶³.

Na Itália, o prazo prescricional aplicável ao regime de responsabilidade contratual segue a regra geral de dez anos, enquanto ações fundadas em responsabilidade extracontratual se submetem a um prazo de cinco anos²⁶⁴. Na Espanha, a responsabilidade contratual também está

²⁵⁹ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de direito privado**: parte geral, tomo 6. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970.

²⁶⁰ COSTA, Mário Júlio de Almeida Costa. **Direito das obrigações**. 8. ed. Coimbra: Almedina, 2000. p. 486 e 488.

²⁶¹ Artigo 309, Código Civil português. O prazo ordinário da prescrição é de vinte anos.

²⁶² Artigo 498, 1, Código Civil português. O direito de indemnização prescreve no prazo de três anos, a contar da data em que o lesado teve conhecimento do direito que lhe compete, embora com desconhecimento da pessoa do responsável e da extensão integral dos danos, sem prejuízo da prescrição ordinária se tiver decorrido o respectivo prazo a contar do facto danoso.

²⁶³ MARTINS COSTA, Judith; ZANETTI, Cristiano de Souza. Responsabilidade contratual: prazo prescricional de dez anos. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 979, p. 215-241, maio 2017. p. 9.

²⁶⁴ MARTINS COSTA, Judith; ZANETTI, Cristiano de Souza. Responsabilidade contratual: prazo prescricional de dez anos. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 979, p. 215-241, maio 2017. p. 9.

sujeita ao prazo geral, de dez anos, sendo que há norma específica para responsabilidade extracontratual de um ano²⁶⁵.

O tratamento diferenciado atribuído pelos ordenamentos jurídicos demonstra que a questão não é uniforme. Ainda assim, inegável que há uma forte tendência para desconsideração das espécies de responsabilidade, pelo menos para fins de definição do prazo prescricional aplicável²⁶⁶.

Essa abordagem parece melhor atender à modernização do direito privado, simplificando o sistema de responsabilidade (e seus consectários, tal qual o sistema prescricional a ele aplicável), a fim de acompanhar as demandas sociais. Afinal, a origem do dano parece irrelevante para definir o lapso temporal ao qual a parte está adstrita para intentar a ação indenizatória.

Uma vez verificado um exemplo concreto da (possível) unificação dos regimes de responsabilidade civil, passa-se ao exame das suas funções. Tendo em vista que tanto a responsabilidade contratual como a responsabilidade extracontratual visam a reparar o prejuízo do lesado, não há motivo que justifique o seu tratamento diferenciado, conforme se passa a demonstrar.

1.2.2 Identidade de funções da indenização

Atualmente, questiona-se a pertinência da tradicional distinção entre responsabilidade civil contratual e responsabilidade extracontratual, proveniente do direito romano, tendo em vista que a consequência (pecuniária) da infração ao dever legal e ao dever contratual é a mesma, qual seja, indenização visando à reparação do dano sofrido. Com a efetiva separação do direito civil e do direito penal²⁶⁷, atribuída às inovações do Código Civil francês, se tornou claro que as indenizações não deveriam ser arbitradas como punição do agente, mas como compensação da vítima pelo dano sofrido.

²⁶⁵ MARTINS COSTA, Judith; ZANETTI, Cristiano de Souza. Responsabilidade contratual: prazo prescricional de dez anos. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 979, p. 215-241, maio 2017. p. 9.

²⁶⁶ Ressalva-se, contudo, que Reinhard Zimmermann afirma que a tendência de unificação dos prazos prescricionais é generalizada, isto é, ela deve ser aplicada para todas as ações. ZIMMERMANN, Reinhard. **The New German Law of Obligations: Historical and Comparative Perspectives**. New York: Oxford University Press, 2005. p. 128. Sob essa premissa, tal argumento não necessariamente justificaria a aproximação entre as espécies de responsabilidade civil.

²⁶⁷ Conforme ensina Bruno Miragem: “A noção de delito, em sua origem romana, abrangia as duas concepções de ilícito – civil e penal - diferenciando-se em um segundo momento entre os delitos de natureza pública (*crimen*) e os delitos privados (*delicta, malleficia*), aos quais reclamava-se a culpa”. MIRAGEM, Bruno. **Abuso do direito: ilicitude objetiva e limite ao exercício de prerrogativas jurídicas no Direito Privado**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 124.

Sob essa premissa, muitos juristas têm indagado se ainda seria pertinente diferenciar as espécies de responsabilidade civil lato sensu; afinal, essa abordagem dicotômica se justificava no contexto do direito romano, em que havia punição do agente que cometia atos ilícitos — tratamento que era vedado ao inadimplente de uma relação contratual. Nesse sentido, vimos ao longo do primeiro capítulo deste trabalho que a doutrina e a jurisprudência se valem de diversos critérios para justificar tanto a manutenção como a superação da teoria dualista da responsabilidade civil.

Além dos argumentos antes mencionados e da discussão específica envolvendo prazos prescricionais de ações indenizatórias, cumpre demonstrar que a origem do dano é irrelevante para se atingir o intento da responsabilidade civil. Isso porque o dever de indenizar não se confunde com a obrigação que a origina, corroborando a conclusão que ato ilícito e inadimplemento contratual geram deveres idênticos.

Segundo Sergio Cavalieri Filho, a obrigação “é sempre um dever jurídico originário”, ao passo que a responsabilidade “é um dever jurídico sucessivo, conseqüente à violação do primeiro”²⁶⁸. Para o referido autor, o Código Civil adota tal entendimento no seu artigo 389, que dispõe que “[n]ão cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos (...)”.

Esse também é o posicionamento de José de Aguiar Dias, que leciona que a inexecução contratual dá origem a uma nova obrigação, que substitui aquela preexistente (no todo ou em parte) e que consiste no dever de reparar o prejuízo dela decorrente²⁶⁹. No mesmo sentido, Bruno Miragem distingue o dever originário, fundado na lei ou no contrato, e o dever sucessivo, decorrente da sua violação — mencionado a distinção do direito alemão entre *Schuld*, obrigação, e *Haftung*, responsabilidade²⁷⁰.

De acordo com Arnoldo Wald, a doutrina alemã tradicionalmente distingue *Schuld* e *Haftung*, sendo esta última uma “obrigação secundária decorrente da violação de um direito”²⁷¹. Isso porque “a violação da obrigação enseja a responsabilidade, ou seja, o dever de reparar o dano para reestabelecer a situação que existiria se o ato ilegítimo não tivesse sido praticado, restabelecendo-se, assim, a situação jurídica anterior (status quo ante)”²⁷².

²⁶⁸ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 14.

²⁶⁹ DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1954. p. 146.

²⁷⁰ MIRAGEM, Bruno. **Direito civil: responsabilidade civil**. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 72.

²⁷¹ WALD, Arnoldo. **Curso de Direito Civil Brasileiro: obrigações e contratos**. 2 v. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 547.

²⁷² WALD, Arnoldo. **Curso de Direito Civil Brasileiro: obrigações e contratos**. 2 v. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 547.

Ou seja, a responsabilidade consiste em um dever sucessivo, oriundo do descumprimento da obrigação, que é um dever jurídico originário²⁷³. Com isto, “a obrigação de prestar se extingue e dá lugar a uma nova, decorrente da lei, e secundária em relação à obrigação contratual”²⁷⁴.

Nesse sentido, José de Aguiar Dias também diferencia a obrigação e a responsabilidade sob a perspectiva do interesse do lesado, concluindo que “a obrigação nascida do contrato é diferente da que nasce de sua inexecução”²⁷⁵. Isso porque a primeira obrigação (contratual) emana da vontade comum das partes, “ao passo que a obrigação que a substitui por efeito da inexecução, isto é, a obrigação de reparar o prejuízo advém, muito ao contrário, contra a vontade do devedor” — afinal, ele não desejava o inadimplemento e, conseqüentemente, o dever de reparar dele decorrente²⁷⁶.

Similarmente, Carlos Roberto Gonçalves defende que obrigação é o vínculo jurídico que confere ao credor o direito de exigir o cumprimento de determinada prestação pelo devedor, ao passo que a responsabilidade é a consequência jurídica patrimonial decorrente do seu descumprimento²⁷⁷. Entretanto, Carlos Edison do Rêgo Monteiro aponta para divergência sobre o assunto, alegando que alguns doutrinadores entendem que a responsabilidade não é um dever sucessivo, confundindo-se com a própria obrigação originária²⁷⁸.

Diversamente do posicionamento antes referido, parte da doutrina afirma que a natureza da responsabilidade decorrente do descumprimento contratual “se confunde com a da prestação, ainda que modificada quanto ao objeto, pois sua fonte é o próprio contrato e não a lei”²⁷⁹. Ainda assim, quer parecer que este posicionamento não se coaduna com a majoritária doutrina brasileira e com a sistemática adotada pelo Código Civil.

Mas estão, indaga-se: se a obrigação e a responsabilidade são distintas, podendo inclusive existir uma sem a outra²⁸⁰, por qual razão a diferença na fonte da obrigação implicaria,

²⁷³ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Comentários ao Código Civil**: parte especial. Direito das obrigações. v. XI. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 3 e 6.

²⁷⁴ MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. **Responsabilidade contratual e extracontratual**: contrastes e convergências no direito contemporâneo. Rio de Janeiro: Processo, 2016. p. 80.

²⁷⁵ DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1954. p. 146.

²⁷⁶ DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1954. p. 146.

²⁷⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Comentários ao Código Civil**: parte especial. Direito das obrigações. v. XI. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 2-3.

²⁷⁸ MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. **Responsabilidade contratual e extracontratual**: contrastes e convergências no direito contemporâneo. Rio de Janeiro: Processo, 2016. p. 80.

²⁷⁹ MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. **Responsabilidade contratual e extracontratual**: contrastes e convergências no direito contemporâneo. Rio de Janeiro: Processo, 2016. p. 80.

²⁸⁰ Sobre o tema: “Malgrado a correlação entre ambas, uma pode existir sem a outra. As dívidas prescritas e as de jogo constituem exemplos de obrigação sem responsabilidade. O devedor, nestes casos, não pode ser condenado a cumprir a prestação, isto é, ser responsabilizado, embora continue devedor. Como exemplo de responsabilidade sem obrigação pode ser mencionado o caso do fiador, que é responsável pelo pagamento do débito do afiançado,

também, obrigatoriamente, diferentes espécies de responsabilidade? Afinal, a responsabilidade contratual não está no contrato, mas é dela decorrente: “[o] que está no contrato é o dever jurídico preexistente, a obrigação originária voluntariamente assumida pelas partes contratantes”, afastando eventual discrepância nos seus requisitos²⁸¹.

Da mesma forma, a responsabilidade aquiliana não corresponde ao ato lesivo, mas ao dever que dele decorre. Sob essa perspectiva, Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho defende que a “responsabilidade dita contratual” não mais subsistiria, uma vez que a prestação descumprida “se converteria em um outro dever, novo e distinto, de reparar o dano causado, exatamente nos moldes da responsabilidade extracontratual”²⁸².

Ainda assim, o jurista ressalva que “pode-se reservar a expressão responsabilidade civil contratual à função reparatória do descumprimento do contrato”²⁸³, o que logicamente não afastaria as conclusões antes referidas. Enquanto a responsabilidade contratual emana do descumprimento de pacto, gerando danos, a “responsabilidade civil é definida como a situação de quem sofre as consequências da violação de uma norma” ou, ainda, “como a obrigação que incumbe a alguém de reparar o prejuízo causado a outrem, pela sua atuação ou em virtude de danos provocados por pessoas ou coisas dele dependentes”²⁸⁴.

Para Rosa Maria de Andrade Nery e Nelson Nery Junior, a expressão ‘responsabilidade civil’ contempla a imputação civil do dano²⁸⁵. Em posição similar, segundo Arnoldo Wald, indenizar é simplesmente “restabelecer a situação anterior ao dano”²⁸⁶; aliás, o referido termo provém do latim — *in dene* — e significa justamente devolver ao estado anterior²⁸⁷.

este sim originariamente obrigado ao pagamento dos alugueis.” GONÇALVES, Carlos Roberto. **Comentários ao Código Civil**: parte especial. Direito das obrigações. v. XI. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 3.

²⁸¹ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 334.

²⁸² MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. **Responsabilidade contratual e extracontratual**: contrastes e convergências no direito contemporâneo. Rio de Janeiro: Processo, 2016. p. 80.

²⁸³ MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. **Responsabilidade contratual e extracontratual**: contrastes e convergências no direito contemporâneo. Rio de Janeiro: Processo, 2016. p. 159.

²⁸⁴ WALD, Arnoldo. **Curso de Direito Civil Brasileiro**: obrigações e contratos. v. II. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 547.

²⁸⁵ NERY, Rosa Maria de Andrade; NERY JUNIOR, Nelson. **Instituições de direito civil**. v. II. São Paulo: Revista dos Tribunais. p. 401.

²⁸⁶ WALD, Arnoldo. **Curso de Direito Civil Brasileiro**: obrigações e contratos. v. II. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 566.

²⁸⁷ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana**: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. 2. ed. Rio de Janeiro: Processo, 2017. p. 145.

Nesse sentido, Pontes de Miranda esclarece que indenizar é somente prestar o equivalente, razão pela qual essa obrigação está pautada na ideia de recomposição²⁸⁸. Conseqüentemente, sempre que há dano, seja ele qual for, haverá indenização²⁸⁹.

O que se percebe é que o dano é o elemento central da responsabilidade civil — e a sua importância pode ser facilmente aferida pela nomenclatura adotada para o direito de responsabilidade civil nos países de língua espanhola: *derecho de daños*²⁹⁰. Ainda, como referido anteriormente, o BGB estabelece regras atinentes a todas as espécies de responsabilidade, que compõe o denominado *Schadensersatzrechts*²⁹¹, que, em tradução literal, significaria direito de substituição ou de compensação do dano.

Especificamente, os §§ 249 e seguintes do BGB compõem a denominada “parte geral” da responsabilidade civil, sendo aplicáveis para todas as suas espécies²⁹². Estes dispositivos evidenciam que o direito alemão visa primordialmente a compensar o dano, afastando quaisquer outros propósitos²⁹³ — ou pelo menos retirando-lhes importância.

Significa dizer que tanto a responsabilidade civil contratual como a responsabilidade civil extracontratual estão fundadas no interesse em compensar danos; tanto que, na Alemanha, são regulamentadas em parte por dispositivos gerais aplicáveis para ambas as hipóteses. Nesse cenário, a aproximação entre os institutos da responsabilidade contratual e extracontratual é uma forte tendência na doutrina, tendo em vista que ambas visam a ressarcir a parte pelo dano sofrido²⁹⁴.

Afinal, segundo Carlos Roberto Gonçalves, o termo responsabilidade exprime a ideia de “restauração de equilíbrio, de contraprestação, de reparação de dano”²⁹⁵. Sob essa premissa, Rui Stocco afirma que a origem da responsabilidade delitual e da responsabilidade contratual é desprovida de relevância, pois ambas se justificam como “obrigação de compor danos”²⁹⁶.

²⁸⁸ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de direito privado**: parte especial, tomo 22. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984. p. 181.

²⁸⁹ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de direito privado**: parte especial, tomo 22. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984. p. 181.

²⁹⁰ GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. **Lucros cessantes**: do bom senso ao postulado normativo da razoabilidade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 50.

²⁹¹ ZIMMERMANN, Reinhard; KOCH, Bernhard A. **Digest of European Tort Law**: Essential Cases on Damage. v. II. Berlin: Walter de Gruyter, 2011. p. 17.

²⁹² MÖLLER, Reinhard. **Das Präventionsprinzip des Schadensrechts**. Berlin: Duncker & Humblot, 2006. p. 60.

²⁹³ Na obra original: “Mittelbar macht § 249 ferner deutlich, dass das deutsche Schadensersatzrecht ganz vorrangig den Ausgleich des Schadens bezweckt und keine anderen Zwecke verfolgt.” DAUNER-LIEB, Barbara; HEIDEL, Thomas; RING, Gerhard. **BGB Schuldrecht**: §§ 241 – 610. 2. ed. Baden-Baden: Nomos, 2012. p. 124.

²⁹⁴ ZWEIGERT, Konrad; KÖTZ, Hein. **Introduction to Comparative Law**. Nova Iorque: Oxford, 1995. p. 596.

²⁹⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Comentários ao Código Civil**: parte especial. Direito das obrigações. v. XI. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 1.

²⁹⁶ STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**: doutrina e jurisprudência. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais - RT, 2011. p. 165.

O referido jurista defende que os princípios que regem os institutos são os mesmos, já que a ideia de responsabilidade é uma²⁹⁷. Deste modo, desde o direito romano, as indenizações focam na figura da vítima, para que ela receba o que lhe diz respeito²⁹⁸.

Assim, embora haja uma diferenciação de nomenclaturas — indenização por ato ilícito e perdas e danos por inadimplemento contratual —, a função de ambas as espécies de responsabilidade civil é ressarcir o lesado pelos danos sofridos, independentemente da sua origem.

Na responsabilidade civil aquiliana, impera o princípio da *restitutio in integrum*, de modo a repor a vítima na sua situação anterior à lesão²⁹⁹. Pode-se dizer, assim, que “impõe a obrigação de indenizar em homenagem à diretriz de conservação do patrimônio que emerge da proteção da propriedade privada”³⁰⁰.

Note que o termo conservação exprime a ideia de reparação pelo prejuízo sofrido — de modo que a vítima não pode enriquecer com a indenização que vier a receber. Assim, incide a teoria do dano direto imediato, desenvolvida por Pothier no século XVIII, que se presta a apurar os danos indenizáveis, além de aferir o nexo causal³⁰¹.

Nesse sentido, Sergio Cavalieri Filho ensina que o Código Civil instituiu uma regra geral de responsabilidade, através da qual “aquele que comete ilícito fica obrigado a indenizar — ainda que a lei não tenha indicado qual seria especificamente a fonte dessa obrigação³⁰². Seguindo essa linha, o autor aponta que “[a] responsabilidade civil opera a partir do ato ilícito, com o nascimento da obrigação de indenizar, que tem por finalidade tornar indemne o lesado, colocar a vítima na situação em que estaria sem a ocorrência do fato danoso”³⁰³.

De forma semelhante, na responsabilidade civil contratual, as perdas e danos devidas por inadimplemento decorrem do dever de “indenizar aquele que experimentou um prejuízo, uma lesão em seu patrimônio material ou moral, por força do comportamento ilícito do transgressor da norma”³⁰⁴. Trata-se de lesão ao interesse do credor no cumprimento do pacto³⁰⁵.

²⁹⁷ STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**: doutrina e jurisprudência. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais - RT, 2011. p. 166.

²⁹⁸ SIEMS, Mathias. Disgorgement of Profits for Breach of Contract: A Comparative Analysis. **Edinburgh Law Review**. Edimburgo, v. 7, n. 1, p. 27-59, jan. 2003. p. 43.

²⁹⁹ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 26.

³⁰⁰ MIRAGEM, Bruno. **Direito Civil: Direito das obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 108.

³⁰¹ MIRAGEM, Bruno. **Direito Civil: Direito das Obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 544.

³⁰² CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 16.

³⁰³ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 16.

³⁰⁴ GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**: abrangendo o Código de 1916 e o novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 309.

³⁰⁵ PINTO, Paulo Mota. **Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo**. v. I e II. Coimbra: Coimbra, 2008. p. 871.

Significa dizer que as perdas e danos por inadimplemento contratual servem para repor a parte na situação que estaria se o contrato tivesse sido cumprido regularmente³⁰⁶ — o que será devidamente demonstrado no segundo capítulo deste trabalho. Por consequência lógica, a indenização devida nessas hipóteses também não se presta para enriquecer a parte lesada, nem para prejudicar ou punir o inadimplente, mas apenas para “excluir” o dano, tal qual na responsabilidade aquiliana.

A respeito, a doutrina aplica a teoria da indiferença, que exige um cálculo aritmético do patrimônio da vítima antes da lesão menos o patrimônio da vítima após a lesão³⁰⁷. Deste modo, Paulo Mota Pinto afirma que a obrigação de indenização “atende em particular à situação do credor”, consistindo no instrumento que visa à eliminação das consequências danosas de um ato lesivo³⁰⁸.

Essa abordagem também parece ter sido adotada nos países de *commom law*, em que, em regra, a parte lesada deve ser indiferente ao descumprimento contratual, já que a indenização e a performance devem gerar o mesmo resultado econômico³⁰⁹. Assim, Steven Shavell aponta que a forma de cálculo de indenização nos Estados Unidos é a *expectation measure*, que representa o valor pago à parte lesada (vítima do descumprimento contratual) para que ela fique na mesma posição que estaria caso o contrato tivesse sido adimplido³¹⁰.

No Reino Unido, o lesado também deve ser colocado na situação em que estaria sem o inadimplemento, pois, como mencionado no precedente *Tito v. Waddell* (n. 2), a solução não é privar o ofensor das economias que obteve ao não performar sua obrigação, mas sim compensar o lesado³¹¹.

³⁰⁶ Ressalva-se que, em casos de resolução ou nulidade, a indenização é arbitrada conforme os interesses contratuais negativos do credor, impondo a restituição ao *status quo ante*. O tema será devidamente explorado nos itens 2.1.1 e 2.1.2 deste trabalho.

³⁰⁷ No direito alemão, a doutrina também se vale do método da indiferença para fins de cálculos de indenizações, independentemente de a pretensão ser contratual ou extracontratual. DAUNER-LIEB, Barbara; HEIDEL, Thomas; RING, Gerhard. **BGB Schuldrecht**: §§ 241 – 610. 2. ed. Baden-Baden: Nomos, 2012. p. 107.

³⁰⁸ PINTO, Paulo Mota. **Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo**. v. I e II. Coimbra: Coimbra, 2008. p. 481.

³⁰⁹ SHAVELL, Steven. **Foundations of economic analysis of law**. Cambridge (USA): Belknap Press of Harvard University Press, 2004. p. 343

³¹⁰ Nas palavras do jurista: “A basic measure of damages for breach is the expectation measure, which is defined to be the amount that, if paid, will put the buyer (or, more generally, the party that is the victim of breach) in the position he would have enjoyed had the contract been carried out”. SHAVELL, Steven. **Foundations of economic analysis of law**. Cambridge (USA): Belknap Press of Harvard University Press, 2004. p. 343. Em tradução livre: O montante geralmente devido a título de indenização por inadimplemento contratual é denominado de medida de expectativa, que corresponde ao valor que, se pago, colocará o comprador (ou, mais genericamente, a parte que é vítima do descumprimento) na posição que ele estaria se o contrato tivesse sido cumprido.

³¹¹ SIEMS, Mathias. Disgorgement of Profits for Breach of Contract: A Comparative Analysis. **Edinburgh Law Review**. Edimburgo, v. 7, n. 1, p. 27-59, jan. 2003. p. 29.

Carlos Edison do Rêgo Monteiro explica a questão por uma outra perspectiva, afirmando que o instituto da responsabilidade contratual tem uma função dúplice, que se destina, concomitantemente, ao integral cumprimento da obrigação e à reparação do dano incorrido³¹². Ainda assim, o referido jurista afirma que, “para fins didáticos, pode-se reservar a expressão responsabilidade civil contratual à função reparatória do descumprimento do contrato”³¹³.

Logo, é facilmente perceptível que a distinção entre as espécies de responsabilidade civil — fundada substancialmente na origem do dano — não gera resultados práticos, tendo em vista que ambas visam precipuamente a reparar o dano. Assim, a função da responsabilidade contratual e da responsabilidade extracontratual é idêntica: ressarcir os prejuízos incorridos pela parte lesada.

Sobre o tema, Bruno Miragem afirma que a separação estrita entre as espécies de responsabilidade, elementar no sistema de *commom law*, é mitigada no direito romano-germânico em virtude da “recondução de danos decorrentes do inadimplemento contratual, sob a égide da responsabilidade contratual, ao sistema de responsabilidade civil geral”³¹⁴. Reitera-se, portanto, que as pretensões indenizatórias, independentemente da origem do dano, têm a mesma finalidade.

Afinal, segundo Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, “responsabilidade nada mais é do que o dever de indenizar o dano”, seja ele decorrente de inadimplemento contratual ou de inobservância do sistema normativo que rege a sociedade³¹⁵. Por isso, pode-se afirmar que o dano é elemento central da responsabilidade civil, seja ela contratual ou extracontratual.

A responsabilidade do causador do dano (de qualquer natureza) visa, essencialmente, a compensar o lesado, eis que, conforme ensina Pontes de Miranda, a base do dever de indenizar é o interesse do lesado³¹⁶. Nesse aspecto, os comentários da doutrina sobre responsabilidade extracontratual e responsabilidade contratual se confundem, uma vez que a reparação do dano “orienta-se pela fórmula da equivalência”³¹⁷, independentemente da sua origem.

³¹² MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. **Responsabilidade contratual e extracontratual: contrastes e convergências no direito contemporâneo**. Rio de Janeiro: Processo, 2016. p. 159.

³¹³ MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. **Responsabilidade contratual e extracontratual: contrastes e convergências no direito contemporâneo**. Rio de Janeiro: Processo, 2016. p. 159.

³¹⁴ MIRAGEM, Bruno. **Direito Civil: Responsabilidade civil**. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 25.

³¹⁵ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Tendências atuais da responsabilidade civil: marcos teóricos para o direito do século XXI. **Revista Brasileira de Direito Comparado do Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro – IDCLB**, Rio de Janeiro, n. 19, p. 189-206, jul./dez. 2000. p. 196.

³¹⁶ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de direito privado: parte especial**, tomo 22. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984. p. 206.

³¹⁷ GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. **Lucros cessantes: do bom senso ao postulado normativo da razoabilidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 203.

Exemplificativamente, Arnaldo Rizzardo afirma ser imprescindível que haja dano (consistente em prejuízo de ordem moral ou econômica) para configurar responsabilidade contratual³¹⁸ — o que sabidamente é exigido para configuração da responsabilidade aquiliana. Em paralelo, convém transcrever as lições de Anderson Schreiber sobre responsabilidade civil aquiliana (mas que parecem plenamente aplicáveis em matéria de contratos), que retiram a importância da conduta do ofensor:

A partir do momento em que a preocupação central da responsabilidade civil vai deixando de ser a repressão ao comportamento indesejado, para concentrar-se sobre a reparação dos danos causados em sociedade, as normas que tutelam interesses passam a contar com uma espécie de importância autônoma. A lesão ao interesse da vítima — o dano — passa a figurar, independentemente da conduta do ofensor, como objeto da preocupação judicial e como elemento primordial da responsabilidade civil.³¹⁹

O que se percebe é que ambas as espécies de indenizar estão calcadas no dano, visando primordialmente a repará-lo. Por isso, Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho afirma que a medida da indenização (especificamente, dos danos emergentes e dos lucros cessantes) é “funcionalmente idêntica”, independentemente do regime de responsabilidade civil³²⁰.

A propósito, Bruno Miragem defende que, atualmente, o dever de indenizar tem desconsiderando a exigência de uma conduta ilícita, uma vez que existem hipóteses de responsabilidade por atos lícitos³²¹ que causam danos injustos³²². Naturalmente, isso se deve ao fato de que a responsabilidade está centrada nos danos e na necessidade de sua reparação, deixando-se de lado a figura do ofensor (e o respectivo juízo moral sobre a sua conduta)³²³.

Sob essa lógica, Bruno Miragem explica que houve uma mudança de eixo da então reprovação do comportamento do causador do dano “para concentrar-se no interesse da vítima e na prevenção e/ou satisfação dos danos injustos que venha a sofrer”³²⁴. Sobre o tema, Gisela Sampaio da Cruz Guedes, na sua obra dedicada ao estudo dos lucros cessantes, critica o

³¹⁸ RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade Civil**. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 39.

³¹⁹ SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 190.

³²⁰ MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. **Responsabilidade contratual e extracontratual: contrastes e convergências no direito contemporâneo**. Rio de Janeiro: Processo, 2016. p. 67.

³²¹ Ao mencionar a responsabilidade civil por atos lícitos, Eugênio Facchini Neto aponta para o exemplo de danos injustos causados em legítima defesa, exercício regular de um direito e estado de necessidade. FACCHINI NETO, Eugênio. Da responsabilidade civil no novo código. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, Porto Alegre, v. 76, n. 1, p. 17-63, jan./mar. 2010. p. 38.

³²² MIRAGEM, Bruno. **Direito civil: responsabilidade civil**. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 73.

³²³ MIRAGEM, Bruno. **Direito civil: responsabilidade civil**. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 73.

³²⁴ MIRAGEM, Bruno. **Direito civil: responsabilidade civil**. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 73.

crescimento exponencial das espécies de danos indenizáveis justamente por desnaturar a função reparatória da indenização³²⁵.

Segundo a referida autora, embora se deva proteger a vítima, não se pode correr o risco de transformar a indenização em “uma falaciosa panacea, mediadora dos problemas sociais, ou, pior do que isso, em um instrumento eficaz de distribuição de riquezas”³²⁶. Ainda assim, a doutrina e a jurisprudência são uníssonas ao reconhecer a função eminentemente ressarcitória da responsabilidade civil (tanto contratual como extracontratual).

Similarmente, como já mencionado, o legislador alemão, a despeito de ter distinguido e regulamentado de forma separada temas atinentes aos contratos e atos ilícitos, estabeleceu regras comuns para todas as espécies de responsabilidade, aplicáveis sempre que houver obrigação de pagar indenização (§ 249 e seguintes do BGB)³²⁷. Sobre o tema, Reinhard Zimmermann e Bernhard Koch explicam que os referidos dispositivos consubstanciam o regime geral que regulamenta as pretensões indenizatórias, sejam elas oriundas de contratos, atos ilícitos, gestão de negócios, culpa in contrahendo, entre outras³²⁸.

Isso significa que existem regras e princípios que regem todas as espécies de responsabilidade, inclusive contratual e extracontratual. E a principal função da

³²⁵ GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. **Lucros cessantes**: do bom senso ao postulado normativo da razoabilidade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 43.

³²⁶ GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. **Lucros cessantes**: do bom senso ao postulado normativo da razoabilidade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 43.

³²⁷ DAUNER-LIEB, Barbara; HEIDEL, Thomas; RING, Gerhard. **BGB Schuldrecht**: §§ 241 – 610. 2. ed. Baden-Baden: Nomos, 2012. p. 123.

³²⁸ Vale transcrever o texto original, já que os autores demonstram, com detalhes e de forma didática, a sistemática das normas de responsabilidade civil no BGB: “In German law, the provisions of §§ 249–255 BGB set out a general regime for a law of damages (allgemeines Schadensersatzrecht). They are applicable in all cases of claims for damages in the German Civil Code (Bürgerliches Gesetzbuch, BGB), eg in contract law, the law of delict, negotiorum gestio, culpa in contrahendo (§§ 311 para 2, 280 para 1 BGB), etc. They are also applicable to all other claims for damages in private law (eg commercial law, statutes on strict liability), as long as there are no special provisions. Even in public law §§ 249 ff BGB will sometimes be used. §§ 249 ff BGB are non-mandatory and may contractually be amended. §§ 249 ff BGB do not give claims for damages but presuppose such a claim and merely serve to determine its content. Thus, it is for the specific provisions of the different areas of private law (in particular the law of delict) to provide for claims for damages and to determine what type of harm is to be regarded as an infringement of a legally protected interest of the claimant that gives rise to such a claim.”. ZIMMERMANN, Reinhard; KOCH, Bernhard A. **Digest of European Tort Law: Essential Cases on Damage**. V. 2. Berlin : Walter de Gruyter, 2011. p. 17. Em tradução livre: No direito alemão, as disposições dos §§ 249-255 do BGB estabelecem um regime geral da responsabilidade civil (allgemeines Schadensersatzrecht). Elas são aplicáveis a todos os casos de pretensões indenizatórias do Código Civil alemão (Bürgerliches Gesetzbuch, BGB), por exemplo, no direito contratual, na responsabilidade civil estrito senso, na gestão de negócios, na culpa in contrahendo (§§ 311 para 2, 280 para 1 BGB), etc. Elas são também aplicáveis a todas as demais pretensões indenizatórias no direito privado (por exemplo, no direito comercial e nas regras de responsabilidade objetiva), desde que não haja disposições específicas. Até mesmo no direito público os §§ 249 e seguintes podem as vezes ser usados. §§ 249 e seguintes do BGB não são mandatórios e podem ser contratualmente afastados. §§ 249 e seguintes do BGB não ensejam pretensões indenizatórias, mas pressupõem a sua existência, servindo meramente para determinar seu conteúdo. Consequentemente, cabe às disposições específicas das diferentes áreas do direito privado (em especial, da responsabilidade civil aquiliana) fornecer pretensões indenizatórias e determinar que tipo de dano deve ser tratado como violação à bem jurídico tutelado da vítima que lhe dá direito à referida pretensão.

Schadensersatzrecht é justamente a compensatória, o que impede que o lesado seja colocado em situação melhor ou que enriqueça com a indenização³²⁹.

A doutrina clássica adotou o princípio da compensação, que, por decorrência lógica, emana duas regras: a parte lesada faz jus a receber indenização por todos os prejuízos sofridos, com base no princípio da reparação total (em alemão, *Totalreparation*), mas, concomitantemente, ela não pode lucrar com tal indenização, tendo em vista a vedação ao enriquecimento (em alemão, *Bereicherungsverbot*)³³⁰. Depreende-se, portanto, que a pretensão indenizatória no direito alemão, seja ela decorrente de uma relação contratual ou não, visa tão somente a compensar o lesado pelo prejuízo incorrido.

Vale enfatizar que não apenas as funções são idênticas, mas as suas consequências também: tanto a responsabilidade contratual como a responsabilidade extracontratual sujeitam todo o patrimônio do devedor para fins de ressarcimento dos danos, nos termos dos artigos 391³³¹ e 942³³² do Código Civil, respectivamente³³³. Diante dessas considerações, percebe-se que esses dispositivos demonstram que as funções da responsabilidade civil se concentram na reparação do dano sofrido, de modo a instituir um sistema que viabilize satisfatoriamente tal reparação, em ambas as espécies de responsabilidade civil.

Sobre o tema, Paulo Nader afirma que, a despeito da distinção feita pelo Código Civil brasileiro, ambas as espécies de responsabilidade possuem um “denominador comum”, eis que nas duas situações “as indenizações não têm fito de lucro, mas de compensação pelos prejuízos e pelo que se deixou de ganhar razoavelmente”³³⁴.

Como consequência, tendo em vista a extrema valorização dos danos, os demais requisitos da responsabilidade civil (em ambos os regimes) possuem uma relevância diminuta. Nessa perspectiva, Judith Martins Costa e Mariana Pargendler defendem a irrelevância do grau de culpa para fixação da indenização em matéria de responsabilidade civil em sentido estrito, sob o argumento de que os ilícitos romanos (classificados segundo a sua gravidade e segundo elementos subjetivos do autor da lesão) já foram há muito superados³³⁵.

³²⁹ DAUNER-LIEB, Barbara; HEIDEL, Thomas; RING, Gerhard. **BGB Schuldrecht**: §§ 241 – 610. 2. ed. Baden-Baden: Nomos, 2012. p. 87.

³³⁰ MÖLLER, Reinhard. **Das Präventionsprinzip des Schadensrechts**. Berlin: Duncker & Humblot, 2006. p. 59.

³³¹ Artigo 391, Código Civil. Pelo inadimplemento das obrigações respondem todos os bens do devedor.

³³² Artigo 942, Código Civil. Os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano causado; e, se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação.

³³³ MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. **Responsabilidade contratual e extracontratual**: contrastes e convergências no direito contemporâneo. Rio de Janeiro: Processo, 2016. p. 63.

³³⁴ NADER, Paulo. **Curso de direito civil**: obrigações. v.2. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 455.

³³⁵ MARTINS COSTA, Judith. PARGENDLER, Mariana Souza. Usos e abusos da função punitiva: punitive damages e o Direito brasileiro. **Revista CEJ**, Brasília, n. 28, p. 15-32, mar. 2005. p. 18

Para ilustrar, Carlos Roberto Gonçalves aponta para o exemplo de um condutor de veículo que, por um pequeno descuido, atropela o chefe de uma família, sendo obrigado a indenizar a fornecer pensão alimentícia³³⁶. Da mesma forma, na responsabilidade contratual, o mero inadimplemento presume-se culposos e isso, por si só, gera o dever de indenizar.

Isso significa que o grau de culpa não influencia na indenização a ser arbitrada pelos tribunais, bastando a sua verificação de forma objetiva — tanto em caso de responsabilidade contratual como de responsabilidade extracontratual. Nesse contexto, Arnaldo Rizzardo defende que a reparação — em ambas as espécies de responsabilidade — não pode ser aferida “pela medida da culpabilidade”, devendo emergir o fato causador do dano³³⁷.

No direito alemão, o grau de culpa também é irrelevante para o montante da indenização a ser fixada, tendo em vista que se prioriza o princípio da compensação³³⁸. Justamente por isso, não se pode admitir altas indenizações (a qualquer título), para atender a eventuais critérios maleáveis de justiça retributiva³³⁹, pois o foco da responsabilidade, seja ela qual for, é a reparação do dano.

Diante de todas essas considerações, indaga-se: se a conduta do ofensor é irrelevante para fins de fixação da indenização (que, como visto, está pautada no dano sofrido), porque diferenciar as espécies de responsabilidade de acordo com a norma violada (de natureza contratual ou legal)? Afinal, tendo em vista que a conduta do ofensor é irrelevante, não seria igualmente irrelevante se ela viola a lei ou o contrato?

Sobre o tema, Jan Dirk Harke ensina que a consequência mais importante da “descriminalização” da responsabilidade civil é o conceito uniforme da indenização, que visa a compensar o lesado, independentemente da sua natureza³⁴⁰.

Ainda que assim não fosse, ainda assim seria possível unificar a responsabilidade contratual e extracontratual. Isso porque ambas as espécies de responsabilidade exigem “idênticas condições, e que são a infração, a causalidade e o dano”³⁴¹.

Além de ambas se justificarem pela obrigação de indenizar, tanto a responsabilidade contratual como a responsabilidade extracontratual exigem, a rigor, culpa, nexos de causalidade e existência de dano³⁴², a despeito das particularidades inerentes à cada espécie (tal como

³³⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Comentários ao Código Civil**: parte especial. Direito das obrigações. v. XI. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 6.

³³⁷ RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade Civil**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 27.

³³⁸ DAUNER-LIEB, Barbara; HEIDEL, Thomas; RING, Gerhard. **BGB Schuldrecht**: §§ 241 – 610. 2. ed. Baden-Baden: Nomos, 2012. p. 87.

³³⁹ RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade Civil**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 27.

³⁴⁰ HARKE, Jan Dirk. **Allgemeines Schuldrecht**. Berlin, Heidelberg: Imprint: Springer, 2010. p. 290.

³⁴¹ RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade Civil**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 37.

³⁴² GOMES, Luiz Roldão de Freitas. **Elementos de responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 31.

existência de um contrato válido, por exemplo). Esse é o posicionamento de Carlos Roberto Gonçalves, que afirma que, além de as soluções serem idênticas, ambas as espécies de responsabilidade exigem, em essência, dano, ato ilícito e nexo de causalidade³⁴³.

Especificamente, cumpre enfatizar que a culpa consiste em erro de comportamento e nada se altera se o dever jurídico violado é oriundo de um contrato, da legislação ou de um dever genérico de não causar danos³⁴⁴. Esse é precisamente o entendimento de José de Aguiar Dias, que enaltece a unicidade do conceito da culpa, ainda que ela possa revestir a forma contratual e a forma extracontratual³⁴⁵.

Entretanto, convém ressaltar que a ausência de culpa pelo inadimplemento contratual (cujo ônus recai sobre o inadimplente, como visto acima) afasta o dever de indenizar, sob pena de flagrante injustiça³⁴⁶. Deste modo, “a ideia de que os indivíduos não respondem pelas contingências da sorte ou pela fatalidade do infortúnio, mas apenas pelos factos que dependem da sua vontade, que eles poderiam e deveriam ter prevenido” estimula a prática de comportamentos esperados pela ordem jurídica³⁴⁷.

Da mesma forma, a total ausência de culpa no cometimento do delito exonera o agressor de indenizar a vítima; afinal, “onde não houver culpa também não haverá ilícito”³⁴⁸. Nesse sentido, Carlos Roberto Gonçalves afirma que a reparação do dano tem como pressuposto a prova de culpa, nos termos do artigo 927 do Código Civil, ainda que existam casos especiais que a dispensem³⁴⁹.

Naturalmente, as espécies de responsabilidade civil possuem particularidades, que podem e devem ser reconhecidas e até mesmo regulamentadas, em apartado³⁵⁰. Ainda assim, isso não significa que seja possível ignorar a tendência voltada à superação dessa dicotomia, em virtude da inequívoca igualdade de funções da responsabilidade civil.

³⁴³ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Comentários ao Código Civil**: parte especial. Direito das obrigações. v. XI. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 25.

³⁴⁴ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 335

³⁴⁵ DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1954. p. 123.

³⁴⁶ VARELA, João de Matos Antunes. **Das obrigações em geral**. v. I. 9 ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1998. p. 654.

³⁴⁷ VARELA, João de Matos Antunes. **Das obrigações em geral**. v. I. 9 ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1998. p. 654.

³⁴⁸ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 21.

³⁴⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Comentários ao Código Civil**: parte especial. Direito das obrigações. v. XI. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 12-13.

³⁵⁰ Nesse sentido, Carlos Roberto Gonçalves aponta para as hipóteses de exceção do contrato não cumprido e condição resolutiva tácita dos contratos, que obviamente não são aplicáveis aos casos de responsabilidade civil aquiliana. GONÇALVES, Carlos Roberto. **Comentários ao Código Civil**: parte especial. Direito das obrigações. v. XI. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 26.

Além de culpa e nexos, a obrigação de indenizar decorrente do ato ilícito ou do inadimplemento contratual obviamente pressupõe a existência de dano, ainda que ele seja presumido — como no caso da indenização por perda de uma chance³⁵¹. Como visto, é incontroverso que “[n]o campo da responsabilidade civil, não há reparação sem dano”³⁵², como bem pontuou Arnoldo Wald.

Todavia, isso não significa que a matéria em apreço não seja extremamente complexa. Isso porque a prova do dano, na sua extensão, pode se mostrar uma árdua tarefa (principalmente em casos de lucros cessantes)³⁵³, o que pode inviabilizar a indenização pleiteada ou até mesmo deturpá-la, por meios transversos. Isto é: na impossibilidade de prova de um dano emergente, os julgadores frequentemente concedem indenizações por outras espécies de danos, para compensar adequadamente o lesado (e, corolário lógico, satisfazer a função da responsabilidade civil). Embora a intenção seja preservar a função da responsabilidade civil, estas soluções acabam desnaturando os institutos e gerando absoluta insegurança jurídica.

Nesse cenário, o segundo capítulo deste trabalho pretende justamente averiguar outras formas de fixação de indenização, que podem se mostrar mais adequadas para soluções de determinados litígios. Isso porque, como visto, “a medida errada de indenização cria um nível ineficiente de compromisso”³⁵⁴, que deve ser combatido pelos tribunais.

Assim, tendo em vista que há uma inegável tendência à superação da abordagem dicotômica da responsabilidade civil, como demonstrado acima, sobretudo pela sua identidade de funções, passa-se ao debate sobre meios de fixação de indenização usualmente discutidos e aceitos em casos de responsabilidade extracontratual também aos casos de responsabilidade contratual.

³⁵¹ GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. **Lucros cessantes**: do bom senso ao postulado normativo da razoabilidade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 100.

³⁵² WALD, Arnoldo. **Curso de Direito Civil Brasileiro**: obrigações e contratos. 2 v. 13 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 549.

³⁵³ GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. **Lucros cessantes**: do bom senso ao postulado normativo da razoabilidade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 342.

³⁵⁴ PINHEIRO, Armando Manuel da Rocha Castelar; SADDI, Jairo. **Direito, economia e mercados**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 217.

2. A FIXAÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DESCUMPRIMENTO CONTRATUAL E SUAS LIMITAÇÕES

2.1 O INADIMPLENTO CONTRATUAL E SUAS CONSEQUÊNCIAS NO BRASIL E NA ALEMANHA

O inadimplente lesado pode se valer dos remédios cabíveis para recompor seus prejuízos, através de execução específica ou resolução contratual, além do direito ao recebimento de perdas e danos. Este capítulo se dedica ao estudo desses remédios, bem como dos limites impostos para fixação de indenizações.

2.1.1 Execução específica e resolução contratual

Os contratos são instrumentos legais que viabilizam operações econômicas, através de manifestações de vontade. Consequentemente, eles “desempenham um papel igualmente central na organização da atividade econômica, uma vez que são a base de sustentação de muitas transações realizadas no mercado, em especial aquelas de maior complexidade”³⁵⁵.

Sob essa premissa, Judith Martins Costa defende que, quando um contrato é celebrado, surge uma legítima expectativa de performance lastreada na confiança³⁵⁶. Deste modo, “[n]ada obstante o regular adimplemento da obrigação seja a regra, pode ocorrer a inexecução dos deveres atribuídos a um dos polos da relação obrigacional”³⁵⁷.

Nessa linha, Paulo Nader afirma que a regra é o cumprimento das obrigações, do qual a exceção é o seu descumprimento — tanto no âmbito do trato social, como na esfera jurídica³⁵⁸. Entretanto, conforme bem pontua Anderson Schreiber, o inadimplemento, ou melhor, o adimplemento, não está adstrito apenas à prestação devida, uma vez que a noção de obrigação vem sendo gradativamente substituída pelo “conceito mais equilibrado de relação obrigacional, composta por direitos e deveres recíprocos, dirigidos a um escopo comum”³⁵⁹.

³⁵⁵ PINHEIRO, Armando Manuel da Rocha Castelar; SADDI, Jairo. **Direito, economia e mercados**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 13.

³⁵⁶ MARTINS COSTA, Judith. O fenômeno da supracontratualidade e o princípio do equilíbrio: inadimplemento de deveres de proteção (violação positiva do contrato) e deslealdade contratual em operação de descruzamento acionário. **Revista Trimestral de Direito Civil - RTDC**, Rio de Janeiro, v. 7, n. 26, p. 213-249, abr./jun. 2006. p. 235.

³⁵⁷ FACHIN, Luiz Edson. **Soluções práticas de direito - pareceres: contratos e responsabilidade civil**. v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 279.

³⁵⁸ NADER, Paulo. **Curso de direito civil: obrigações**. v.2. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 432.

³⁵⁹ SCHREIBER, Anderson. A tríplex transformação do adimplemento. Adimplemento substancial, inadimplemento antecipado e outras figuras. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v. 08, n. 32, p. 3-27, out./dez. 2007. p. 6.

Significa dizer que o inadimplemento não ocorre apenas quando não há cumprimento da obrigação principal, podendo ser verificado também quando da violação de qualquer estipulação ou de deveres anexos. Frente a isso, os ordenamentos jurídicos desenvolveram diferentes remédios a serem adotados em casos de descumprimento contratual, seja para exigir a performance, seja para resolver o contrato — além do direito de compensação financeira pelos prejuízos sofridos.

No direito brasileiro, é sabido que o contratante lesado pode pleitear a resolução (quando o contrato não contiver cláusula resolutória expressa) ou a execução forçada do contrato, nos termos do artigo 475 do Código Civil³⁶⁰, bem como postular indenização por perdas e danos. Essa escolha geralmente recai com o credor, que pode optar pela performance ou não.

Essa abordagem, contudo, varia de acordo com o ordenamento jurídico³⁶¹. Nos Estados Unidos, por exemplo, o remédio tradicional é a resolução contratual seguida de restituição, que consiste em uma solução fora do escopo do contrato, geralmente referida como *off-contract remedy*, que visa a reestabelecer o *status quo ante*³⁶².

Isso porque a principal consequência advinda de inadimplementos contratuais nos países de *commom law* é a obrigação de pagar indenização, enquanto que nos países de *civil law* é, em regra, a execução específica³⁶³. Por isso, as cortes americanas somente podem conceder execução forçada em casos excepcionais, uma vez que aquele sistema legal está embasado na liberdade econômica, o que permitiria que as partes descumprissem contratos que elas não mais desejam estar vinculadas ou até mesmo quando elas irão lucrar mais com o inadimplemento³⁶⁴.

Assim, a abordagem do direito brasileiro provavelmente se deve a um protecionismo excessivo da “vítima”³⁶⁵, de modo que há flexibilidade nos remédios para melhor salvaguardar

³⁶⁰ Artigo 475, Código Civil. A parte lesada pelo inadimplemento pode pedir a resolução do contrato, se não preferir exigir-lhe o cumprimento, cabendo, em qualquer dos casos, indenização por perdas e danos.

³⁶¹ Exemplificativamente, Neil Andrews aponta as cinco principais medidas judiciais que podem ser adotadas no Reino Unido em caso de *breach of contract*: (i) ação de cobrança; (ii) ação indenizatória; (iii) execução forçada da obrigação contratual; (iv) *injunction* visando impedir a parte de seguir descumprimento o contrato; e (v) ação visando obter os ganhos ilícitos do contraente que rompeu o contrato (amparado pelo precedente *Attorney-General v. Blake*, que será oportunamente abordado no item 2.2.2 deste trabalho). ANDREWS, Neil. **Contract law**. New York: Cambridge, 2011. p. 519-521.

³⁶² BROOKS, Richard R.W.; STREMITZER, Alexander. Remedies On and Off Contract. **The Yale Law Journal**, New Haven, v. 120, n. 4, jan. 2011. p. 718.

³⁶³ PARGENDLER, Mariana Souza. The Role of the State in Contract Law: The Common-Civil Law Divide. **Yale Journal of International Law**, New Haven, v. 43, n. 1, p. 143-189, mar/2018. p. 167.

³⁶⁴ TIMM, Luciano Benetti. Common law e contract law: uma introdução ao direito contratual norte-americano. **Revista Semestral de Direito Empresarial**, Rio de Janeiro, n. 10, p. 107-150, jan./jun. 2012. p. 149.

³⁶⁵ GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. **Lucros cessantes**: do bom senso ao postulado normativo da razoabilidade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. p. 43.

os interesses do lesado. Seguindo essa linha, é vedado ao credor, pela sistemática do direito brasileiro, resolver o contrato quando verificado o seu adimplemento substancial³⁶⁶.

Esse é precisamente o posicionamento da jurisprudência, como se depreende, a título ilustrativo, do Recurso Especial n. 1051270/RS, no qual o STJ aplicou a teoria do adimplemento substancial para negar o pedido de resolução de contrato de leasing para aquisição de veículo, no qual o devedor havia pago 31 das 36 parcelas contratadas, o que consistira em 86% da obrigação³⁶⁷. Neste julgado, ponderou-se que o descumprimento verificado “é inapto a ensejar a reintegração de posse pretendida e, conseqüentemente, a resolução do contrato”, autorizando o credor, autor da ação, apenas a “valer-se de meios menos gravosos e proporcionalmente mais adequados à persecução do crédito remanescente”.

Nesse sentido, segundo Luiz Edson Fachin, existem algumas hipóteses que não permitem resolução contratual, de modo que o cumprimento forçado é imperativo, como, por exemplo, em se tratando de mora (isto é, de inadimplemento relativo)³⁶⁸. Similarmente, Anderson Schreiber defende que “a execução específica deve ser vista como medida prioritária, a ser afastada somente naquelas hipóteses em que já reste comprometida a função concretamente desempenhada pela relação contratual”, em atenção ao princípio da conservação dos contratos³⁶⁹.

Ainda assim, o parágrafo único do artigo 395 do Código Civil, já mencionado neste trabalho, autoriza resolução contratual quando a mora tornar a prestação inútil ao credor³⁷⁰, de modo que, nessas hipóteses, ele pode pleitear indenização por perdas e danos³⁷¹. Significa dizer

³⁶⁶ Vale enfatizar que não há previsão legislativa específica para o instituto, mas ele é admitido e implantado pela jurisprudência, através da aplicação da boa-fé objetiva. SCHREIBER, Anderson. A tríple transformação do adimplemento. Adimplemento substancial, inadimplemento antecipado e outras figuras. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v. 08, n. 32, p. 3-27, out./dez. 2007. p. 16.

³⁶⁷ REsp 1051270/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 04/08/2011, DJe 05/09/2011.

³⁶⁸ FACHIN, Luiz Edson. **Soluções práticas de direito** - pareceres: contratos e responsabilidade civil. v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 283.

³⁶⁹ SCHREIBER, Anderson. A tríple transformação do adimplemento. Adimplemento substancial, inadimplemento antecipado e outras figuras. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v. 08, n. 32, p. 3-27, out./dez. 2007. p. 22.

³⁷⁰ Sobre o tema, Ruy Rosado de Aguiar Júnior afirma que “o incumprimento, para ser definitivo e causa de resolução, deve ser qualificado por essa perda de interesse do credor, decorrente da inutilidade da prestação”. AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **Extinção dos contratos por incumprimento do devedor**. 2. ed. Rio de Janeiro: AIDE, 2003. p. 115.

³⁷¹ Ressalva-se, contudo, que para Ruy Rosado de Aguiar Júnior, na hipótese de resolução fundada no parágrafo único do artigo 395 do Código Civil, apenas haverá dever de indenizar se o inadimplemento for culposo. Especificamente, o jurista afirma que: “Se o incumprimento definitivo, por perda do interesse na prestação, resulta da ‘culpa do devedor’, o credor não exigirá a execução em espécie, que já não lhe traz nenhuma utilidade, mas poderá optar entre manter o contrato e obter o equivalente (art. 236 do Código Civil) ou requerer a resolução (art. 475 do Código Civil), sempre com perdas e danos. Na dissolução do vínculo ‘sem culpa do devedor’, não se impõe a este a obrigação de indenizar perdas e danos, pois o princípio geral do sistema é de somente imputar indenização por perdas e danos ao culpável, salvo casos expressos de responsabilidade pelo risco ou necessidade de criar-se

que a utilidade da prestação é um critério a ser observado para fins de adoção dos remédios cabíveis em caso de inadimplemento.

Isso porque o efeito produzido pelo mecanismo resolutivo é justamente o liberatório, de forma que a sanção sofrida pelo inadimplente é a decadência do direito à prestação — ou seja, o inadimplente perde as “vantagens econômicas que lhe adviriam do contrato”³⁷². A mesma sistemática regulamenta o direito contratual alemão.

De acordo com o BGB, o devedor tem direito de exigir execução específica, de modo que o direito à indenização pecuniária em substituição à prestação é regulamentado de forma secundária³⁷³. Por isso, em primeiro lugar, o devedor deve ser condenado a restaurar a situação que o lesado estaria sem o inadimplemento e, apenas em uma segunda “instância”, deve pagar uma quantia em dinheiro³⁷⁴.

O direito de exigir performance é excluído em determinadas hipóteses, previstas no § 275 do BGB, quando (i) a prestação devida for impossível pelo devedor ou qualquer outra pessoa, (ii) a prestação exigir, do devedor, custos e esforços extremamente desproporcionais em comparação com o interesse do credor na execução, ou (iii) a prestação for pessoal e o obstáculo verificado pelo devedor contrariar os interesses do credor, não sendo razoável que ele exija performance³⁷⁵. Segundo Reinhard Zimmermann, esse dispositivo é originado do

uma obrigação de garantia, que não acontecem aqui.” AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **Extinção dos contratos por incumprimento do devedor**. 2. ed. Rio de Janeiro: AIDE, 2003. p. 116.

³⁷² ASSIS, Araken de. **Resolução do contrato por inadimplemento**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 71.

³⁷³ CANARIS, Claus-Wilhelm. O novo direito das obrigações na Alemanha. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 7, n. 27, p. 108-124, jul./set. 2004. p. 112.

³⁷⁴ ZIMMERMANN, Reinhard. **The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition**. Cidade do Cabo: Juta, 2006. p. 824.

³⁷⁵ § 275, BGB. (1) Der Anspruch auf Leistung ist ausgeschlossen, soweit diese für den Schuldner oder für jedermann unmöglich ist. (2) Der Schuldner kann die Leistung verweigern, soweit diese einen Aufwand erfordert, der unter Beachtung des Inhalts des Schuldverhältnisses und der Gebote von Treu und Glauben in einem groben Missverhältnis zu dem Leistungsinteresse des Gläubigers steht. Bei der Bestimmung der dem Schuldner zuzumutenden Anstrengungen ist auch zu berücksichtigen, ob der Schuldner das Leistungshindernis zu vertreten hat. (3) Der Schuldner kann die Leistung ferner verweigern, wenn er die Leistung persönlich zu erbringen hat und sie ihm unter Abwägung des seiner Leistung entgegenstehenden Hindernisses mit dem Leistungsinteresse des Gläubigers nicht zugemutet werden kann. (4) Die Rechte des Gläubigers bestimmen sich nach den §§ 280, 283 bis 285, 311a und 326. Em tradução livre: (1) Uma ação exigindo execução forçada é obstada quando a performance for impossível para o devedor ou para qualquer outra pessoa. (2) O devedor pode recusar performance quando ela exigir custos e esforços que, levando-se em consideração o objeto da obrigação e os requerimentos da boa-fé, forem extremamente desproporcionais aos interesses do credor. No momento de determinação de quais esforços podem ser razoavelmente exigidos do devedor, deve ser também levado em consideração se ele é o responsável pelo obstáculo à performance. (3) Em adição, o devedor pode recusar performance a ser executada por ele próprio quando o obstáculo à performance ir de encontro aos interesses do credor na performance, de modo que ela não poderia razoavelmente ser exigida. (4) Os direitos do credor são governados pelos §§ 280, 283 até 285, 311a e 326.

brocardo romano *impossibilium nulla est obligatio*³⁷⁶, que significa que obrigações impossíveis são nulas.

Em complemento, o § 281 (1) do BGB autoriza o credor a abdicar da performance (pleiteando apenas a indenização correspondente) desde que tenha sido estabelecido um prazo razoável para a sua realização sem que o devedor o tenha observado³⁷⁷. Essa exigência pode ser dispensada quando o devedor recusar, de forma séria e definitiva, a performance, ou quando existir alguma circunstância “especial”, em benefício de ambas as partes, que justifique a imediata substituição da obrigação por indenização³⁷⁸.

Nesse caso, o credor pode exigir uma indenização equivalente em dinheiro, em substituição à performance³⁷⁹. Ademais, note-se que, assim como autorizado no parágrafo único do artigo 395 do Código Civil brasileiro, o credor pode pleitear indenização como substituição da obrigação em casos de inadimplemento relativo, quando ele não tiver interesse no cumprimento parcial, também nos termos do § 281 (1) do BGB.

Especificamente sobre este dispositivo, Claus-Wilhelm Canaris explica a diferença entre a concessão de uma indenização menor, na qual o credor retém os benefícios recebidos com a execução defeituosa, limitando-se a receber indenização parcial, correspondente ao descumprimento, e de uma indenização maior, consistente no benefício total, de modo que o credor fica obrigado a restituir eventual quantia já recebida³⁸⁰. Essas indenizações são

³⁷⁶ ZIMMERMANN, Reinhard. **The New German Law of Obligations: Historical and Comparative Perspectives**. New York: Oxford University Press, 2005. p. 44.

³⁷⁷ §281 (1), BGB. Soweit der Schuldner die fällige Leistung nicht oder nicht wie geschuldet erbringt, kann der Gläubiger unter den Voraussetzungen des § 280 Abs. 1 Schadensersatz statt der Leistung verlangen, wenn er dem Schuldner erfolglos eine angemessene Frist zur Leistung oder Nacherfüllung bestimmt hat. Hat der Schuldner eine Teilleistung bewirkt, so kann der Gläubiger Schadensersatz statt der ganzen Leistung nur verlangen, wenn er an der Teilleistung kein Interesse hat. Hat der Schuldner die Leistung nicht wie geschuldet bewirkt, so kann der Gläubiger Schadensersatz statt der ganzen Leistung nicht verlangen, wenn die Pflichtverletzung unerheblich ist. Em tradução livre: No limite do inadimplemento do devedor, o credor pode, se satisfeitos os requerimentos do § 280 (1), exigir indenização em substituição da performance, desde que ele tenha estabelecido, sem sucesso, um período razoável para o devedor cumprir a obrigação. Se o devedor tiver inadimplido parcialmente a obrigação, o credor pode exigir indenização em substituição da performance apenas se ele não tiver interesse na parte da obrigação. Se o inadimplemento for imaterial, o credor não pode exigir indenização em substituição da performance.

³⁷⁸ §281 (2), BGB. Die Fristsetzung ist entbehrlich, wenn der Schuldner die Leistung ernsthaft und endgültig verweigert oder wenn besondere Umstände vorliegen, die unter Abwägung der beiderseitigen Interessen die sofortige Geltendmachung des Schadensersatzanspruchs rechtfertigen. Em tradução livre: A exigência de fixação de um período para performance pode ser dispensada quando o devedor a tiver recusado de forma séria e definitiva, bem como quando existirem circunstâncias especiais que, considerando-se os interesses das duas partes, justifiquem a imediata concessão de indenização.

³⁷⁹ CANARIS, Claus-Wilhelm. Die Reform des Rechts der Leistungsstörungen. **JuristenZeitung**, Berlin, ano 56, n. 10, p. 499-524, maio 2001. p. 512.

³⁸⁰ CANARIS, Claus-Wilhelm. Die Reform des Rechts der Leistungsstörungen. **JuristenZeitung**, Berlin, ano 56, n. 10, p. 499-524, maio 2001. p. 513.

denominadas de *großer und kleiner Schadensersatz*³⁸¹, que, em tradução livre, significam compensação maior e compensação menor.

A sua aplicação encontra regulamentação no próprio § 281 (1) do BGB, que dispõe que o inadimplemento parcial autoriza indenização completa apenas se o credor não tiver interesse na parte que foi cumprida³⁸² — caso contrário, a sua pretensão é limitada apenas à parte inadimplida³⁸³. Assim, mais uma vez, o fator determinante para estabelecer se a indenização será “maior” ou “menor” é o interesse do credor³⁸⁴.

Nesse contexto, Reinhard Zimmermann sintetiza a pretensão indenizatória advinda de relações contratuais com base na natureza dos remédios: (i) indenização em substituição de performance (nos casos, por exemplo, de impossibilidade ou recusa de performance), (ii) indenização por atraso e (iii) simples indenização³⁸⁵. Essa terceira modalidade de indenização genérica diz respeito a outros danos causados, que também são dignos de tutela — ainda que seu escopo de aplicação seja bastante reduzido, já que a indenização em substituição de performance, ao colocar o credor na situação que estaria se o contrato tivesse sido adimplido, em regra, é apta a ressarcir todo e qualquer dano advindo do descumprimento³⁸⁶.

A indenização, da forma em que vista até agora (especificamente nas três modalidades sintetizadas por Reinhard Zimmermann), mantém o contrato inalterado; contudo, existem hipóteses em que a parte prefere resolver o contrato³⁸⁷. Assim, em paralelo ao direito de execução específica e/ou de indenização monetária, o BGB concede ao credor o direito de resolução contratual³⁸⁸ (*Rücktritt vom Vertrag*), nos termos do § 323 do BGB³⁸⁹.

³⁸¹ REIMANN, Mathias; ZEKOLL, Joachim. **Introduction to German Law**. Munique: C. H. Beck, 2005. p. 194.

³⁸² REIMANN, Mathias; ZEKOLL, Joachim. **Introduction to German Law**. Munique: C. H. Beck, 2005. p. 194.

³⁸³ Veja-se que o credor pode optar por qualquer uma das duas indenizações, se os requisitos para a indenização “maior” forem satisfeitos. Do contrário, ele apenas terá direito à indenização “menor”. CANARIS, Claus-Wilhelm. Die Reform des Rechts der Leistungsstörungen. **JuristenZeitung**, Berlin, ano 56, n. 10, p. 499-524, maio 2001. p. 514.

³⁸⁴ Para ilustrar com um exemplo prático, Claus-Wilhelm Canaris elabora uma situação hipotética de um comprador que encomenda cem garrafas de vinho, mas recebe apenas sessenta. Com base no § 281 do BGB, ele pode pleitear indenização correspondente ao valor das quarenta garrafas não recebidas, retendo as sessenta garrafas efetivamente recebidas. Por outro lado, caso a quantidade de garrafas recebidas não satisfaça seu interesse naquele contrato, ele pode pleitear substituição das quarenta garrafas ou indenização pela totalidade da compra (sendo que, neste último caso, deverá devolver as sessenta garrafas recebidas). CANARIS, Claus-Wilhelm. Die Reform des Rechts der Leistungsstörungen. **JuristenZeitung**, Berlin, ano 56, n. 10, p. 499-524, maio 2001. p. 513.

³⁸⁵ ZIMMERMANN, Reinhard. **The New German Law of Obligations: Historical and Comparative Perspectives**. New York: Oxford University Press, 2005. p. 52.

³⁸⁶ ZIMMERMANN, Reinhard. **The New German Law of Obligations: Historical and Comparative Perspectives**. New York: Oxford University Press, 2005. p. 58-59.

³⁸⁷ ZIMMERMANN, Reinhard. **The New German Law of Obligations: Historical and Comparative Perspectives**. New York: Oxford University Press, 2005. p. 67.

³⁸⁸ CANARIS, Claus-Wilhelm. O novo direito das obrigações na Alemanha. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 7, n. 27, p. 108-124, jul./set. 2004. p. 117.

³⁸⁹ §323, BGB. (1) Erbringt bei einem gegenseitigen Vertrag der Schuldner eine fällige Leistung nicht oder nicht vertragsgemäß, so kann der Gläubiger, wenn er dem Schuldner erfolglos eine angemessene Frist zur Leistung oder

Segundo Mathias Reimann e Joachim Zekoll, a rigor, as exigências impostas ao credor para se valer dos remédios de resolução contratual ou indenização em substituição de performance são praticamente idênticas³⁹⁰. Embora extremamente semelhantes, os institutos possuem diferenças: a mais significativa delas é que, para resolução, não é necessário haver culpa do inadimplente³⁹¹.

Assim, de acordo com o dispositivo antes referido, o credor pode resolver o contrato em decorrência do inadimplemento ou cumprimento defeituoso, desde que tenha fixado um prazo adicional para performance ou correção³⁹² (sujeito à algumas hipóteses excepcionais, que dispensam tal prazo adicional) — mesma sistemática da indenização em substituição da performance, como visto anteriormente. Esse remédio somente pode ser utilizado em casos de inadimplemento fundamental, isto é, de um inadimplemento significativo e sério — em atenção ao princípio *pacta sunt servanda*³⁹³.

Nacherfüllung bestimmt hat, vom Vertrag zurücktreten. (2) Die Fristsetzung ist entbehrlich, wenn 1. der Schuldner die Leistung ernsthaft und endgültig verweigert, 2. der Schuldner die Leistung bis zu einem im Vertrag bestimmten Termin oder innerhalb einer im Vertrag bestimmten Frist nicht bewirkt, obwohl die termin- oder fristgerechte Leistung nach einer Mitteilung des Gläubigers an den Schuldner vor Vertragsschluss oder auf Grund anderer den Vertragsabschluss begleitenden Umstände für den Gläubiger wesentlich ist, oder 3. im Falle einer nicht vertragsgemäß erbrachten Leistung besondere Umstände vorliegen, die unter Abwägung der beiderseitigen Interessen den sofortigen Rücktritt rechtfertigen. (3) Kommt nach der Art der Pflichtverletzung eine Fristsetzung nicht in Betracht, so tritt an deren Stelle eine Abmahnung. (4) Der Gläubiger kann bereits vor dem Eintritt der Fälligkeit der Leistung zurücktreten, wenn offensichtlich ist, dass die Voraussetzungen des Rücktritts eintreten werden. (5) Hat der Schuldner eine Teilleistung bewirkt, so kann der Gläubiger vom ganzen Vertrag nur zurücktreten, wenn er an der Teilleistung kein Interesse hat. Hat der Schuldner die Leistung nicht vertragsgemäß bewirkt, so kann der Gläubiger vom Vertrag nicht zurücktreten, wenn die Pflichtverletzung unerheblich ist. (6) Der Rücktritt ist ausgeschlossen, wenn der Gläubiger für den Umstand, der ihn zum Rücktritt berechtigen würde, allein oder weit überwiegend verantwortlich ist oder wenn der vom Schuldner nicht zu vertretende Umstand zu einer Zeit eintritt, zu welcher der Gläubiger im Verzug der Annahme ist. Em tradução livre: (1) Se, em um contrato recíproco, o devedor não fizer a performance que é devida, ou não agir em conformidade com o contrato, o credor pode rescindi-lo, se ele houver determinado, sem resultado, um prazo adicional para performance. (2) A determinação de fixação de um período de tempo pode ser dispensada se: 1. O devedor houver recusado performance de forma séria e definitiva a performance, 2. O devedor não tiver feito a performance no prazo (ou em um lapso temporal específico) previsto no contrato, a despeito de a performance tempestiva ser de suma importância para o credor, conforme noticiado pelo credor ao devedor em data anterior à conclusão do contrato ou conforme outras circunstâncias verificadas no momento da sua conclusão, ou 3. Se estiverem presentes circunstâncias especiais que justifiquem a imediata resolução, desde que sejam contrapostos os interesses de ambas as partes. (3) Se a natureza do inadimplemento inviabilizar a fixação de um prazo para cumprimento, o credor deverá então providenciar uma notificação de aviso. (4) O credor pode resolver o contrato antes de a performance ser devida quando for óbvio que serão cumpridos os requisitos da resolução. (5) Se o devedor adimplir parte da obrigação, o credor pode resolver todo o contrato somente se não tiver interesse em parte da performance. Se o devedor não cumpriu a obrigação em conformidade com o contrato, o credor não poderá resolver o contrato se este descumprimento for trivial. (6) O direito à resolução é excluído quando o credor for exclusiva ou predominantemente responsável pela circunstância que o tornou apto a pleitear resolução ou quando a circunstância que o devedor não é responsável ocorrer no momento em que o credor estiver em mora para aceitar a obrigação.

³⁹⁰ REIMANN, Mathias; ZEKOLL, Joachim. **Introduction to German Law**. Munique: C. H. Beck, 2005. p. 193.

³⁹¹ ZIMMERMANN, Reinhard. **The New German Law of Obligations: Historical and Comparative Perspectives**. New York: Oxford University Press, 2005. p. 71.

³⁹² REIMANN, Mathias; ZEKOLL, Joachim. **Introduction to German Law**. Munique: C. H. Beck, 2005. p. 196.

³⁹³ ZIMMERMANN, Reinhard. **The New German Law of Obligations: Historical and Comparative Perspectives**. New York: Oxford University Press, 2005. p. 67.

Significa dizer que descumprimentos irrelevantes não podem ensejar resolução contratual lastreada no referido dispositivo³⁹⁴. Assim, em consonância com o critério adotado pela CISG e pelos princípios Unidroit e PECL, apenas inadimplementos fundamentais (tradicionalmente conhecidos como *fundamental breach*) podem justificar resolução contratual³⁹⁵.

Se viabilizada, a opção de resolução não obsta o direito ao recebimento de indenização³⁹⁶, nos exatos termos do § 325 do BGB³⁹⁷. Vale apontar que esse dispositivo foi alterado quando da reforma legislativa de 2002, pois até então, o credor que veiculava pedido de resolução contratual não fazia jus ao recebimento de qualquer indenização — o que foi relativizado, com o passar do tempo, até a alteração do texto do BGB³⁹⁸.

Após a reforma, o referido diploma legal passou a prever expressamente que o direito de exigir ressarcimento do dano não fica excluído³⁹⁹ com a resolução contratual⁴⁰⁰. Assim, não apenas o tema da prescrição foi objeto da reforma do direito obrigacional alemão ocorrida em 2002⁴⁰¹: o tema do inadimplemento contratual e seus efeitos também foi reestruturado pelo legislador na ocasião⁴⁰².

Até então, os remédios cabíveis eram regulamentados por uma série de dispositivos complexos, que previam consequências distintas para inadimplementos absoluto e relativo, além das especificidades de cada espécie de contrato⁴⁰³. Por isso, além de incorporar diretrizes

³⁹⁴ No original: “Demgemäß ist der Rücktritt nach §323 nur dann ausgeschlossen, wenn ‘die Pflichtverletzung unerheblich ist’”. CANARIS, Claus-Wilhelm. Die Reform des Rechts der Leistungsstörungen. **JuristenZeitung**, Berlin, ano 56, n. 10, p. 499-524, maio 2001. p. 514.

³⁹⁵ REIMANN, Mathias; ZEKOLL, Joachim. **Introduction to German Law**. Munique: C. H. Beck, 2005. p. 196.

³⁹⁶ REIMANN, Mathias; ZEKOLL, Joachim. **Introduction to German Law**. Munique: C. H. Beck, 2005. p. 195.

³⁹⁷ § 325, BGB. Das Recht, bei einem gegenseitigen Vertrag Schadensersatz zu verlangen, wird durch den Rücktritt nicht ausgeschlossen. Em tradução livre: O direito de demandar indenizações oriundas de contratos recíprocos não é excluído pela resolução.

³⁹⁸ GUIMARÃES, Paulo Jorge Scartezzini. Responsabilidade civil e interesse contratual positivo e negativo (em caso de descumprimento contratual). **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v. 16, n. 63, p. 33-58, jul./set. 2015. p. 5.

³⁹⁹ Da mesma forma, outras estipulações contratuais (como cláusulas de solução de controvérsias) não ficam excluídas, pois a relação contratual é apenas transformada com a resolução. ZIMMERMANN, Reinhard. **The New German Law of Obligations: Historical and Comparative Perspectives**. New York: Oxford University Press, 2005. p. 73.

⁴⁰⁰ GUIMARÃES, Paulo Jorge Scartezzini. Responsabilidade civil e interesse contratual positivo e negativo (em caso de descumprimento contratual). **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v. 16, n. 63, p. 33-58, jul./set. 2015. p. 5.

⁴⁰¹ CANARIS, Claus-Wilhelm. O novo direito das obrigações na Alemanha. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 7, n. 27, p. 108-124, jul./set. 2004. p. 112.

⁴⁰² Reinhard Zimmermann afirma que eram necessárias reformas fundamentais nos temas do inadimplemento contratual e da prescrição, sobretudo para se adotar um sistema unitário de inadimplemento contratual. ZIMMERMANN, Reinhard. **The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition**. Cidade do Cabo: Juta, 2006. p. 814.

⁴⁰³ REIMANN, Mathias; ZEKOLL, Joachim. **Introduction to German Law**. Munique: C. H. Beck, 2005. p. 192.

do direito comunitário, o legislador alemão revisitou o tema do inadimplemento contratual e suas consequências⁴⁰⁴.

Um dos pontos de reforma, por exemplo, foi viabilizar indenização por execução defeituosa, até então não autorizada pela legislação (§ 280 do BGB)⁴⁰⁵. Com isto, a ideia de inadimplemento positivo do contrato (*positive Vertragsverletzung*) foi incorporada no BGB, viabilizando que o credor seja ressarcido por prejuízos decorrentes da performance deficitária⁴⁰⁶.

Depreende-se, portanto, que tanto o Código Civil como o BGB autorizam que a parte lesada pelo inadimplemento pleiteie execução específica ou resolução contratual, demandando a correspondente indenização por perdas e danos — embora o direito alemão exija determinados requisitos (por vezes dispensáveis), como, exemplificativamente, a fixação de prazo para cumprimento da obrigação. Sobre o tema, Mariana Pargendler analisa a abordagem adotada pelos ordenamentos jurídicos para remediar inadimplementos, a fim de verificar o grau de intervenção estatal no direito contratual.

Isso porque o Estado tem um papel menor quando não oferece remédios (ou apenas remédios fracos) para inadimplementos e um papel forte quando fornece suporte ao pacto mediante a implementação de consequências judiciais severas⁴⁰⁷. Segundo a referida jurista, países de *civil law* tendem a fornecer remédios mais fortes e países de *common law*⁴⁰⁸ remédios mais fracos para inadimplementos contratuais⁴⁰⁹.

⁴⁰⁴ Em virtude de determinadas diretivas da União Europeia, determinou-se, por exemplo, que o devedor incorre em inadimplência se deixar de pagar no prazo de 30 dias após a data de vencimento e recebimento de fatura, bem como estabeleceu-se taxa de juros básica de 5%, além da taxa especial para pessoas jurídicas de até 8% ao ano. CANARIS, Claus-Wilhelm. O novo direito das obrigações na Alemanha. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 7, n. 27, p. 108-124, jul./set. 2004. p. 119.

⁴⁰⁵ CANARIS, Claus-Wilhelm. O novo direito das obrigações na Alemanha. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 7, n. 27, p. 108-124, jul./set. 2004. p. 118.

⁴⁰⁶ ZIMMERMANN, Reinhard. **The New German Law of Obligations: Historical and Comparative Perspectives**. New York: Oxford University Press, 2005. p. 40.

⁴⁰⁷ PARGENDLER, Mariana Souza. The Role of the State in Contract Law: The Common-Civil Law Divide. **Yale Journal of International Law**, New Haven, v. 43, n. 1, p. 143-189, mar/2018. p. 166.

⁴⁰⁸ Sobre a intervenção estatal no direito contratual americano, veja-se o caso *Aluminium Company of America (Alcoa) v. Essex Group*, no qual o contrato foi revisto para aplicar indexador diverso daquele pactuado pelas partes, sem que houvesse pedido nesse sentido (sob o fundamento de que essa intervenção judicial é autorizada em outros ordenamentos jurídicos, tais qual o brasileiro e o alemão). PARGENDLER, Mariana Souza. The Role of the State in Contract Law: The Common-Civil Law Divide. **Yale Journal of International Law**, New Haven, v. 43, n. 1, p. 143-189, mar/2018. p. 161. A crítica da doutrina e da jurisprudência à intervenção estatal (e ao referido julgado) se deve ao fato de que o direito dos contratos está fundado na liberdade de contratar, de modo que os tribunais não podem impor estipulações quando as partes não o fizerem e, por consequência, os tribunais não podem intervir desnecessariamente nas relações contratuais. TIMM, Luciano Benetti. Common law e contract law: uma introdução ao direito contratual norte-americano. **Revista Semestral de Direito Empresarial**, Rio de Janeiro, n. 10, p. 107-150, jan./jun. 2012. p. 118.

⁴⁰⁹ PARGENDLER, Mariana Souza. The Role of the State in Contract Law: The Common-Civil Law Divide. **Yale Journal of International Law**, New Haven, v. 43, n. 1, p. 143-189, mar/2018. p. 174.

De fato, quer parecer que as opções viabilizadas pelo direito brasileiro e pelo direito alemão consistem em remédios fortes, em especial porque o contratante lesado faz jus ao recebimento de indenização pelos prejuízos sofridos, seja em caso de resolução contratual, seja em caso de execução específica. Afinal, todos os danos devem ser reparados, na medida em que a “responsabilidade contratual consiste na atribuição do dever de reparar os danos provocados pela violação, imputável a uma das partes, de um direito de titularidade do parceiro contratual”⁴¹⁰.

Nesse contexto, independentemente da haver resolução contratual ou execução específica, a parte lesada tem direito a requerer indenização para se ver ressarcida dos prejuízos incorridos⁴¹¹. Para tanto, a doutrina classifica os interesses indenizáveis a depender se a lesão foi causada aos interesses⁴¹² positivos ou negativos do credor⁴¹³.

Esses conceitos são “figuras tão próximas das facetas do dano patrimonial que com estas por vezes se confundem”⁴¹⁴. Especificamente, os interesses positivos consistem nos interesses voltados à prestação, isto é, à execução do contrato; de modo que, segundo Bruno Miragem, todo e qualquer dano advindo do seu inadimplemento absoluto ou relativo (mora ou cumprimento defeituoso) é indenizável, repondo a parte na situação que estaria se o contrato tivesse sido cumprido⁴¹⁵.

Nesses casos, a parte lesada se mantém vinculada à sua prestação, não recebendo de volta o preço eventualmente já pago, por exemplo⁴¹⁶. Por isso, a indenização “não tem por

⁴¹⁰ CATALAN, Marcos. **A morte da culpa na responsabilidade contratual**. 2011. 347f. Tese de doutorado – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. p. 97.

⁴¹¹ SCHREIBER, Anderson. A tríplice transformação do adimplemento. Adimplemento substancial, inadimplemento antecipado e outras figuras. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v. 08, n. 32, p. 3-27, out./dez. 2007. p. 22.

⁴¹² Sobre a nomenclatura empregada, convém transcrever os ensinamentos de Paulo Mota Pinto sobre o conceito da palavra “interesse” constante nos termos interesses contratuais positivos e interesses contratuais negativos: “Tal indagação impõe-se, em particular, para a análise da distinção entre o interesse negativo e o interesse positivo, na qual já se tem salientado que o termo ‘interesse’ é empregue numa acepção ambivalente, ambígua ou anfibológica – designadamente, tanto como situação jurídica tutelada como enquanto ‘fórmula de cálculo’ ou quantificação do dano -, o que seria responsável por grande parte das perplexidades e incertezas que se encontram na doutrina e na prática a seu respeito.”. PINTO, Paulo Mota. **Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo**. v. I e II. Coimbra: Coimbra, 2008. p. 501-502.

⁴¹³ MIRAGEM, Bruno. **Direito Civil: Direito das Obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 540.

⁴¹⁴ GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. **Lucros cessantes: do bom senso ao postulado normativo da razoabilidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 126.

⁴¹⁵ MIRAGEM, Bruno. **Direito Civil: Direito das Obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 540.

⁴¹⁶ MARTINS COSTA, Judith. Responsabilidade civil contratual. Lucros cessantes. Resolução. Interesse positivo e interesse negativo. Distinção entre lucros cessantes e lucros hipotéticos. Dever de mitigar o próprio dano. Dano moral e pessoa jurídica. In.: LOTUFO, Renan (Coord.). NANNI, Giovanni Ettore (Coord.). MARTINS, Fernando Rodrigues (Coord.). **Temas relevantes do direito civil contemporâneo**. São Paulo: Atlas, 2012. p. 563.

escopo a recolocação do patrimônio em seu status quo ante, mas o de situá-lo nas condições em que haveria de estar se a obrigação fosse cumprida”⁴¹⁷.

Isso significa que a indenização a ser arbitrada é “o equivalente da prestação em sua dupla face — dano emergente e lucro cessante —, como também a reparação dos prejuízos restantes provenientes da inexecução”⁴¹⁸. Em posição antagônica, os interesses contratuais negativos estão alinhados com a não performance, em caso de resolução contratual ou de nulidade, por exemplo⁴¹⁹.

Nesses casos, operam-se efeitos retroativos, “como se o contrato jamais tivesse sido celebrado”⁴²⁰. A parte lesada, então, libera-se dos deveres assumidos, recebendo de volta o que eventualmente já foi pago, além de perdas e danos por interesse negativo⁴²¹.

Esse é precisamente o teor do artigo 182 do Código Civil⁴²², que estabelece que, em caso de nulidade e anulabilidade do negócio jurídico, as partes devem retornar ao estado em que se encontravam anteriormente⁴²³. E, conforme lição de Araken de Assis, este dispositivo legal se aplica analogicamente aos casos em que a parte lesada se vale do remédio resolutório⁴²⁴.

⁴¹⁷ NADER, Paulo. **Curso de direito civil**: obrigações. v.2. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 457.

⁴¹⁸ GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. **Lucros cessantes**: do bom senso ao postulado normativo da razoabilidade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 126.

⁴¹⁹ Parte da doutrina e da jurisprudência também defende indenização por interesse negativo em caso de responsabilidade pré-contratual, como será abordado a seguir. Nesse sentido, já decidiu o STJ, por maioria, conforme se verifica do seguinte excerto do acórdão do Recurso Especial n. 1641868/SP: “No caso concreto, não se pode admitir que a indenização corresponda a vantagem patrimonial que a ADM deixou de auferir, porque, dessa forma, se estaria equiparando a responsabilidade civil pré-contratual, decorrente do rompimento imotivado das tratativas, com aquela que exsurgiria do próprio inadimplemento do pacto que nunca se perfectibilizou. (...) Impossível, contudo, ultrapassar esse ponto de aproximação para equiparar por completo a responsabilidade civil decorrente do rompimento das tratativas negociais com aquela sobrevinda do próprio inadimplemento contratual. Isso pela simples razão de que as prestações assinaladas para cada um dos contratantes somente se tornam obrigatórias a partir da conclusão do negócio. A responsabilidade pré-contratual apenas pode cobrir as despesas efetivamente realizadas pela parte com o objetivo de concretizar o negócio jurídico ou em razão desse mesmo negócio frustrado.”. REsp 1641868/SP, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, julgado em 05/06/2018, DJe 06/09/2018. Na mesma linha, Gisela Sampaio da Cruz Guedes afirma que “exclui-se da indenização o interesse positivo pelo simples fato de que as perdas e danos não devem referir-se ao inadimplemento de um contrato que nunca fora concluído”. GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. **Lucros cessantes**: do bom senso ao postulado normativo da razoabilidade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 139.

⁴²⁰ GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. **Lucros cessantes**: do bom senso ao postulado normativo da razoabilidade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 137.

⁴²¹ MARTINS COSTA, Judith. Responsabilidade civil contratual. Lucros cessantes. Resolução. Interesse positivo e interesse negativo. Distinção entre lucros cessantes e lucros hipotéticos. Dever de mitigar o próprio dano. Dano moral e pessoa jurídica. In.: LOTUFO, Renan (Coord.). NANNI, Giovanni Ettore (Coord.). MARTINS, Fernando Rodrigues (Coord.). **Temas relevantes do direito civil contemporâneo**. São Paulo: Atlas, 2012. p. 563.

⁴²² Artigo 182, Código Civil. Anulado o negócio jurídico, restituir-se-ão as partes ao estado em que antes dele se achavam, e, não sendo possível restituí-las, serão indenizadas com o equivalente.

⁴²³ GUIMARÃES, Paulo Jorge Scartezini. Responsabilidade civil e interesse contratual positivo e negativo (em caso de descumprimento contratual). **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v. 16, n. 63, p. 33-58, jul./set. 2015. p. 6.

⁴²⁴ ASSIS, Araken de. **Resolução do contrato por inadimplemento**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 157.

Nesse sentido, o STJ já decidiu que “[a] resolução do contrato exige que se promova o retorno das partes ao status quo ante”⁴²⁵, reconhecendo a “eficácia restitutória da resolução contratual”⁴²⁶. Isso porque os efeitos da resolução contratual são *ex tunc*, de modo que as partes devem retornar ao estado em que se encontravam antes da celebração do pacto⁴²⁷.

Vale mencionar que essa abordagem é objeto de críticas de Paulo Jorge Scartezini Guimarães, que afirma que a resolução não poderia culminar “retorno absoluto das partes ao estado anterior, como se o negócio não tivesse existido”⁴²⁸. Segundo o referido autor, não seria viável confundir os efeitos de resolução e nulidade, tendo em vista que o contrato existiu e é válido, mas apenas não foi cumprido pelo devedor⁴²⁹.

De qualquer forma, o posicionamento majoritário da doutrina e da jurisprudência sobre o tema é no sentido de reestabelecer o *status quo ante* como consequência da resolução contratual⁴³⁰, ante o interesse negativo do credor⁴³¹. Afinal, nessas hipóteses, o credor simplesmente não pode ser indenizado com base no contrato — para se colocar na situação em que ficaria se o contrato tivesse sido cumprido —, como no caso de interesse positivo.

Esse é o posicionamento de Judith Martins Costa, que defende ser inconcebível que o credor receba “além da volta ao estado anterior, o que faria jus em razão do cumprimento contratual”, de modo que a indenização devida está limitada, na medida do possível, ao dever de restituir ao estado anterior⁴³². Consequentemente, os danos indenizáveis por interesse negativo são aqueles que poderiam ter sido evitados pelo lesado “se não tivesse confiado

⁴²⁵ REsp 1669002/RJ, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 21/09/2017, DJE 02/10/2017.

⁴²⁶ REsp 1508590/TO, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, Rel. p/ Acórdão Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 14/06/2016, DJe 27/06/2016.

⁴²⁷ GUIMARÃES, Paulo Jorge Scartezini. Responsabilidade civil e interesse contratual positivo e negativo (em caso de descumprimento contratual). **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v. 16, n. 63, p. 33-58, jul./set. 2015. p. 9.

⁴²⁸ GUIMARÃES, Paulo Jorge Scartezini. Responsabilidade civil e interesse contratual positivo e negativo (em caso de descumprimento contratual). **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v. 16, n. 63, p. 33-58, jul./set. 2015. p. 10.

⁴²⁹ GUIMARÃES, Paulo Jorge Scartezini. Responsabilidade civil e interesse contratual positivo e negativo (em caso de descumprimento contratual). **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v. 16, n. 63, p. 33-58, jul./set. 2015. p. 10.

⁴³⁰ Sobre o tema, Paulo Mota Pinto afirma que “segundo a posição doutrinária dominante entre nós, seguida pela jurisprudência, também o credor que resolve o contrato devido ao inadimplemento do devedor fica impossibilitado de reclamar a reparação dos danos correspondentes ao interesse no cumprimento do contrato”. PINTO, Paulo Mota. **Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo**. v. I e II. Coimbra: Coimbra, 2008. p. 12.

⁴³¹ Nesse sentido, por exemplo, Araken de Assis faz o seguinte questionamento: “como situar o credor em posição equivalente à que resultaria do cumprimento, se o contrato foi destruído retroativamente?”. ASSIS, Araken de. **Resolução do contrato por inadimplemento**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 150.

⁴³² MARTINS COSTA, Judith. Responsabilidade civil contratual. Lucros cessantes. Resolução. Interesse positivo e interesse negativo. Distinção entre lucros cessantes e lucros hipotéticos. Dever de mitigar o próprio dano. Dano moral e pessoa jurídica. In.: LOTUFO, Renan (Coord.). NANNI, Giovanni Ettore (Coord.). MARTINS, Fernando Rodrigues (Coord.). **Temas relevantes do direito civil contemporâneo**. São Paulo: Atlas, 2012. p. 562-563.

legitimamente na conduta da contraparte, acreditando que o responsável cumpria os deveres impostos pela boa-fé às partes, ou ainda a crença na própria validade do negócio”⁴³³.

Os lucros cessantes, por exemplo, não consistiriam naquilo que o credor razoavelmente deixou de lucrar com o cumprimento do contrato (critério utilizado para aferição da indenização por interesse positivo), mas sim o que razoavelmente obteria se não tivesse celebrado o pacto⁴³⁴. Sob essa premissa, Judith Martins Costa opinou, em parecer, pela inviabilidade de concessão de lucros cessantes referentes ao lucro de empreendimento hoteleiro não implementado, na medida em que a parte autora havia postulado judicialmente a resolução do contrato de *joint venture* celebrado para tal finalidade⁴³⁵.

Similarmente, Gisela Sampaio da Cruz Guedes afirma que não faria sentido que o credor pudesse exigir do devedor o ressarcimento do benefício que lhe traria o cumprimento do pacto, quando ele pretender a sua resolução (com a consequente exoneração das obrigações assumidas)⁴³⁶. Em outras palavras, não se pode cogitar a possibilidade de cumulação de interesses positivos e negativos para fins de fixação de indenização⁴³⁷.

Na Alemanha, a doutrina também classifica o direito à indenização conforme a lesão advinda do inadimplemento contratual, isto é, se os interesses contratuais violados são negativos ou positivos⁴³⁸. Na verdade, foi na Alemanha que esta teoria foi sintetizada⁴³⁹, através da obra de Jhering, que indagava quais as consequências de um contrato que era considerado

⁴³³ MIRAGEM, Bruno. **Direito Civil: Direito das Obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 541.

⁴³⁴ MARTINS COSTA, Judith. Responsabilidade civil contratual. Lucros cessantes. Resolução. Interesse positivo e interesse negativo. Distinção entre lucros cessantes e lucros hipotéticos. Dever de mitigar o próprio dano. Dano moral e pessoa jurídica. In.: LOTUFO, Renan (Coord.). NANNI, Giovanni Ettore (Coord.). MARTINS, Fernando Rodrigues (Coord.). **Temas relevantes do direito civil contemporâneo**. São Paulo: Atlas, 2012. p. 565.

⁴³⁵ MARTINS COSTA, Judith. Responsabilidade civil contratual. Lucros cessantes. Resolução. Interesse positivo e interesse negativo. Distinção entre lucros cessantes e lucros hipotéticos. Dever de mitigar o próprio dano. Dano moral e pessoa jurídica. In.: LOTUFO, Renan (Coord.). NANNI, Giovanni Ettore (Coord.). MARTINS, Fernando Rodrigues (Coord.). **Temas relevantes do direito civil contemporâneo**. São Paulo: Atlas, 2012. p. 593.

⁴³⁶ GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. **Lucros cessantes: do bom senso ao postulado normativo da razoabilidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 133-134.

⁴³⁷ GUIMARÃES, Paulo Jorge Scartezini. Responsabilidade civil e interesse contratual positivo e negativo (em caso de descumprimento contratual). **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v. 16, n. 63, p. 33-58, jul./set. 2015. p. 3.

⁴³⁸ Sobre o tema, ressalva-se que Claus-Wilhelm Canaris afirma que os efeitos do inadimplemento se assemelham com as consequências da rescisão. CANARIS, Claus-Wilhelm. O novo direito das obrigações na Alemanha. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 7, n. 27, p. 108-124, jul./set. 2004. p. 119. Todavia, o cálculo da indenização irá variar conforme o remédio escolhido, tendo em vista os interesses negativos e positivos do credor.

⁴³⁹ GUIMARÃES, Paulo Jorge Scartezini. Responsabilidade civil e interesse contratual positivo e negativo (em caso de descumprimento contratual). **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v. 16, n. 63, p. 33-58, jul./set. 2015. p. 2.

nulo, especificamente se a parte culpada seria responsável pelos custos que a parte adversa incorreu por sua culpa⁴⁴⁰ — questão até então não respondida pela doutrina⁴⁴¹.

Conforme teoria desenvolvida por Jhering, a parte lesada por contrato nulo deve ser colocada na mesma situação que estava antes da sua celebração — ou seja, a indenização é devida pelo interesse negativo de não conclusão do pacto⁴⁴², e não no interesse positivo da sua execução⁴⁴³. A argumentação do jurista é que, ao concluir o contrato, as partes garantem os resultados favoráveis da sua execução; de modo que a parte tem direito aos benefícios dos interesses positivos do contrato⁴⁴⁴.

Justamente por isso, a responsabilidade pré-contratual admite, a rigor, apenas indenização por interesse negativo⁴⁴⁵ — embora haja debate jurisprudencial e doutrinário sobre a possibilidade de indenização por interesse positivo⁴⁴⁶. Isso porque a distinção entre interesse contratual negativo e interesse contratual positivo foi, desde a sua origem, associada à existência ou não de uma vinculação negocial válida⁴⁴⁷.

Em paralelo, se o credor se valer da opção de resolução (e, pleitear indenização com base no interesse negativo), as partes devem retornar ao *status quo ante*, já que ambas as partes se exoneram das obrigações assumidas⁴⁴⁸. Esse é expressamente o teor do § 346 do BGB⁴⁴⁹,

⁴⁴⁰ JHERING, Rudolf Von; STAUB, Hermann. **Culpa in contrahendo. Die positiven Vertragsverletzungen.** Bad Homburg: Gehlen, 1969. p. 7.

⁴⁴¹ O jurista explica em sua obra que até então a doutrina negava qualquer espécie de proteção nesses casos por culpa contratual, tendo em vista que o contrato não surtiu efeitos, e o remédio da responsabilidade extracontratual também não estava disponível. Essa situação criava uma situação de notória injustiça, pois a parte culpada ficava livre, ao passo que a parte inocente se tornava vítima dessa culpa. JHERING, Rudolf Von; STAUB, Hermann. **Culpa in contrahendo. Die positiven Vertragsverletzungen.** Bad Homburg: Gehlen, 1969. p. 8.

⁴⁴² JHERING, Rudolf Von; STAUB, Hermann. **Culpa in contrahendo. Die positiven Vertragsverletzungen.** Bad Homburg: Gehlen, 1969. p. 38.

⁴⁴³ PEREIRA, Regis Fichtner. **A responsabilidade civil pré-contratual:** teoria geral e responsabilidade pela ruptura das negociações contratuais. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 372.

⁴⁴⁴ E, a contrário senso, se a parte causar a nulidade do contrato (e ele indiretamente lesar o outro contratante) ele deve indenizá-lo com base nos interesses negativos do contrato. JHERING, Rudolf Von; STAUB, Hermann. **Culpa in contrahendo. Die positiven Vertragsverletzungen.** Bad Homburg: Gehlen, 1969. p. 38.

⁴⁴⁵ PINTO, Paulo Mota. **Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo.** v. I e II. Coimbra: Coimbra, 2008. p. 11.

⁴⁴⁶ GUIMARÃES, Paulo Jorge Scartezzini. Responsabilidade civil e interesse contratual positivo e negativo (em caso de descumprimento contratual). **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v. 16, n. 63, p. 33-58, jul./set. 2015. p. 5.

⁴⁴⁷ PINTO, Paulo Mota. **Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo.** v. I e II. Coimbra: Coimbra, 2008. p. 14.

⁴⁴⁸ ZIMMERMANN, Reinhard. **The New German Law of Obligations: Historical and Comparative Perspectives.** New York: Oxford University Press, 2005. p. 73.

⁴⁴⁹ § 346, BGB. (1) Hat sich eine Vertragspartei vertraglich den Rücktritt vorbehalten oder steht ihr ein gesetzliches Rücktrittsrecht zu, so sind im Falle des Rücktritts die empfangenen Leistungen zurückzugewähren und die gezogenen Nutzungen herauszugeben. Em tradução livre: Se uma das partes tiver resguardado contratualmente o direito ou preencher os requisitos legais de resolução, em caso de resolução, a performance e os pagamentos recebidos devem ser devolvidos.

que estabelece, dentre as consequências da resolução, a devolução da performance e dos valores recebidos.

Percebe-se, portanto, que o BGB possui regulamentação expressa sobre o direito de resolução contratual e o correspondente direito de indenização por interesse negativo — diferentemente do Código Civil brasileiro. Cumpre enfatizar, ainda, que essa modalidade de restituição não se confunde com enriquecimento sem causa, sendo uma regra especial que se justifica pelo fato de a resolução não excluir totalmente a existência do contrato (ainda que não sucedido), bastando que ele seja encerrado em substituição à sua implementação⁴⁵⁰.

Quanto ao interesse positivo, o credor pode pleitear “uma importância em dinheiro no lugar da prestação acordada”, tendo em vista que o contrato não foi executado⁴⁵¹. Nesse sentido, o §249 (1) do BGB — aplicável para todas as ações indenizatórias, independente da origem do dano⁴⁵² — estabelece que a parte responsável por pagar a indenização deve restabelecer a posição que existiria se a circunstância que o obrigou a pagá-la não tivesse ocorrido⁴⁵³.

Ou seja, deve colocar o lesado na situação em que ele estaria se o contrato tivesse sido adequadamente adimplido⁴⁵⁴. Afirma-se que o legislador alemão incorporou a consistente teoria de interesse de Friedrich Mommsen — desenvolvida a partir do incerto direito romano sobre indenizações —, que determina que o interesse corresponde à diferença entre a atual situação financeira do lesado e a situação que existiria sem o evento danoso⁴⁵⁵.

Outrossim, o § 280 do BGB, já mencionado neste trabalho, representa a base central para as pretensões indenizatórias decorrentes de descumprimento contratual⁴⁵⁶, ao determinar que o inadimplente é responsável pelos danos que causar. Esse dispositivo legal é aplicável para

⁴⁵⁰ ZIMMERMANN, Reinhard. **The New German Law of Obligations: Historical and Comparative Perspectives**. New York: Oxford University Press, 2005. p. 72.

⁴⁵¹ CANARIS, Claus-Wilhelm. O novo direito das obrigações na Alemanha. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 7, n. 27, p. 108-124, jul./set. 2004. p. 119.

⁴⁵² Este dispositivo compõe o denominado *Schadensersatzrecht* (em tradução livre, direito de indenização), antes mencionado, que é aplicável tanto em casos de responsabilidade contratual como de responsabilidade aquiliana. DAUNER-LIEB, Barbara; HEIDEL, Thomas; RING, Gerhard. **BGB Schuldrecht: §§ 241 – 610**. 2. ed. Baden-Baden: Nomos, 2012. p. 123.

⁴⁵³ § 249 (1), BGB. Wer zum Schadensersatz verpflichtet ist, hat den Zustand herzustellen, der bestehen würde, wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre. Em tradução livre: A pessoa responsável por pagar indenização deve recompor a situação que existiria se não tivesse ocorrido a circunstância que o obriga a pagar indenização.

⁴⁵⁴ REIMANN, Mathias; ZEKOLL, Joachim. **Introduction to German Law**. Munique: C. H. Beck, 2005. p. 194.

⁴⁵⁵ No texto original: “In § 249 hatte der Gesetzgeber die Lehre Mommsens vom Interesse zu kodifizieren versucht. Mit dem Interesse als der Differenz zwischen der tatsächlichen Vermögenslage des Geschädigten und der Lage, die ohne das Schadensereignis bestünde, hatte Mommsen das unübersichtliche römisch-rechtliche Schadensersatzrecht auf eine recht einheitliche dogmatische Grundlage gestellt.”. DAUNER-LIEB, Barbara; HEIDEL, Thomas; RING, Gerhard. **BGB Schuldrecht: §§ 241 – 610**. 2. ed. Baden-Baden: Nomos, 2012. p. 86.

⁴⁵⁶ CANARIS, Claus-Wilhelm. Die Reform des Rechts der Leistungsstörungen. **JuristenZeitung**, Berlin, ano 56, n. 10, p. 499-524, maio 2001. p. 511.

(i) casos de mora⁴⁵⁷ (em que se aplica também a regra específica do § 286⁴⁵⁸)⁴⁵⁹ e (ii) nas hipóteses de indenização compensatória em substituição da performance⁴⁶⁰, abordada nos dispositivos subsequentes.

Ao credor também é facultado o direito de, ao invés de solicitar indenização em substituição à execução, pleitear “reembolso por despesas incorridas na presunção razoável de que haveria uma execução”⁴⁶¹, mas que foram desperdiçadas pelo inadimplemento⁴⁶². O texto do § 284 do BGB⁴⁶³, que viabilizou essa modalidade de indenização, foi introduzido na reforma

⁴⁵⁷ §280, BGB. (2) Schadensersatz wegen Verzögerung der Leistung kann der Gläubiger nur unter der zusätzlichen Voraussetzung des § 286 verlangen. Em tradução livre: Indenizações por atraso na performance podem ser exigidas pelo credor se satisfeitas as exigências adicionais do § 286.

⁴⁵⁸ §286, BGB. (1) Leistet der Schuldner auf eine Mahnung des Gläubigers nicht, die nach dem Eintritt der Fälligkeit erfolgt, so kommt er durch die Mahnung in Verzug. Der Mahnung stehen die Erhebung der Klage auf die Leistung sowie die Zustellung eines Mahnbescheids im Mahnverfahren gleich. (2) Der Mahnung bedarf es nicht, wenn 1. für die Leistung eine Zeit nach dem Kalender bestimmt ist, 2. der Leistung ein Ereignis vorauszugehen hat und eine angemessene Zeit für die Leistung in der Weise bestimmt ist, dass sie sich von dem Ereignis an nach dem Kalender berechnen lässt, 3. der Schuldner die Leistung ernsthaft und endgültig verweigert, 4. aus besonderen Gründen unter Abwägung der beiderseitigen Interessen der sofortige Eintritt des Verzugs gerechtfertigt ist. (3) Der Schuldner einer Entgeltforderung kommt spätestens in Verzug, wenn er nicht innerhalb von 30 Tagen nach Fälligkeit und Zugang einer Rechnung oder gleichwertigen Zahlungsaufstellung leistet; dies gilt gegenüber einem Schuldner, der Verbraucher ist, nur, wenn auf diese Folgen in der Rechnung oder Zahlungsaufstellung besonders hingewiesen worden ist. Wenn der Zeitpunkt des Zugangs der Rechnung oder Zahlungsaufstellung unsicher ist, kommt der Schuldner, der nicht Verbraucher ist, spätestens 30 Tage nach Fälligkeit und Empfang der Gegenleistung in Verzug. (4) Der Schuldner kommt nicht in Verzug, solange die Leistung infolge eines Umstands unterbleibt, den er nicht zu vertreten hat. Em tradução livre: (1) Se o devedor, a despeito de notificação do credor feita em momento posterior ao prazo de execução, deixa de executar a obrigação, ele está constituído em mora como consequência da notificação. O ajuizamento de ação de execução específica ou de cobrança para recuperação do crédito possuem o mesmo efeito que uma notificação. (2) A necessidade de notificação é dispensada se: 1. Um período de tempo determinado tiver sido especificado, 2. A performance suceder um evento, de modo que, a partir dele, um período razoável de tempo para performance possa ser calculado, 3. O devedor recusar de forma séria e definitiva a performance, 4. Por razões especiais, levando-se em consideração os interesses de ambas as partes, o início imediato da mora for justificado. (3) O dever de uma obrigação de pagar estará em mora, no mais tardar, se ele não cumprir a obrigação em até 30 dias da data do vencimento e da emissão do recibo ou documento equivalente; essa regra se aplica ao devedor que é consumidor apenas se tais consequências estiverem referidas no recibo ou comprovante de pagamento. Se a data de recebimento, pelo devedor, do recibo ou do comprovante de pagamento for incerta, o devedor que não for consumidor estará em mora no mais tardar 30 dias após o vencimento e o recebimento da contraprestação. (4) O devedor não estará em mora enquanto a performance não for feita como resultado de circunstância pela qual ele não é responsável.

⁴⁵⁹ REIMANN, Mathias; ZEKOLL, Joachim. **Introduction to German Law**. Munique: C. H. Beck, 2005. p. 193.

⁴⁶⁰ § 280 (3), BGB. Schadensersatz statt der Leistung kann der Gläubiger nur unter den zusätzlichen Voraussetzungen des § 281, des § 282 oder des § 283 verlangen. Em tradução livre: Indenizações em substituição de performance podem ser demandadas pelo credor somente se satisfeitos os requisitos dos §§ 281, 282 ou 283.

⁴⁶¹ CANARIS, Claus-Wilhelm. O novo direito das obrigações na Alemanha. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 7, n. 27, p. 108-124, jul./set. 2004. p. 120.

⁴⁶² ZIMMERMANN, Reinhard. **The New German Law of Obligations: Historical and Comparative Perspectives**. New York: Oxford University Press, 2005. p. 61-62.

⁴⁶³ § 284, BGB. Anstelle des Schadensersatzes statt der Leistung kann der Gläubiger Ersatz der Aufwendungen verlangen, die er im Vertrauen auf den Erhalt der Leistung gemacht hat und billigerweise machen durfte, es sei denn, deren Zweck wäre auch ohne die Pflichtverletzung des Schuldners nicht erreicht worden. Em tradução livre: Ao invés de indenização em substituição da performance, o credor pode pleitear reembolso das despesas que ele arcou em boa-fé na expectativa de que receberia a performance, salvo se o propósito dessas despesas não fosse atingido, nem mesmo com o adimplemento do contrato.

de 2002 como forma de privilegiar o credor nas hipóteses em que não houve “prejuízo importante” que ensejasse ressarcimento em decorrência do inadimplemento⁴⁶⁴.

Claus-Wilhelm Canaris exemplifica a alteração legislativa com um caso hipotético de um contrato de locação de imóvel público para evento político, em que a prefeitura posteriormente se recusa a ceder o local⁴⁶⁵. Pela legislação anterior, o partido político não teria direito a receber qualquer indenização, pois o evento não teria intuito de arrecadar fundos⁴⁶⁶.

Entretanto, com base no § 284 do BGB, o partido poderia pleitear indenização com base nos custos que incorreu na expectativa de adimplemento do contrato, tais quais despesas com publicidade, viagens de funcionários, reservas de hotel, entre outros⁴⁶⁷. O que se percebe é que o direito alemão possibilita que o credor lesado pelo descumprimento contratual pleiteie o cumprimento da obrigação ou, não sendo possível ou útil, a fixação de indenização correspondente, além de viabilizar indenização alternativa pelos custos incorridos com a expectativa do cumprimento do pacto⁴⁶⁸.

Essas hipóteses, contudo, se restringem aos interesses positivos do credor, como visto acima. Deste modo, os interesses negativos, verificados em caso de resolução contratual, são indenizáveis mediante restituição das partes ao estado anterior ao da celebração do negócio⁴⁶⁹.

Embora a fixação de indenizações pareça questão simples e incontroversa, ela se mostra justamente o contrário. Nesse sentido, vale transcrever as considerações de Gisela Sampaio da

⁴⁶⁴ CANARIS, Claus-Wilhelm. O novo direito das obrigações na Alemanha. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 7, n. 27, p. 108-124, jul./set. 2004. p. 120.

⁴⁶⁵ CANARIS, Claus-Wilhelm. O novo direito das obrigações na Alemanha. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 7, n. 27, p. 108-124, jul./set. 2004. p. 120.

⁴⁶⁶ CANARIS, Claus-Wilhelm. O novo direito das obrigações na Alemanha. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 7, n. 27, p. 108-124, jul./set. 2004. p. 120.

⁴⁶⁷ CANARIS, Claus-Wilhelm. O novo direito das obrigações na Alemanha. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 7, n. 27, p. 108-124, jul./set. 2004. p. 120.

⁴⁶⁸ REIMANN, Mathias; ZEKOLL, Joachim. **Introduction to German Law**. Munique: C. H. Beck, 2005. p. 194.

⁴⁶⁹ Cumpre mencionar que tal distinção (em interesses negativos e positivos) é, há algum tempo, objeto de críticas e reanálises, pelo menos em matéria de responsabilidade pré-contratual. Segundo Regis Fichtner Pereira, atualmente se prefere falar em dano de confiança (*Vertrauensschaden*). PEREIRA, Regis Fichtner. **A responsabilidade civil pré-contratual: teoria geral e responsabilidade pela ruptura das negociações contratuais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 382. Esse dano de confiança “é aquele que o lesado evitaria se não tivesse confiado, sem culpa, que durante as negociações, a contraparte cumpriria com os deveres inerentes aos imperativos da boa-fé.” FRITZ, Karina Nunes. A responsabilidade pré-contratual por ruptura das negociações. **Revista dos tribunais**, v. 883. p. 10-56, maio 2009. p. 38. Essa modalidade de dano foi criada pela jurisprudência à luz dos ensinamentos de Jhering sobre *culpa in contrahendo*, a fim de reconhecer obrigações mútuas de proteção antes da reforma do BGB de 2002. REIMANN, Mathias; ZEKOLL, Joachim. **Introduction to German Law**. Munique: C. H. Beck, 2005. p. 196. O termo e o conceito da *culpa in contrahendo* foram desenvolvidos por Jhering justamente para contemplar a responsabilidade no momento anterior à conclusão do contrato. JHERING, Rudolf Von; STAUB, Hermann. **Culpa in contrahendo. Die positiven Vertragsverletzungen**. Bad Homburg: Gehlen, 1969. p. 11. Entretanto, cumpre referir que a distinção entre interesse contratual positivo e interesse contratual negativo não perde sua importância com a adoção da responsabilidade pela confiança, como bem pontuou Paulo Mota Pinto. PINTO, Paulo Mota. **Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo**. v. I e II. Coimbra: Coimbra, 2008. p. 41.

Cruz Guedes ao discorrer sobre a dificuldade de aferir a extensão do dano indenizável e como se deve repará-lo:

Com efeito, a linha de fronteira que separa as indenizações, por assim dizer, justas, razoáveis, daquelas indenizações fantasiosas, fixadas no culminar de kafkianos processos, nem sempre é clara. E a dificuldade aumenta quando o dano que se quer reparar não tem ainda completo e materializado todo o seu ciclo de desenvolvimento que é, justamente, o problema dos lucros cessantes na responsabilidade civil.⁴⁷⁰

Por isso, passa-se ao exame do cálculo das indenizações devidas em caso de inadimplemento contratual.

2.1.2 As perdas e danos se medem pela extensão do dano

Como visto, o cálculo da indenização a ser concedida varia conforme o remédio escolhido⁴⁷¹, de modo que as perdas e danos devidas em caso de resolução são distintas daquelas devidas em caráter substitutivo ao cumprimento⁴⁷². Todavia, cumpre salientar que tal distinção não se confunde com “as facetas do dano patrimonial”, de modo que, como visto, tanto o interesse positivo como o interesse negativo podem compreender danos emergentes e lucros cessantes⁴⁷³.

Sob essa premissa, em ambas as hipóteses, apenas danos efetivos estão sujeitos à compensação, diante da função reparatória da pretensão indenizatória, sendo “necessário que haja perdas e danos, que não são meramente presumíveis, mas devem ser concretos, verificáveis, quantificados pecuniariamente”⁴⁷⁴. Justamente por isso, o restabelecimento do *status quo ante*, em caso de resolução, não necessariamente implicará o pagamento de indenização⁴⁷⁵.

⁴⁷⁰ GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. **Lucros cessantes**: do bom senso ao postulado normativo da razoabilidade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 49-50.

⁴⁷¹ Nesse sentido, Ruy Rosado de Aguiar Júnior diferencia, em parecer, a pretensão indenizatória fundada no inadimplemento contratual, fulcro no artigo 403 do Código Civil, da indenização devida em caso de nulidade, para reestabelecimento do *status quo ante*. AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Indenização por perdas e danos. Decadência do direito de anulação do contrato: prescrição da ação de responsabilidade civil prevista na lei societária. Atendimento do critério da razoabilidade no cumprimento do contrato. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**, São Paulo, v. 8, n. 27, p. 184-200, jan./mar. 2005. p. 188 e 191.

⁴⁷² MARTINS COSTA, Judith. Responsabilidade civil contratual. Lucros cessantes. Resolução. Interesse positivo e interesse negativo. Distinção entre lucros cessantes e lucros hipotéticos. Dever de mitigar o próprio dano. Dano moral e pessoa jurídica. In.: LOTUFO, Renan (Coord.). NANNI, Giovanni Ettore (Coord.). MARTINS, Fernando Rodrigues (Coord.). **Temas relevantes do direito civil contemporâneo**. São Paulo: Atlas, 2012. p. 565.

⁴⁷³ GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. **Lucros cessantes**: do bom senso ao postulado normativo da razoabilidade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 141.

⁴⁷⁴ NADER, Paulo. **Curso de direito civil**: obrigações. v.2. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 456.

⁴⁷⁵ ASSIS, Araken de. **Resolução do contrato por inadimplemento**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 77.

Significa dizer que danos compensáveis são (i) danos emergentes, que consistem em danos já consumados, e (ii) lucros cessantes, que dizem respeito àquilo que “razoavelmente se deixou de ganhar”⁴⁷⁶. Esses conceitos são provenientes do direito romano — embora não houvesse no direito romano um conceito geral de indenização⁴⁷⁷.

Gisela Sampaio da Cruz Guedes afirma que a expressão perdas e danos esconde “uma profunda diversidade entre essas duas facetas do dano patrimonial”, mas que a sua fragmentação é elementar para garantir a efetividade do princípio da reparação integral (e até mesmo para encorajar a fundamentação das decisões judiciais)⁴⁷⁸. Especificamente, danos emergentes decorrem da redução do patrimônio da vítima⁴⁷⁹, ao passo que lucros cessantes correspondem aos proveitos que não foram auferidos — o que não necessariamente corresponde a um lucro advindo de uma atividade⁴⁸⁰.

Significa dizer que dano emergente é a diminuição imediata do patrimônio, enquanto o lucro cessante é um “impedimento de elevação do patrimônio”⁴⁸¹. Seguindo essa linha, perdas e danos são (ou pelo menos deveriam ser, de acordo com a abordagem do Código Civil) fixadas exclusivamente com base no dano, independentemente das circunstâncias fáticas do caso, da gravidade do inadimplemento, da reiteração da conduta, e do lucro obtido pelo inadimplente.

Essa é a conclusão que se extrai da leitura dos artigos 402 e 403 do Código Civil, já referidos neste trabalho. Por isso, Pontes de Miranda afirma que nem a gravidade da falta nem a situação econômica do ofensor influenciam no dever de indenizar e na quantificação da indenização⁴⁸².

Segundo Paulo Nader, o artigo 402⁴⁸³ “é uma derivação do artigo 1.149 do Code Napoléon”⁴⁸⁴ (atualmente correspondente ao artigo 1231-2). Especificamente, o referido dispositivo estabelece que a indenização devida ao credor geralmente corresponde ao prejuízo incorrido e ao lucro que ele foi privado: “Les dommages et intérêts dus au créancier sont, en

⁴⁷⁶ FACHIN, Luiz Edson. **Soluções práticas de direito** - pareceres: contratos e responsabilidade civil. v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 291.

⁴⁷⁷ NADER, Paulo. **Curso de direito civil**: obrigações. v.2. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 459.

⁴⁷⁸ GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. **Lucros cessantes**: do bom senso ao postulado normativo da razoabilidade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 68.

⁴⁷⁹ MIRAGEM, Bruno. **Direito Civil**: Direito das Obrigações. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 542.

⁴⁸⁰ GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. **Lucros cessantes**: do bom senso ao postulado normativo da razoabilidade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 73.

⁴⁸¹ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de direito privado**: parte especial, tomo 22. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984. p. 213.

⁴⁸² MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de direito privado**: parte especial, tomo 22. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984. p. 213.

⁴⁸³ Destaca-se apenas que o art. 402 do Código Civil não inovou o direito brasileiro: dispositivo idêntico já estava previsto no art. 1.059 do Código Civil de 1916, de modo que ele foi apenas transplantado quando do processo de elaboração do novo código.

⁴⁸⁴ NADER, Paulo. **Curso de direito civil**: obrigações. v.2. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 461.

général, de la perte qu'il a faite et du gain dont il a été privé, sauf les exceptions et modifications ci-après.”⁴⁸⁵.

Sobre a questão, juristas tradicionalmente apontam que o contratante lesado deve ser indenizado de forma a ficar na mesma situação que ficaria se o contrato tivesse sido executado, em nítida situação de indiferença⁴⁸⁶. De acordo com James Gordley, tal princípio apareceu originalmente no século XVI, como resultado da tentativa dos juristas da época de sintetizar o direito romano com a filosofia de Aristóteles, da forma em que interpretada por Tomás de Aquino⁴⁸⁷.

James Gordley explica que, para Aristóteles, a obrigação de pagar indenização decorria do princípio básico de justiça, no sentido de que ninguém deveria ganhar às custas do outro — e, conseqüentemente, qualquer ganho deveria ser devolvido⁴⁸⁸. Segundo o referido jurista, o exemplo dado por Tomás de Aquino é o seguinte: se você levar meu cavalo, eu perdi não apenas o valor do cavalo, mas quaisquer lucros que poderia auferir sobre ele, porque eu não tinha o cavalo⁴⁸⁹.

Isso significa que a parte lesada deve ser indiferente ao inadimplemento, eis que o mesmo resultado (econômico) seria verificado em caso de performance (desde que não haja pedido de resolução, em que haveria restabelecimento do *status quo ante*, como visto com detalhes anteriormente). Percebe-se, assim, que a redação do artigo 402 do Código Civil demonstra o “receio do legislador de que a indenização fixada extrapole os limites do justo”, razão pela qual exige-se comprovação efetiva do que a parte lesada efetivamente perdeu⁴⁹⁰.

Ainda assim, todas as espécies de danos são passíveis de reparação pela sistemática do direito brasileiro. Logo, danos extrapatrimoniais decorrentes de “violação de direitos subjetivos referentes a atributos da personalidade” também são, a rigor, passíveis de indenização em dinheiro⁴⁹¹.

Assim, a doutrina brasileira admite o arbitramento de danos morais por inadimplemento contratual, “principalmente quando o contrato se referir a coisas que têm valor estimativo para

⁴⁸⁵ Em tradução livre: se a obrigação é de não fazer, aquele que a descumprir deve pagar indenização pelo mero descumprimento.

⁴⁸⁶ MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise Econômica do Direito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 494.

⁴⁸⁷ GORDLEY, James. Contract and Delict: Toward a Unified Law of Obligations. **Edinburgh Law Review**, Edimburgo, v. 1, n. 3, p. 345-360, maio 1997. p. 347.

⁴⁸⁸ GORDLEY, James. Contract and Delict: Toward a Unified Law of Obligations. **Edinburgh Law Review**, Edimburgo, v. 1, n. 3, p. 345-360, maio 1997. p. 347.

⁴⁸⁹ GORDLEY, James. Contract and Delict: Toward a Unified Law of Obligations. **Edinburgh Law Review**, Edimburgo, v. 1, n. 3, p. 345-360, maio 1997. p. 348.

⁴⁹⁰ NADER, Paulo. **Curso de direito civil: obrigações**. v.2. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 462.

⁴⁹¹ MIRAGEM, Bruno. **Direito Civil: Direito das Obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 539.

o contratante”⁴⁹². Segundo Maria Helena Diniz, a sua concessão somente será inviabilizada se houver ajuste de cláusula penal, uma vez que ela já conteria, em si, uma prefixação de todos os danos advindos do inadimplemento do contrato (tanto de natureza patrimonial como de natureza extrapatrimonial)⁴⁹³.

Entretanto, importante destacar que, além de inexistir previsão legal específica⁴⁹⁴, o STJ consolidou posicionamento no sentido de não ser devida indenização a título de dano moral por “mero inadimplemento contratual”⁴⁹⁵. Sobre o tema, Maria Celina Bodin de Moraes afirma que “estranhamente” a jurisprudência do STJ considera que o aborrecimento causado pela “quebra de expectativa na relação contratual” não seria gerador de dano extrapatrimonial⁴⁹⁶.

Similarmente, Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho⁴⁹⁷ critica a postura da jurisprudência de tolher o direito a indenização por danos morais oriundos de descumprimento contratual, valendo-se da premissa de que “todo dano, juridicamente qualificado como tal, merece reparação” — não podendo o contrato constituir um impeditivo a este direito⁴⁹⁸. O

⁴⁹² DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. v. 7. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 137.

⁴⁹³ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. v. 7. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 137.

⁴⁹⁴ A respeito: “A roupagem patrimonial mencionada acabou corroborada com a injustificável omissão do codificador de 2002 em não prever a reparação dos danos morais também no âmbito do contrato. Pelo contrário, o Código, no tema do descumprimento das obrigações, limitou-se a repetir a fórmula patrimonialista de 1916 consagrada na expressão perdas e danos, perdendo excelente oportunidade de adequar a disciplina contratual aos parâmetros superiores do ordenamento, definidos pós-1998.” MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. **Responsabilidade contratual e extracontratual: contrastes e convergências no direito contemporâneo**. Rio de Janeiro: Processo, 2016. p. 164.

⁴⁹⁵ Nesse sentido, veja-se, exemplificativamente, os seguintes julgados: AgInt no REsp 1720138/SE, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 24/04/2018, DJe 04/05/2018.; AgInt no REsp 1681848/PR, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 10/04/2018, DJe 17/04/2018.; AgInt no REsp 1684398/SP, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 20/03/2018, DJe 02/04/2018.; AgInt no REsp 1447700/PR, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 27/02/2018, DJe 13/03/2018.

⁴⁹⁶ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Processo, 2017. p. 163.

⁴⁹⁷ Para enriquecer o debate, vale transcrever as provocações de Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho, retomando as distinções e aproximações entre as espécies de responsabilidade civil, que foram objeto do primeiro capítulo deste trabalho: “Aparente distinção entre os regimes jurídicos da responsabilidade contratual e extracontratual é a ausência de previsão da reparação de danos morais em decorrência da inexecução culposa de obrigação no texto do Código Civil. Com efeito, tal legislação absorveu em sua literalidade o disposto nos incisos V e C do artigo 5º da Constituição da República unicamente no tocante à responsabilidade extracontratual (artigos 186 e 927). Na disciplina da responsabilidade contratual, manteve-se a orientação patrimonialista do vetusto Código de 1916, que nada dispunha sobre a reparação de danos extrapatrimoniais gerados no curso de relações contratuais. Dessa forma, previu o Código de 2002, no artigo 389, apenas a obrigação de indenizar as perdas e danos e manteve a tradicional definição legal do seu alcance como tudo aquilo que o credor efetivamente perdeu e o que razoavelmente deixou de lucrar. Ora, ao assim proceder abriu ensanchas à exegese literal que indica a solução negativa à reparabilidade do dano extrapatrimonial no seio do direito dos contratos.” MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. **Responsabilidade contratual e extracontratual: contrastes e convergências no direito contemporâneo**. Rio de Janeiro: Processo, 2016. p. 8-10.

⁴⁹⁸ MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. **Responsabilidade contratual e extracontratual: contrastes e convergências no direito contemporâneo**. Rio de Janeiro: Processo, 2016. p. 152.

referido jurista ainda analisa os argumentos geralmente utilizados pela jurisprudência para negar indenizações pleiteadas por responsabilidade contratual, chegando à conclusão que, em verdade, os danos morais não são reparáveis por conta da gravidade (ou melhor, por conta da sua ausência), embora este não seja um critério legítimo para fins de concessão ou não de indenização na sistemática atual do direito brasileiro⁴⁹⁹.

Dessa análise crítica, arrisca-se fazer duas presunções: (i) apesar da nomenclatura empregada, danos morais oriundos de descumprimentos contratuais podem ser ressarcidos pela jurisprudência, ainda que se exija gravidade do seu resultado, e, por decorrência lógica, (ii) o argumento de que as espécies de responsabilidade consistem em sistemas absolutamente distintos se torna ainda mais enfraquecido. Isso incita as provocações que este trabalho se propôs a enfrentar, tendo em vista que aproxima as espécies de responsabilidade, pelo menos quanto à compensação do dano moral, bem como ilustra que as indenizações podem e devem variar conforme as particularidades do caso concreto, não podendo ser regidas por um sistema legal engessado e limitado.

Ainda sobre este tópico, vale mencionar que Gisela Sampaio da Cruz Guedes critica o direito brasileiro no que tange a possibilidade de concessão de indenização por dano moral às pessoas jurídicas, sob o pretexto de que apenas pessoas naturais poderiam ter seus direitos de personalidade violados⁵⁰⁰ — posição semelhante àquela adotada por Maria Celina Bodin de Moraes⁵⁰¹. De fato, depreende-se de diversos julgados em que foram fixadas indenizações por dano moral em favor de pessoas jurídicas, que o dano sofrido não era propriamente passível de compensação por este instituto.

Em verdade, a concessão do dano moral se dá, inúmeras vezes, como forma de contornar os limites fáticos e jurídicos impostos nos casos concretos. Veja-se, por exemplo, o Recurso

⁴⁹⁹ MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. **Responsabilidade contratual e extracontratual**: contrastes e convergências no direito contemporâneo. Rio de Janeiro: Processo, 2016. p. 153.

⁵⁰⁰ GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. **Lucros cessantes**: do bom senso ao postulado normativo da razoabilidade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 161.

⁵⁰¹ Segundo a referida jurista: “Consequência, ainda, do exposto é que o dano às pessoas jurídicas não poderá ser concebido na mesma medida que o dano às pessoas físicas, já que a tutela da dignidade constitucional somente protege as pessoas humanas. As pessoas jurídicas poderão sofrer danos não patrimoniais quando, por exemplo, a instituição não visar lucro ou quando estiver sendo atacada em aspectos não avaliáveis, direta e indiretamente, em dinheiro; mas se tratará, talvez, de um ‘dano institucional’ – conceito a ser ainda devidamente delineado -, o que se distinguiria do dano moral em razão da necessidade de uma comprovação potencial do prejuízo, não se podendo aplicar a tese *in re ipsa*.”. MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana**: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. 2. ed. Rio de Janeiro: Processo, 2017. p. 191.

Especial n. 1.327.773/MG⁵⁰², em que foi reconhecida a prática de ato de concorrência desleal⁵⁰³ por uso de nome empresarial registrado por outra empresa, ensejando o dever de indenizar.

A Quarta Turma do STJ decidiu, por maioria, que os danos materiais sofridos pela empresa seriam presumidos (com base em lei especial aplicável ao caso⁵⁰⁴), entendimento este que deveria se aplicar também para os danos morais, ainda que houvesse divergência no próprio Tribunal a respeito. Determinou-se, então, que os danos materiais seriam apurados em fase de liquidação e os danos morais foram fixados em R\$ 50 mil, com base em outros julgados semelhantes e nas particularidades do caso concreto.

Especificamente quanto as particularidades do caso concreto, depreende-se do voto do relator, Ministro Luis Felipe Salomão, que foram levados em consideração a gravidade da conduta, pois, segundo ele, (i) a marca seria possivelmente o bem mais valioso de uma empresa, (ii) o seu uso indevido atinge a reputação, a credibilidade e a imagem da empresa perante todo o mercado e, ainda (iii) haveria usurpação de parte da identidade do fabricante, já que os consumidores não poderiam mais identificá-lo. Diante disso, indaga-se se a indenização concedida a título de danos morais nesse caso não teria sido aplicada como forma de garantir ou majorar a indenização a ser recebida pela empresa lesada, sobretudo considerando que as instâncias inferiores haviam concluído, no caso concreto, pela inexistência de prova de danos materiais.

Nesse sentido, o Ministro Antonio Carlos Ferreira afirmou textualmente que a impossibilidade de prova do prejuízo não pode obstar a concessão de indenização “intuitiva”⁵⁰⁵. Todavia, o ordenamento jurídico não autoriza concessão de indenizações com base em critérios de justiça, sendo necessária prova inequívoca do dano experimentado.

⁵⁰² REsp 1327773/MG, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 28/11/2017, DJe 15/02/2018.

⁵⁰³ Vale notar que, embora envolvesse responsabilidade aquiliana, o Ministro Raul Araújo aplicou, no seu voto vencido, o disposto nos artigos 402 e 403 do Código Civil e concedeu indenização a título de perdas e danos (nomenclatura usualmente utilizada para responsabilidade contratual). Isso corrobora mais uma vez a crescente interpenetração entre as espécies de responsabilidade, como visto em detalhes no primeiro capítulo deste trabalho.

⁵⁰⁴ Artigo 208, Lei de Propriedade Industrial. A indenização será determinada pelos benefícios que o prejudicado teria auferido se a violação não tivesse ocorrido.

⁵⁰⁵ Constatou no voto do referido Ministro: “Trata-se, efetivamente, de danos cuja existência pode ser aferida “in ipsa”, seja no que se refere àqueles de natureza estritamente patrimonial – em que a solução, no particular, é ditada pela lei de regência (L. 9.279/1996), segundo interpretação que se extrai dos arts. 208 e 210 –, mas também em relação aos danos extrapatrimoniais, sobretudo ante a natureza intangível desse tipo de consequência obrigacional, em que as circunstâncias peculiares tornam excessivamente difícil a produção de prova da extensão dos prejuízos, mas sua caracterização, todavia, pode ser aferida por meio de presunção que se extrai da certeza da ocorrência do ato ilícito. (...) Portanto, a inexistência de prova cabal das consequências negativas do fato danoso não deve levar ao julgamento de improcedência de pedido que objetiva sua reparação, notadamente quando é intuitiva, quicá inafastável, a existência do dano, restando aquilatar, apenas, sua extensão.”.

Note-se que este trabalho não tem a finalidade de examinar o entendimento sumulado de que pessoas jurídicas têm direito a receber indenização por abalo moral⁵⁰⁶. O que se pretende, em verdade, é provocar o leitor, levando-o à reflexão de que, na prática, essa espécie de dano acaba sendo deturpada em virtude das limitações do regime de responsabilidade (justamente objeto deste trabalho, em que se examinam métodos de fixação de indenizações que desconsideram o limite do dano).

Ainda assim, apesar da existência de precedentes e comentários da doutrina que indiquem o contrário, defende-se, em regra, que a parte lesada simplesmente não pode lucrar do inadimplemento, eis que seu único propósito é compensatório. Afinal, compensação excessiva é incompatível com a ideia de compensação⁵⁰⁷.

Essa abordagem explica o texto do artigo 403 do Código Civil brasileiro, que limita a indenização cabida em casos de inadimplemento contratual ao exato montante do dano sofrido (e eventuais lucros que deixaram de ser auferidos, naturalmente). Justamente por isso, a culpabilidade do agente é (ou deveria ser) irrelevante para a fixação da indenização.

Sobre o tema, Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho afirma que “de uma ação com forte dolo pode decorrer dano diminuto (ou pior, nenhum dano), assim como de uma culpa levíssima (ou pior, de uma não-culpa) pode derivar dano de colossais dimensões”⁵⁰⁸. Diante dessa constatação, o causador do dano responde pelos efeitos da lesão que causou, independentemente da intensidade da sua culpa⁵⁰⁹.

Por isso, nas hipóteses de pedido indenizatório, incumbe ao Poder Judiciário apurar o exato montante do dano sofrido (provisionando os lucros cessantes), conforme determina o artigo 403 do Código Civil, já mencionado neste trabalho. Essa não é, entretanto, uma tarefa fácil, havendo discrepâncias na jurisprudência pátria.

Além das dificuldades obviamente enfrentadas para apuração e fixação de indenizações por danos morais, a quantificação dos danos materiais também é objeto de discussões na doutrina e na jurisprudência. Evidentemente, os danos emergentes são de mais fácil

⁵⁰⁶ O tema leva à uma infinidade de debates, que foram enfrentados por inúmeros juristas em diferentes obras, como, por exemplo, a questão do dano institucional, defendido por Gisela Sampaio da Cruz Guedes. GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. **Lucros cessantes: do bom senso ao postulado normativo da razoabilidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 167.

⁵⁰⁷ DAUNER-LIEB, Barbara; HEIDEL, Thomas; RING, Gerhard. **BGB Schuldrecht: §§ 241 – 610**. 2. ed. Baden-Baden: Nomos, 2012. p. 94.

⁵⁰⁸ MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. **Responsabilidade contratual e extracontratual: contrastes e convergências no direito contemporâneo**. Rio de Janeiro: Processo, 2016. p. 41.

⁵⁰⁹ MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. **Responsabilidade contratual e extracontratual: contrastes e convergências no direito contemporâneo**. Rio de Janeiro: Processo, 2016. p. 41.

constatação, bastando a análise do patrimônio do lesado antes e depois do descumprimento; contudo, no que tange aos lucros cessantes, a questão ganha um grau elevado de complexidade.

A título ilustrativo, o posicionamento do STJ é no sentido de que “[n]ão se admite a indenização de lucros cessantes sem a efetiva comprovação, rejeitando-se lucros presumidos ou hipotéticos, dissociados da realidade efetivamente comprovada”⁵¹⁰. Nesse sentido, decidiu a Primeira Seção do STJ quando do julgamento em sede de recurso repetitivo⁵¹¹ do Recurso Especial n. 1.347.136/DF, envolvendo a fixação de preços pelo governo federal para a indústria sucroalcooleira em patamar abaixo do custo de produção.

Embora tal Seção seja competente para analisar questões de direito público, ela concluiu, em caso de responsabilidade civil do Estado, que lucros cessantes não comprovados consistem em dano zero ou em dano sem resultado negativo⁵¹². Assim, ainda que seja reconhecido o dever de indenizar, inexistindo prova dos danos (no caso, especificamente dos lucros cessantes), o dano auferido é zero, o que obsta a fixação de qualquer indenização.

Apesar do julgamento em sede de recurso repetitivo, a questão segue controvertida, inclusive no âmbito do STJ, havendo decisões que contrariam tal premissa. Exemplificativamente, o STJ concluiu em alguns julgados que os lucros cessantes são presumidos em favor do promitente comprador em caso de inadimplemento contratual de promessa de compra e venda por atraso na entrega de imóvel⁵¹³.

Gisela Sampaio da Cruz Guedes, entretanto, advoga que os lucros cessantes são, assim como danos emergentes, “prejuízos efetivos”, de modo que ambos se manifestam, em diferentes medidas, na “frustração das utilidades que o lesado tiraria do bem atingido pelo evento

⁵¹⁰ AgInt nos EDcl no AREsp 110.662/SP, Rel. Ministro LÁZARO GUIMARÃES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 5ª REGIÃO), QUARTA TURMA, julgado em 05/06/2018, DJe 12/06/2018.

⁵¹¹ Julgado em sede de recurso repetitivo pela sistemática do Código de Processo Civil revogado.

⁵¹² Tal acórdão restou assim ementado: ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. INTERVENÇÃO NO DOMÍNIO ECONÔMICO. RESPONSABILIDADE CIVIL. (...) RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO. ART. 37, § 6º, DA CF/1988. COMPROVAÇÃO DO DANO. NECESSIDADE. APURAÇÃO DO QUANTUM DEBEATUR. LIQUIDAÇÃO POR ARBITRAMENTO. CABIMENTO. INDENIZAÇÃO. NATUREZA JURÍDICA. LIQUIDAÇÃO COM "DANO ZERO" OU "SEM RESULTADO POSITIVO". POSSIBILIDADE. (...) 4. **O suposto prejuízo sofrido pelas empresas possui natureza jurídica dupla: danos emergentes (dano positivo) e lucros cessantes (dano negativo). Ambos exigem efetiva comprovação, não se admitindo indenização em caráter hipotético, ou presumido, dissociada da realidade efetivamente provada.** Precedentes. 5. Quando reconhecido o direito à indenização (an debeat), o quantum debeat pode ser discutido em liquidação da sentença por arbitramento, em conformidade com o art. 475-C do CPC. 6. **Não comprovada a extensão do dano (quantum debeat), possível enquadrar-se em liquidação com "dano zero", ou "sem resultado positivo", ainda que reconhecido o dever da União em indenizar (an debeat).** (...) (REsp 1347136/DF, Rel. Ministra ELIANA CALMON, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 11/12/2013, DJe 07/03/2014; grifo do autor)

⁵¹³ Nessa linha: AgInt no AREsp 1162773/AM, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 26/06/2018, DJe 29/06/2018; AgInt no REsp 1704671/SP, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 06/03/2018, DJe 15/03/2018.

danoso”⁵¹⁴. Similarmente, Judith Martins Costa afirma que “não se trata, de modo algum, de uma probabilidade perspectivada in abstracto, como se do inadimplemento contratual resultasse, ipso facto, o lucro cessante”⁵¹⁵.

Todavia, a tarefa de comprovar e apurar lucros cessantes é árdua, tendo em vista que “torna-se impossível demonstrar, com tanta precisão, o quanto a vítima deixou de auferir em razão do evento danoso, já que o ganho que teria obtido, não fosse o evento danoso, sequer chegou a se concretizar”⁵¹⁶. Da mesma forma, em caso de resolução, é igualmente difícil estipular o que poderia ter ocorrido (e quais lucros poderiam ter sido obtidos) não fosse a celebração do negócio que veio a ser resolvido.

Para tanto, o aplicador do direito deve se valer de razoabilidade para arbitrar lucros cessantes, nos exatos termos em que determina o artigo 402 do Código Civil⁵¹⁷. Ainda assim, em obra dedicada ao tema, Gisela Sampaio da Cruz Guedes afirma que toda e qualquer decisão que conceder lucros cessantes será, necessariamente, deficiente, “quer por não ter reparado o dano, quer por ter ultrapassado a sua extensão, ou, ainda, por falta de adequada fundamentação”⁵¹⁸.

Seguindo essa linha de raciocínio, indaga-se qual o propósito do ordenamento jurídico de limitar, como regra absoluta, às indenizações ao montante do dano, quando existem casos que simplesmente não podem (e outros que não deveriam) ser mensurados pela extensão do dano. Assim, a mera viabilidade de indenização por lucros cessantes no direito brasileiro nos leva a cogitar se não seria aconselhável, também, a desconsideração da extensão do dano em outras circunstâncias.

Isso será objeto de discussão no capítulo subsequente, em que serão abordados dois métodos de fixação de indenização — danos punitivos e lucro da intervenção —, geralmente

⁵¹⁴ GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. **Lucros cessantes**: do bom senso ao postulado normativo da razoabilidade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 67.

⁵¹⁵ MARTINS COSTA, Judith. Responsabilidade civil contratual. Lucros cessantes. Resolução. Interesse positivo e interesse negativo. Distinção entre lucros cessantes e lucros hipotéticos. Dever de mitigar o próprio dano. Dano moral e pessoa jurídica. In.: LOTUFO, Renan (Coord.). NANNI, Giovanni Ettore (Coord.). MARTINS, Fernando Rodrigues (Coord.). **Temas relevantes do direito civil contemporâneo**. São Paulo: Atlas, 2012. p. 572.

⁵¹⁶ GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. **Lucros cessantes**: do bom senso ao postulado normativo da razoabilidade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 90.

⁵¹⁷ Gisela Sampaio da Cruz Guedes identifica os parâmetros utilizados no Brasil para fixação dos lucros cessantes, quais sejam, (i) experiência pretérita da vítima (apontada por ela como o critério mais seguro para se estimar o prejuízo sofrido), (ii) comparação de mercado, (iii) salário mínimo, quando não for possível aferir os seus rendimentos habituais, além de (iv) “referências genéricas ao bom senso, como se o julgador pudesse, com base única e exclusivamente nas suas crenças pessoais, estipular o quantum dos lucros cessantes”. GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. **Lucros cessantes**: do bom senso ao postulado normativo da razoabilidade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 176.

⁵¹⁸ GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. **Lucros cessantes**: do bom senso ao postulado normativo da razoabilidade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 178.

discutidos pela doutrina e por vezes utilizados pela jurisprudência nacional em casos de responsabilidade extracontratual. Por ora, voltemos à análise das perdas e danos por inadimplemento contratual.

Segundo Jan Dirk Harke, “[e]in materieller Schaden lässt sich in Geld bemessen und ausgleichen”⁵¹⁹, de modo que o inadimplente é responsável tanto pelo prejuízo já incorrido pelo lesado como pelos prejuízos vindouros, através da figura dos lucros cessantes⁵²⁰. No direito alemão, o propósito essencial do § 249 e seguintes do BGB (aplicáveis para todas as espécies de ações indenizatórias, como visto anteriormente⁵²¹) é determinar a extensão a qual o credor tem direito a compensação financeira, o que deve viabilizar compensação total pelo prejuízo incorrido⁵²².

Embora o BGB não tenha limitado textualmente o montante que possa ser arbitrado a título de indenização por perdas e danos, a jurisprudência impôs tal limitação, de modo que somente danos dentro do escopo de proteção do contrato podem ser compensados⁵²³. Exemplificativamente, a Corte Superior Regional (Oberlandesgericht) de Hamm decidiu, em 1989, que um tradutor não poderia ser condenado a compensar os danos advindos dos erros na tradução para holandês, francês, inglês, espanhol e italiano de um manual alemão de peças de suspensão de motocicletas⁵²⁴.

Neste julgado, o tribunal entendeu que haveria uma desproporção entre a indenização pleiteada (fundada no dano supostamente sofrido) e o valor do contrato (consistente na taxa cobrada pela tradução), o que impediria que o réu previsse indenização neste montante⁵²⁵. Assim, aplicou-se o disposto no § 254 (2) do BGB⁵²⁶, que imputa responsabilidade por

⁵¹⁹ Em tradução livre: Danos materiais podem ser medidos e compensados em dinheiro.

⁵²⁰ HARKE, Jan Dirk. **Allgemeines Schuldrecht**. Berlin, Heidelberg: Imprint: Springer, 2010. p. 281.

⁵²¹ ZIMMERMANN, Reinhard; KOCH, Bernhard A. **Digest of European Tort Law: Essential Cases on Damage**. v. II. Berlin: Walter de Gruyter, 2011. p. 17.

⁵²² DAUNER-LIEB, Barbara; HEIDEL, Thomas; RING, Gerhard. **BGB Schuldrecht: §§ 241 – 610**. 2. ed. Baden-Baden: Nomos, 2012. p. 87.

⁵²³ GORDLEY, James. Contract and Delict: Toward a Unified Law of Obligations. **Edinburgh Law Review**, Edimburgo, v. 1, n. 3, p. 345-360, maio 1997. p. 360.

⁵²⁴ GORDLEY, James; MEHREN, Arthur Taylor Von. **An introduction to the comparative study – readings, cases, materials**. New York: Cambridge University Press, 2006. p. 550.

⁵²⁵ GORDLEY, James; MEHREN, Arthur Taylor Von. **An introduction to the comparative study – readings, cases, materials**. New York: Cambridge University Press, 2006. p. 550.

⁵²⁶ § 254, BGB. “(1) Hat bei der Entstehung des Schadens ein Verschulden des Beschädigten mitgewirkt, so hängt die Verpflichtung zum Ersatz sowie der Umfang des zu leistenden Ersatzes von den Umständen, insbesondere davon ab, inwieweit der Schaden vorwiegend von dem einen oder dem anderen Teil verursacht worden ist. (2) Dies gilt auch dann, wenn sich das Verschulden des Beschädigten darauf beschränkt, dass er unterlassen hat, den Schuldner auf die Gefahr eines ungewöhnlich hohen Schadens aufmerksam zu machen, die der Schuldner weder kannte noch kennen musste, oder dass er unterlassen hat, den Schaden abzuwenden oder zu mindern. Die Vorschrift des § 278 findet entsprechende Anwendung.”. Em tradução livre: (1) Quando a culpa da parte lesada contribuir para a ocorrência do dano, a responsabilidade pela indenização e a extensão da compensação a ser paga dependem das circunstâncias, em particular em que extensão o dano foi causado principalmente por uma ou por outra parte. (2) Esta regra também se aplica quando a culpa da parte lesada está limitada a deixar de chamar atenção

negligência ao contratante lesado (em uma espécie de culpa concorrente), quando este não indica à parte adversa os riscos de altas indenizações⁵²⁷.

A propósito, James Gordley e Arthur Taylor von Mehren explicam que o Imperador Justiniano alterou sua compilação para limitar a indenização cabível em uma relação contratual: sempre que houvesse estipulação de quantidade ou natureza, a indenização não poderia ser superior ao seu dobro⁵²⁸. Segundo os referidos autores, a doutrina justifica essa regra como uma limitação de indenização ao montante que era previsível às partes⁵²⁹.

Durante o projeto de elaboração do BGB, estabeleceu-se regra de que somente danos previsíveis quando da celebração do contrato poderiam ser compensados; todavia, na sua versão final, optou-se por impor às partes o ônus de comunicar a parte adversa das consequências imprevisíveis do inadimplemento, sob pena de incorrer em uma espécie de culpa concorrente⁵³⁰. Assim, a indenização devida por inadimplemento contratual, no direito alemão, estaria vinculada à sua previsibilidade⁵³¹.

da parte adversa sobre o risco de uma indenização expressiva extraordinária, quando ela não tinha obrigação de saber, ou deixar de evitar ou reduzir o dano. A regra do § 278 se aplica com as modificações necessárias.

⁵²⁷ Sobre os comentários ao referido dispositivo legal, convém transcrever o seguinte excerto: “Nach Abs. 2 S. 1 Alt. 1 ist der Geschädigte verpflichtet, den Schädiger auf die Gefahr eines ungewöhnlich hohen Schadens aufmerksam zu machen, den der Schädiger weder kannte noch kennen musste, und den Schaden abzuwenden oder zu mindern, Abs. 2 S. 1 Alt. 2. Es handelt sich dabei um besondere Anwendungsfälle des in Abs. 1 geprägten Grundsatzes, wonach der Schädiger nicht über ein vernünftiges Maß hinaus in Anspruch genommen werden darf, vielmehr eine Verletzung der nicht einklagbaren Pflichten gem. Abs. 2 S. 1 zu einer Herabsetzung oder einem Verlust des Schadensersatzanspruchs führt. Im Unterschied zu Abs. 1 knüpft die Rechtsfolge des Abs. 2 S. 1 an ein Unterlassungsver schulden an, wobei dieses nicht die Verletzung einer Rechtspflicht voraussetzt, sondern nur die Nichtbeachtung einer Obliegenheit. Es geht um ein Unterlassen der Maßnahmen, die ein sorgfältiger und verständiger Mensch ergreift, um einen Schaden zu mindern oder von sich abzuwenden. Während für die Schadensminderung ein bereits eingetretener Schaden erforderlich ist, sollen die Warnung (aufmerksam machen) und die Schadensabwendungspflicht einen (höheren) Schaden verhindern. ”. DAUNER-LIEB, Barbara; HEIDEL, Thomas; RING, Gerhard. **BGB Schuldrecht**: §§ 241 – 610. 2. ed. Baden-Baden: Nomos, 2012. p. 230. Em tradução livre: Com a redação do parágrafo 2º, a parte lesada é obrigada a chamar atenção da parte adversa sobre o risco de indenizações elevadas não usuais, que a parte lesante desconhecia, além da obrigação de impedir ou reduzir o dano. Esses são casos especiais de aplicação do princípio estabelecido no parágrafo 1º, que estabelece que o ofensor não pode ser responsabilizado além de um valor razoável mediante a transferência de obrigações do lesado, ocasionando a redução ou exclusão da pretensão indenizatória. Em comparação ao parágrafo 1º, as consequências legais do parágrafo 2º estão vinculadas à omissão (que não se confunde com descumprimento da lei, mas apenas a não observância de uma obrigação). Trata-se de falha no dever de adotar as medidas que uma pessoa cuidadosa e razoável adotaria para mitigar ou impedir o dano. Embora o prejuízo seja necessário para que se possa mitigar o dano, o aviso (isto é, chamar a atenção) e o dever de evitar danos podem prevenir prejuízos ainda maiores.

⁵²⁸ GORDLEY, James; MEHREN, Arthur Taylor Von. **An introduction to the comparative study – readings, cases, materials**. New York: Cambridge University Press, 2006. p. 541.

⁵²⁹ GORDLEY, James; MEHREN, Arthur Taylor Von. **An introduction to the comparative study – readings, cases, materials**. New York: Cambridge University Press, 2006. p. 541.

⁵³⁰ GORDLEY, James. The Future of European Contract Law on the Basis of Europe’s Heritage. **European Review of Contract Law**, Alphen aan den Rijn, v. 1, n. 2, p. 163-183, jul. 2005. p. 173.

⁵³¹ Entretanto, em análise crítica, James Gordley afirma que, em verdade, os tribunais alemães, assim como os franceses e os ingleses, se valem do critério da proporcionalidade, e não da previsibilidade, para resolver casos concretos. GORDLEY, James. The Future of European Contract Law on the Basis of Europe’s Heritage. **European Review of Contract Law**, Alphen aan den Rijn, v. 1, n. 2, p. 163-183, jul. 2005. p. 177.

Vale mencionar que a fixação de indenização conforme o montante estimado pelas partes quando da celebração do contrato não é inovadora: ela foi prevista no artigo 1.150 do Code Civil francês e, segundo James Gordley, inspirou outros ordenamentos jurídicos e até mesmo o famoso precedente inglês *Hadley v. Baxendale*⁵³². Neste caso⁵³³, o tribunal decidiu que danos extraordinários somente poderiam ser concedidos se previsíveis para ambas as partes quando da celebração do contrato, limitando a indenização concedida ao montante do prejuízo que as partes poderiam ter previsto⁵³⁴.

O que se percebe é que a previsibilidade foi o critério utilizado por diversos ordenamentos jurídicos⁵³⁵ para fins de apuração dos danos materiais incorridos. Ainda assim, note-se que esse critério não autoriza a fixação de indenizações em montante superior ao dano; ele viabiliza, em verdade, a sua redução, sempre que os danos forem exorbitantes (e, no direito alemão, o credor deixar de informar o devedor do seu risco).

Somado a isso, danos imateriais também são passíveis de compensação no direito alemão, sejam eles decorrentes de responsabilidade contratual ou de responsabilidade extracontratual. Isso porque, diferentemente do direito brasileiro, o BGB regulamentou os danos morais junto aos demais dispositivos que compõe o *Schadensersatzrechts*, especificamente no seu § 253.

⁵³² GORDLEY, James. The Future of European Contract Law on the Basis of Europe's Heritage. **European Review of Contract Law**, Alphen aan den Rijn, v. 1, n. 2, p. 163-183, jul. 2005. p. 173.

⁵³³ Segundo James Gordley, essa decisão inspirou o parágrafo 351 do Restatement Second, assim disposto: Damages are not recoverable for loss that the party in breach did not have reason to foresee as a probable result of the breach when the contract was made. Em tradução livre: Os danos não são compensáveis quando a parte inadimplente não tinha razão para prevê-los como resultado provável do inadimplemento no momento da celebração do contrato. GORDLEY, James. The Future of European Contract Law on the Basis of Europe's Heritage. **European Review of Contract Law**, Alphen aan den Rijn, v. 1, n. 2, p. 163-183, jul. 2005. p. 176.

⁵³⁴ TIMM, Luciano Benetti. Common law e contract law: uma introdução ao direito contratual norte-americano. **Revista Semestral de Direito Empresarial**, Rio de Janeiro, n. 10, p. 107-150, jan./jun. 2012. p. 147.

⁵³⁵ Ainda, no âmbito de contratos de compra e venda internacionais, o artigo 74 da CISG limita o montante das perdas e danos ao valor que o inadimplente previu ou poderia ter previsto quando da celebração do contrato como consequência possível do descumprimento. Especificamente o referido dispositivo dispõe que:

Artigo 74, Decreto 8.327/2014. As perdas e danos decorrentes de violação do contrato por uma das partes consistirão no valor equivalente ao prejuízo sofrido, inclusive lucros cessantes, sofrido pela outra parte em consequência do descumprimento. Esta indenização não pode exceder à perda que a parte inadimplente tinha ou devesse ter previsto no momento da conclusão do contrato, levando em conta os fatos dos quais tinha ou devesse ter tido conhecimento naquele momento, como consequência possível do descumprimento do contrato.

Assim, tal limitação diz respeito apenas à previsibilidade dos danos — assim como verificado em outros projetos internacionais, como nos princípios Unidroit e PECL, seguindo-se a tendência do direito francês e do histórico precedente britânico, e não ao prejuízo efetivamente experimentado, como ocorre no direito brasileiro. Entretanto, cumpre ressaltar que a CISG não estabelece a forma de cálculo da indenização, cabendo aos tribunais fazê-lo conforme o caso. Nesse sentido é a Advisory Council Opinion n. 6: “The Convention does not provide specific guidance on calculating lost profits. Individual tribunals are given the authority to calculate damages on a case-by-case basis.”. Em tradução livre: A Convenção não fornece orientações específicas para fins de aferição do montante do dano. Os tribunais possuem autoridade para calcular as indenizações no caso concreto. Disponível em: <<http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/CISG-AC-op6.html>>. Acesso em: 09/10/2018.

O § 253 do BGB⁵³⁶ admite indenizações por danos intangíveis apenas “nos casos estipulados em lei” ou, especificamente, em casos de dano ao corpo, à saúde, à liberdade e à autodeterminação-sexual⁵³⁷. Ainda, merece destaque que o BGB estipula que, nestes últimos casos, será devida uma compensação “razoável”.

Assim, a doutrina reconhece expressamente que pode ser devida indenização por danos imateriais em decorrência de inadimplemento contratual, quando violados os interesses legais antes mencionados⁵³⁸. Cumpre enfatizar, contudo, que o lesado pode pleitear danos imateriais, não como indenizações “adicionais” ou “complementares”, mas sim como extensão do dano efetivamente sofrido⁵³⁹.

Isso porque, como anteriormente mencionado, o legislador alemão adotou os ensinamentos de Friedrich Mommsen acerca da *Differenztheorie*, estabelecendo uma fórmula clara para remediar inadimplementos contratuais⁵⁴⁰. Ainda assim, os limites do *quantum* indenizatório são, por vezes, objeto de debate.

Nessa seara, discutia-se a possibilidade de a indenização por interesse negativo (isto é, a indenização para repor a parte ao estado anterior ao da celebração do contrato) ser maior do que eventual indenização por interesse positivo (que visa a colocar a parte lesada na situação em que estaria com o adimplemento do contrato)⁵⁴¹. Isso porque os artigos 122 (I)⁵⁴² e 179

⁵³⁶ Este dispositivo foi incluído no BGB com a reforma legislativa do direito das obrigações ocorrida em 2002. DAUNER-LIEB, Barbara; HEIDEL, Thomas; RING, Gerhard. **BGB Schuldrecht**: §§ 241 – 610. 2. ed. Baden-Baden: Nomos, 2012. p. 86.

⁵³⁷ § 253, BGB. (1) Wegen eines Schadens, der nicht Vermögensschaden ist, kann Entschädigung in Geld nur in den durch das Gesetz bestimmten Fällen gefordert werden. (2) Ist wegen einer Verletzung des Körpers, der Gesundheit, der Freiheit oder der sexuellen Selbstbestimmung Schadensersatz zu leisten, kann auch wegen des Schadens, der nicht Vermögensschaden ist, eine billige Entschädigung in Geld gefordert werden. Em tradução livre: (1) Somente pode ser pleiteada indenização em dinheiro para compensação de qualquer prejuízo que não seja pecuniário nos casos estipulados em lei. (2) Se a indenização a ser paga por dano ao corpo, saúde, liberdade, ou autodeterminação sexual, uma compensação razoável em dinheiro também pode ser pleiteada para qualquer prejuízo não pecuniário.

⁵³⁸ DAUNER-LIEB, Barbara; HEIDEL, Thomas; RING, Gerhard. **BGB Schuldrecht**: §§ 241 – 610. 2. ed. Baden-Baden: Nomos, 2012. p. 172.

⁵³⁹ Especificamente: “Der Terminus “Schmerzensgeldanspruch” erweckt den Eindruck, es handle sich dabei um eine eigene Anspruchsgrundlage. Das ist indes unzutreffend. Vielmehr geht es nicht um den Haftungsgrund, sondern um den Umfang der Haftung. Voraussetzung für eine Zubilligung ist somit, dass zunächst geprüft werden muss, ob eine Rechtsguts vorliegt, bei der der Zuspruch von Schmerzensgeldes im systematischen Kontext der § 249 ff kommt dies deutlicher zum Ausdruck als früher im Anschluss an die §§ 823 ff.”. DAUNER-LIEB, Barbara; HEIDEL, Thomas; RING, Gerhard. **BGB Schuldrecht**: §§ 241 – 610. 2. ed. Baden-Baden: Nomos, 2012. p. 168. Em tradução livre: O termo “pretensões indenizatórias” dá a impressão que esta é uma pretensão própria. Todavia, isto é incorreto. Em verdade, não se trata de fundamento de responsabilidade, mas sim de extensão da responsabilidade. O requisito de pagamento adicional é, portanto, em primeiro lugar, a existência de previsão legal por dano imaterial na sistemática do § 249 e seguintes ou, ainda, no § 823 e seguintes.

⁵⁴⁰ ZIMMERMANN, Reinhard. **The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition**. Cidade do Cabo: Juta, 2006. p. 833.

⁵⁴¹ FRITZ, Karina Nunes. A responsabilidade pré-contratual por ruptura das negociações. **Revista dos tribunais**, v. 883. p. 10-56, maio 2009. p. 44.

⁵⁴² § 122 (1), BGB. Ist eine Willenserklärung nach § 118 nichtig oder auf Grund der §§ 119, 120 angefochten, so hat der Erklärende, wenn die Erklärung einem anderen gegenüber abzugeben war, diesem, andernfalls jedem

(II)⁵⁴³ do BGB limitam o dano indenizável em caso de (i) nulidade de declaração de vontade feita a quem nela confiou e de (ii) contrato de agência em que o agente desconhece não ter poderes para realização de negócios, respectivamente, ao valor do contrato.

Isto significa que, nestas duas hipóteses específicas, a reposição da parte ao *status quo ante* não pode autorizar concessão de indenização em montante superior ao que ela receberia com o adimplemento do contrato (em caso de sua validade). Contudo, nas demais hipóteses, inclusive em casos de responsabilidade contratual, “o parâmetro para a fixação da quantia indenizatória não deve ser o contrato projetado pelas partes, mas os danos efetivamente sofridos por quem confiou – e podia confiar legitimamente na conclusão do negócio jurídico”⁵⁴⁴.

Significa dizer que os referidos dispositivos legais são, segundo entendimento jurisprudencial e doutrinário majoritário, exceções⁵⁴⁵. Consequentemente, afirma-se que a indenização por interesse negativo pode ser superior à que seria obtida caso fosse celebrado contrato válido, embora não haja consenso jurisprudencial⁵⁴⁶.

Ainda assim, isso não significa que a indenização pode ser fixada em montante superior ao dano: pelo contrário, significa que a indenização se mede exatamente pelo dano, seja ele oriundo de interesses contratuais positivos ou de interesses contratuais negativos. Pode-se concluir, portanto, que tanto o direito brasileiro como o direito alemão vedam, a rigor, indenizações em montante superior ao dano.

Cumprе ressaltar que, ainda que as partes possam estipular antecipadamente as indenizações devidas em caso de inadimplemento contratual, através de cláusulas penais⁵⁴⁷,

Dritten den Schaden zu ersetzen, den der andere oder der Dritte dadurch erleidet, dass er auf die Gültigkeit der Erklärung vertraut, jedoch nicht über den Betrag des Interesses hinaus, welches der andere oder der Dritte an der Gültigkeit der Erklärung hat. Em tradução livre: Se uma declaração de vontade é nula conforme § 118 ou anulável conforme §§ 119 e 120, o declarante deve pagar indenização à pessoa que deveria ter feito a declaração ou, ainda, para qualquer terceiro, pelos prejuízos decorrentes de ter confiado na validade da declaração; mas não em valor superior ao montante do interesse da parte ou do terceiro na validade da declaração.

⁵⁴³ § 179 (2), BGB. Hat der Vertreter den Mangel der Vertretungsmacht nicht gekannt, so ist er nur zum Ersatz desjenigen Schadens verpflichtet, welchen der andere Teil dadurch erleidet, dass er auf die Vertretungsmacht vertraut, jedoch nicht über den Betrag des Interesses hinaus, welches der andere Teil an der Wirksamkeit des Vertrags hat. Em tradução livre: Se o agente não tiver conhecimento da sua falta de poderes, ele é obrigado a compensar somente os danos que a outra parte sofrer por ter confiado no contrato de agência; mas não em valor superior ao montante do interesse da parte ou do terceiro na validade do contrato.

⁵⁴⁴ FRITZ, Karina Nunes. A responsabilidade pré-contratual por ruptura das negociações. **Revista dos tribunais**, v. 883, p. 10-56, maio 2009. p. 46.

⁵⁴⁵ FRITZ, Karina Nunes. A responsabilidade pré-contratual por ruptura das negociações. **Revista dos tribunais**, v. 883, p. 10-56, maio 2009. p. 46.

⁵⁴⁶ PEREIRA, Regis Fichtner. **A responsabilidade civil pré-contratual**: teoria geral e responsabilidade pela ruptura das negociações contratuais. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 386.

⁵⁴⁷ Sobre a finalidade das cláusulas penais, Pontes de Miranda ensina que uma das suas funções mais relevantes é “assentar a indenizabilidade de danos no caso de não ser pecuniária, ou ser de difícil avaliação a prestação prometida”. Com isto, o credor se exime previamente do ônus de comprovar dano ou prejuízo. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de direito privado**: parte especial, tomo 26. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984. p. 59-60.

isso não afasta a limitação do montante indenizatório. Isso porque o artigo 412 do Código Civil⁵⁴⁸ limita o valor da cláusula penal ao valor da obrigação, razão pela qual o artigo 413 autoriza o juiz a reduzir o seu montante sempre que ele for “manifestamente excessivo”⁵⁴⁹.

De acordo com a sistemática da legislação brasileira, o credor pode pedir indenização complementar apenas (i) se tal faculdade houver sido convencionada e (ii) se ele puder provar que o prejuízo excedeu o valor da cláusula pactuada⁵⁵⁰. Ou seja: a cláusula penal não pode exceder o montante do dano efetivamente experimentado, da mesma forma que ocorre em ações indenizatórias em que inexistente cláusula penal ou que inexistente contrato (responsabilidade aquiliana), uma vez que a sua função é, a rigor, compensatória⁵⁵¹.

Nesse sentido, no Recurso Especial n. 1.466.177/SP, o STJ concluiu que a cláusula penal não pode ser fixada livremente pelas partes, pois ela “deve ser proporcional ao dano sofrido”, “não podendo traduzir valores ou penas exorbitantes ao descumprimento do contrato”⁵⁵². No referido caso, o cantor Latino ajuizou ação contra emissora de televisão

⁵⁴⁸ Artigo 412, Código Civil. O valor da cominação imposta na cláusula penal não pode exceder o da obrigação principal.

⁵⁴⁹ Artigo 413, Código Civil. A penalidade deve ser reduzida equitativamente pelo juiz se a obrigação principal tiver sido cumprida em parte, ou se o montante da penalidade for manifestamente excessivo, tendo-se em vista a natureza e a finalidade do negócio.

⁵⁵⁰ Artigo 416, parágrafo único, Código Civil. Ainda que o prejuízo exceda ao previsto na cláusula penal, não pode o credor exigir indenização suplementar se assim não foi convencionado. Se o tiver sido, a pena vale como mínimo da indenização, competindo ao credor provar o prejuízo excedente.

⁵⁵¹ Ressalva-se, contudo, que Pontes de Miranda afirma que pode haver pena para o caso de total inadimplemento, “sem se ter de considerar substitutiva”, desde que haja previsão expressa no negócio jurídico. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de direito privado**: parte especial, tomo 26. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984. p. 65.

⁵⁵² Este acórdão restou assim ementado: RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE COBRANÇA DE MULTA POR RESCISÃO ANTECIPADA DE CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. CLÁUSULA PENAL COMPENSATÓRIA. CUMPRIMENTO PARCIAL DA OBRIGAÇÃO. REDUÇÃO JUDICIAL EQUITATIVA. 1. A cláusula penal constitui elemento oriundo de convenção entre os contratantes, mas sua fixação não fica ao total e ilimitado alvedrio destes, já que o ordenamento jurídico prevê normas imperativas e cogentes, que possuem o escopo de preservar o equilíbrio econômico financeiro da avença, afastando o excesso configurador de enriquecimento sem causa de qualquer uma das partes. É o que se depreende dos artigos 412 e 413 do Código Civil de 2002 (artigos 920 e 924 do codex revogado). 2. Nessa perspectiva, a multa contratual deve ser proporcional ao dano sofrido pela parte cuja expectativa fora frustrada, não podendo traduzir valores ou penas exorbitantes ao descumprimento do contrato. Caso contrário, poder-se-ia consagrar situação incoerente, em que o inadimplemento parcial da obrigação se revelasse mais vantajoso que sua satisfação integral. 3. Outrossim, a redução judicial da cláusula penal, imposta pelo artigo 413 do Código Civil nos casos de cumprimento parcial da obrigação principal ou de evidente excesso do valor fixado, deve observar o critério da equidade, não significando redução proporcional. Isso porque a equidade é cláusula geral que visa a um modelo ideal de justiça, com aplicação excepcional nas hipóteses legalmente previstas. Tal instituto tem diversas funções, dentre elas a equidade corretiva, que visa ao equilíbrio das prestações. Daí a opção do legislador de utilizá-la como parâmetro para o balanceamento judicial da pena convencional. 4. No presente caso, a cláusula penal compensatória foi fixada em R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais), havendo, no contrato, regras distintas quanto aos ganhos financeiros de cada parte. Para a Rede TV, “toda e qualquer receita ou proveito obtido com a cessão, exibição ou reexibição dos programas” apresentados pelo artista, que cedera seus direitos autorais e conexos, bem como os de imagem e som de voz, existindo, outrossim, cláusula de exclusividade em televisão e internet, impedindo-o de exercer seu ofício em outras emissoras. O cantor Latino, nos termos do contrato, fazia jus à remuneração total máxima de R\$ 480.000,00 (quatrocentos e oitenta mil reais). 5. Consoante notório, os proveitos obtidos pelos artistas - especialmente aqueles cujas imagens aparecem na televisão - não se resumem às remunerações expressamente previstas nos contratos

alegando descumprimento do contrato celebrado para realização de programa televisivo e, conseqüentemente, pleiteando o pagamento da cláusula penal pactuada de R\$ 1 milhão.

O STJ manteve as decisões das instâncias inferiores, a fim de confirmar a redução da cláusula penal para R\$ 500 mil, tendo em vista que o contrato havia sido cumprido pela metade do período pactuado — embora haja a afirmação expressa de que o critério adotado para solução do caso foi equidade, e não proporcionalidade. Isso demonstra que cláusulas penais estão sujeitas à redução por equidade pelos tribunais brasileiros.

Na Alemanha, similarmente, o § 343 do BGB⁵⁵³ autoriza que os juízes reduzam a cláusula penal para uma quantia razoável e apropriada, considerando-se todos os interesses legítimos do credor, que não se limitam aos interesses financeiros. Apenas em matéria de contratos comerciais, as cláusulas penais, como pactuadas pelas partes, são respeitadas, eis que o Código Comercial alemão, HGB, veda a sua redução⁵⁵⁴.

Ainda assim, o BVerfG — Supremo Tribunal Federal alemão — já teve a oportunidade de reduzir cláusula penal de contrato comercial, por ser 840 vezes superior ao preço do bem

celebrados com as emissoras. É que o direito de imagem e conexos desse profissionais costumam ser valiosos, conferindo aos empregadores grandes lucros com sua exibição, realização de merchandising de variados bens de consumo, comercialização de intervalos publicitários, entre outros. 6. Daí se extrai a justificativa para que a indenização arbitrada para o caso de rompimento imotivado do presente contrato tenha sido de expressiva monta. É que as eventuais perdas e danos da emissora também foram utilizadas como parâmetro caso o artista rescindisse a avença. Desse modo, a assessoria jurídica da ré com certeza avaliou o fato de que a limitação da cláusula penal à obrigação remuneratória não cobriria os custos arcados, nem tampouco os ganhos eventualmente perdidos com a rescisão antecipada. 7. Nesse passo, caso limitada a cláusula penal à obrigação remuneratória atribuída ao artista, o princípio da equivalência entre as partes não seria observado, pois o valor da multa teria limites diversos a depender do transgressor do termo de vigência contratual. Para o cantor, o valor máximo de R\$ 480.000,00 (quatrocentos e oitenta mil reais), em razão da remuneração anual prevista, e, para a emissora, a quantia de R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais) poderia ser considerada insuficiente diante dos prejuízos experimentados. 8. A redução da aludida multa para R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais), pelas instâncias ordinárias, em razão do cumprimento parcial do prazo estabelecido no contrato, observou o critério da equidade, coadunando-se com o propósito inserto na cláusula penal compensatória: prévia liquidação das perdas e danos experimentados pela parte prejudicada pela rescisão antecipada e imotivada do pacto firmado, observada as peculiaridades das obrigações aventadas. 9. Recurso especial não provido. (REsp 1466177/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 20/06/2017, DJe 01/08/2017).

⁵⁵³ § 343 (1), BGB. Ist eine verwirkte Strafe unverhältnismäßig hoch, so kann sie auf Antrag des Schuldners durch Urteil auf den angemessenen Betrag herabgesetzt werden. Bei der Beurteilung der Angemessenheit ist jedes berechnete Interesse des Gläubigers, nicht bloß das Vermögensinteresse, in Betracht zu ziehen. Nach der Entrichtung der Strafe ist die Herabsetzung ausgeschlossen. Em tradução livre: Se a cláusula penal é desproporcionalmente elevada, uma decisão judicial pode reduzi-la para uma quantia razoável. Para fins de avaliação da sua adequação, todos os interesses legítimos do credor devem ser levados em consideração, e não apenas interesses meramente financeiros. Uma vez paga a cláusula penal, fica inviabilizado o direito de redução.

⁵⁵⁴ §348, HGB. Eine Vertragsstrafe, die von einem Kaufmann im Betriebe seines Handelsgewerbes versprochen ist, kann nicht auf Grund der Vorschriften des § 343 des Bürgerlichen Gesetzbuchs herabgesetzt werden. Em tradução livre: A cláusula penal inserida em contratos empresariais não pode ser reduzida com base na regra do § 343 do BGB.

vendido⁵⁵⁵, valendo-se da cláusula geral de boa-fé estabelecida no §242 do BGB⁵⁵⁶. Verifica-se, portanto, a semelhança de tratamento ao tema no direito brasileiro e no direito alemão, tendo em vista que os tribunais possuem autonomia para rever as estipulações das partes no que tange cláusulas penais.

Dito isso, reforçamos dois argumentos desenvolvidos neste trabalho, quais sejam, (i) a aproximação — e até mesmo desnecessidade de distinção — da responsabilidade contratual e da responsabilidade extracontratual (afinal, a possibilidade de antecipação convencional da indenização através de cláusulas penais é restrita), bem como (ii) a limitação da indenização ao exato prejuízo experimentado, ainda que as partes tenham pactuado previamente montante superior em cláusula penal.

Diante de todo o exposto, pode-se concluir que os ordenamentos jurídicos brasileiro e alemão vedam, pelo menos *prima facie*, a fixação de indenizações em montante superior ao dano, ainda que o inadimplemento tenha sido doloso. Afinal, como visto com detalhes acima, a indenização se mede única e exclusivamente pela extensão do dano, tendo em vista seu caráter ressarcitório.

Consequentemente, proíbe-se, a rigor, a aplicação de danos punitivos ou de utilização de quaisquer outros métodos para fixação de danos, independentemente da gravidade ou reiteração da conduta. Ainda assim, o direito positivado não impediu que a doutrina e os tribunais estudassem e até mesmo aplicassem esses outros métodos para arbitrar indenizações (inclusive em casos envolvendo responsabilidade contratual).

Tendo em vista que o posicionamento a ser adotado pelos tribunais ao redor do mundo a respeito dessa matéria tem o condão de estimular ou inibir o descumprimento contratual, impactando, por conseguinte, na formação e na execução dos contratos, imperioso discutirmos os meios mais eficazes e adequados para fixação de indenizações⁵⁵⁷ (ainda que isso signifique

⁵⁵⁵ PARGENDLER, Mariana Souza. The Role of the State in Contract Law: The Common-Civil Law Divide. *Yale Journal of International Law*, New Haven, v. 43, n. 1, p. 143-189, mar/2018. p. 171.

⁵⁵⁶ Sobre o referido dispositivo legal, convém mencionar as lições de Bruno Miragem: “A origem das cláusulas gerais nos sistemas jurídicos de direito romano-germânico certamente não é nova. Comumente é reconhecido o Código Civil alemão (*Bürgerliches Gesetzbuch*), de 1900, como a primeira codificação a fazer uso da técnica legislativa das cláusulas gerais, sobretudo em face da criativa utilização que a jurisprudência alemã fará adiante de expressões como a boa-fé e os bons costumes, referidas, respectivamente, no § 242 (boa-fé dos contratantes no cumprimento dos contratos), no § 138 (nulidade dos negócios contrários aos bons costumes) e no § 826 (dever de indenizar danos causados contra os bons costumes)”. MIRAGEM, Bruno. Função social do contrato, boa-fé e bons costumes: nova crise dos contratos e a reconstrução da autonomia negocial pela concretização das cláusulas gerais. In: MARQUES, Claudia Lima. **A nova crise do contrato: estudos sobre a nova teoria contratual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 185-186.

⁵⁵⁷ Para reforçar a importância do debate, convém transcrever os comentários de Paulo Jorge Scartezini Guimarães: “Não é de hoje que se discute sobre as consequências jurídicas do descumprimento de um contrato, principalmente no tocante ao modo de se calcular a indenização pelos prejuízos sofridos pelo contratante frustrado”. GUIMARÃES, Paulo Jorge Scartezini. Responsabilidade civil e interesse contratual positivo e

extrapolar os limites dos danos efetivamente sofridos). Nesse sentido, Armando Pinheiro e Jairo Saddi defendem que cabe ao direito manipular corretamente os incentivos pecuniários⁵⁵⁸, a fim de pautar a conduta dos cidadãos, em matéria de contratos, conforme a boa-fé objetiva e a eficiência.

Aliás, a escolha dos interesses tutelados pela proteção estatal, e dos respectivos interesses sacrificados, não pode ser resultado de critérios objetivos nem de leis naturais, mas sim da vontade humana⁵⁵⁹, corroborando a necessidade de discutirmos as consequências do inadimplemento contratual. O próximo capítulo desse trabalho, portanto, se propõe a analisar métodos de fixação de indenização que desafiam os limites impostos pelo ordenamento jurídico brasileiro, desconsiderando-se o critério legal de extensão do dano.

negativo (em caso de descumprimento contratual). **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v. 16, n. 63, p. 33-58, jul./set. 2015. p. 2.

⁵⁵⁸ PINHEIRO, Armando Manuel da Rocha Castelar; SADDI, Jairo. **Direito, economia e mercados**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 90.

⁵⁵⁹ IRTI, Natalino; COPETTI NETO, Alfredo (Trad.); TRINDADE, André Karam (Trad.). **Direito e Economia**. **Revista de Direito Privado**. São Paulo, v. 16, n. 62, p. 13-21, abr./jun. 2015. p. 13.

2.2 MÉTODOS DE FIXAÇÃO DE INDENIZAÇÃO QUE DESAFIAM A LIMITAÇÃO DAS PERDAS E DANOS

Indenizações por inadimplemento contratual (e, também, advindas de responsabilidade aquiliana) são limitadas ao montante do prejuízo incorrido pelo lesado. Todavia, paulatinamente a doutrina e a jurisprudência têm discutido métodos de fixações de indenizações que desconsideram essa limitação: neste capítulo, analisaremos dois deles, danos punitivos e lucro da intervenção.

2.2.1 Danos punitivos

Como vimos no primeiro capítulo deste trabalho, as penas privadas⁵⁶⁰ surgidas no direito romano foram superadas e eliminadas com a evolução histórica⁵⁶¹. Nos países de *civil law*, como Brasil e Alemanha, indenizações que atendem funções punitivas são até hoje, em tese, proibidas⁵⁶².

Entretanto, o mesmo sabidamente não se pode dizer dos países de *commom law*. Dois casos britânicos são apontados como paradigmáticos para o surgimento dos famigerados danos punitivos, quais sejam, *Wilkes v. Wood* e *Huckle v. Money*, nos quais o Judiciário inglês reconheceu expressamente, de forma inovadora, que os jurados poderiam exceder o montante necessário para compensar o lesado em caso de danos oriundos de atos ilícitos⁵⁶³.

As cortes inglesas então passaram a misturar as funções da indenização: compensar a vítima e punir o ofensor simultaneamente⁵⁶⁴, sendo que, neste último caso, danos punitivos eram concedidos com o propósito de humilhar e insultar o causador do dano⁵⁶⁵. Com o passar do tempo, todavia, as indenizações exemplares passaram a ser limitadas à extensão do dano, dada a sua natureza estritamente compensatória⁵⁶⁶.

⁵⁶⁰ Conforme lição de Jan Dirk Harke, verifica-se indenização punitiva no direito das obrigações sempre que o responsável é obrigado a fazer mais do que o ofensor efetivamente perdeu ou quando ocorrer uma diferenciação entre os tipos de ofensores. HARKE, Jan Dirk. **Allgemeines Schuldrecht**. Berlin, Heidelberg: Imprint: Springer, 2010. p. 259-260.

⁵⁶¹ MÖLLER, Reinhard. **Das Präventionsprinzip des Schadensrechts**. Berlin: Duncker & Humblot, 2006. p. 48-49.

⁵⁶² MORAES, Maria Celina Bodin de. Punitive damages em sistemas civilistas: problemas e perspectivas. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v. 18, p. 45-78, abr./jun. 2004. p. 70.

⁵⁶³ MARRERO, Andrew W. Punitive Damages: Why the Monster Thrives. **Georgetown Law Journal**, Washington, v. 105, n. 4, p. 767-818, abr. 2017. p. 777.

⁵⁶⁴ MARTINS COSTA, Judith. PARGENDLER, Mariana Souza. Usos e abusos da função punitiva: punitive damages e o Direito brasileiro. **Revista CEJ**, Brasília, n. 28, p. 15-32, mar. 2005. p. 17.

⁵⁶⁵ SEBOK, Anthony J. Punitive damages in the United States. In: KOZIOL, Helmut (Ed.); WILCOX, Vanessa (Ed.). **Punitive damages: Commom Law and Civil Law perspectives**. Mörlenbach: Springer, 2009. p. 159.

⁵⁶⁶ MORAES, Maria Celina Bodin de. Punitive damages em sistemas civilistas: problemas e perspectivas. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v. 18, p. 45-78, abr./jun. 2004. p. 56.

Assim, na segunda metade do século XX, os danos punitivos tiveram sua aplicação limitada apenas a casos específicos⁵⁶⁷ — entendimento este que é, atualmente, objeto de críticas e objeções, tanto pela doutrina, como pela jurisprudência⁵⁶⁸. Contudo, foi nos Estados Unidos que essa forma de fixação de indenização se tornou relevante, sendo atualmente referência no mundo (e objeto dos principais trabalhos comparativos sobre o tema)⁵⁶⁹.

Genay v. Norris foi o primeiro caso americano em que foram concedidos danos punitivos: a parte ré havia drogado a parte autora (ao colocar um remédio na sua taça de vinho) em virtude de uma antiga rivalidade⁵⁷⁰. As circunstâncias do caso e a gravidade da conduta teriam autorizado que a indenização excedesse o dano efetivamente sofrido, com a finalidade de punir o ofensor.

Com a evolução do direito americano, a doutrina começou a defender a aplicação de danos punitivos com base em *deterrence*, isto é, uma finalidade dissuasória⁵⁷¹, e não mais apenas como uma sanção direcionada ao ofensor. Significa dizer que a indenização punitiva visa a punir o ofensor pela ação ilícita, bem como dissuadir ele e o público em geral de cometer ato similar⁵⁷².

Com isto, as hipóteses de cabimento de danos punitivos foram sendo gradativamente restringidas — tal qual ocorrido no Reino Unido. Atualmente, a aplicação dos danos punitivos nos Estados Unidos se limita aos casos de responsabilidade extracontratual que envolvam malícia, descaso, tenacidade, opressão, fraude, dentre outros⁵⁷³.

Apesar da sua reiterada aplicação, as cortes e júris americanos não tinham, até recentemente, nenhuma limitação quanto ao montante dos danos punitivos, de modo que não

⁵⁶⁷ As três hipóteses de cabimento de danos punitivos no Reino Unido, segundo Maria Celina Bodin de Moraes, eram (i) “quando a administração pública privar um cidadão de seus direitos fundamentais”, (ii) quando o ofensor lucrar em decorrência da sua conduta culposa ou (iii) em outros casos expressamente previstos em lei. MORAES, Maria Celina Bodin de. Punitive damages em sistemas civilistas: problemas e perspectivas. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v. 18, p. 45-78, abr./jun. 2004. p. 56.

⁵⁶⁸ A Câmara dos Lordes decidiu, no caso *Kuddus v. Chief Constable of Leicestershire Constabulary*, julgado em 2001, que danos punitivos podem ser concedidos por qualquer ilícito (e não apenas em hipóteses específicas, como antes referido). ROWAN, Solène. Reflections on the Introduction of Punitive Damages for Breach of Contract. **Oxford Journal of Legal Studies**, Oxford, v. 30, n. 3, p. 495-517, jul. 2010. p. 498.

⁵⁶⁹ Ressalva-se, contudo, que é senso comum que nem todos os estados americanos permitem danos punitivos. Especificamente, Louisiana (estado de *civil law*), Nebraska, New Hampshire, Massachusetts e Washington são estados que não reconhecem (pelo menos não de forma ampla e irrestrita) o instituto. SEBOK, Anthony J. Punitive damages in the United States. In: KOZIOL, Helmut (Ed.); WILCOX, Vanessa (Ed.). **Punitive damages: Common Law and Civil Law perspectives**. Mörlenbach: Springer, 2009. p. 155.

⁵⁷⁰ SEBOK, Anthony J. Punitive damages in the United States. In: KOZIOL, Helmut (Ed.); WILCOX, Vanessa (Ed.). **Punitive damages: Common Law and Civil Law perspectives**. Mörlenbach: Springer, 2009. p. 160.

⁵⁷¹ SEBOK, Anthony J. Punitive damages in the United States. In: KOZIOL, Helmut (Ed.); WILCOX, Vanessa (Ed.). **Punitive damages: Common Law and Civil Law perspectives**. Mörlenbach: Springer, 2009. p. 167.

⁵⁷² MARRERO, Andrew W. Punitive Damages: Why the Monster Thrives. **Georgetown Law Journal**, Washington, v. 105, n. 4, p. 767-818, abr. 2017. p. 771-772.

⁵⁷³ MARTINS COSTA, Judith. PARGENDLER, Mariana Souza. **Usos e abusos da função punitiva: punitive damages e o Direito brasileiro**. Revista CEJ, Brasília, n. 28, p. 15-32, mar. 2005. p. 19.

era possível antever o custo de uma ação. O precedente mais simbólico apontado pela doutrina sobre a imprevisibilidade dos danos punitivos é *Liebeck v. McDonald's Restaurant* (1994)⁵⁷⁴.

Neste processo, a parte autora recebeu a quantia de US\$ 2.7 milhões em danos punitivos, além de US\$ 160 mil em danos compensatórios, em decorrência de queimaduras causadas pela alta temperatura do café vendido pelo McDonald's⁵⁷⁵. Embora a condenação a título de danos punitivos tenha sido reduzida para US\$ 480 mil, este caso se tornou paradigmático para demonstrar o excesso e a desproporcionalidade dessa espécie de dano⁵⁷⁶.

Como consequência, no histórico precedente *BMW of North America, Inc. v. Gore* (1996), a Suprema Corte Americana admitiu um recurso que visava a revisar o montante dos danos punitivos, sob o argumento de que indenizações excessivas violam o devido processo legal⁵⁷⁷. O caso envolvia representação fraudulenta em contrato de venda de carro e teve indenização fixada em US\$ 2 milhões, valor que correspondia a 500 vezes o dano efetivamente sofrido, no montante de US\$ 4 mil⁵⁷⁸.

Neste precedente, a Suprema Corte americana estabeleceu três diretrizes para cálculo de *punitive damages*, a fim de balizar as cortes inferiores⁵⁷⁹. Estas balizas são as seguintes⁵⁸⁰: (i) grau de reprovabilidade da conduta do réu (que pode ser aferida ao verificar se o prejuízo é puramente econômico ou físico, se a ação foi praticada com descaso imprudente em detrimento à saúde e segurança de terceiros, se a vítima do dano é economicamente vulnerável, se o ilícito

⁵⁷⁴ Ao comentar o julgado, Maria Celina Bodin de Moraes explica que “a crítica generalizada neste caso, e o seu aspecto mais incompreensível para a opinião pública, parece estar no fato de que a Sra. Liebeck buscou reparação para algo que não era nada mais do que um acidente cotidiano e que lhe cabia evitar, porque estava inteiramente no seu âmbito de ação”. Isso porque o acidente com o café ocorreu dentro do seu carro, após aquisição no *drive-through*, consistindo em “hipótese típica de culpa exclusiva da vítima”. Entretanto, segundo a referida jurista, uma simples narrativa do precedente é insuficiente para demonstrar as particularidades do caso concreto. Especificamente, a Sra. Liebeck solicitou administrativamente ao McDonald's que diminuísse a temperatura do café vendido, além do ressarcimento pelos danos materiais sofridos. Diante da recusa da empresa (que lhe ofereceu apenas US\$ 800, ela ajuizou a ação judicial. Durante o julgamento, um perito testemunhou que se a temperatura do café vendido fosse reduzida em 10°, o tempo até que a bebida causasse queimaduras de segundo grau reduziria de 3,5 segundos, como ocorrido com a Sra. Liebeck, para 8 segundos. Ainda, comprovou-se que a empresa teria recebido 700 queixas de queimaduras em 10 anos e ainda assim teria se recusado em diminuir a temperatura do café. MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Processo, 2017. p. 230-231.

⁵⁷⁵ SEBOK, Anthony J. Punitive damages in the United States. In: KOZIOL, Helmut (Ed.); WILCOX, Vanessa (Ed.). **Punitive damages: Common Law and Civil Law perspectives**. Mörlenbach: Springer, 2009. p. 166.

⁵⁷⁶ SEBOK, Anthony J. Punitive damages in the United States. In: KOZIOL, Helmut (Ed.); WILCOX, Vanessa (Ed.). **Punitive damages: Common Law and Civil Law perspectives**. Mörlenbach: Springer, 2009. p. 166.

⁵⁷⁷ MORAES, Maria Celina Bodin de. Punitive damages em sistemas civilistas: problemas e perspectivas. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v. 18, p. 45-78, abr./jun. 2004. p. 61.

⁵⁷⁸ MARRERO, Andrew W. Punitive Damages: Why the Monster Thrives. **Georgetown Law Journal**, Washington, v. 105, n. 4, p. 767-818, abr. 2017. p. 768.

⁵⁷⁹ SAVI, Sérgio. **Responsabilidade civil do enriquecimento sem causa**. São Paulo: Atlas, 2012. p. 79.

⁵⁸⁰ Esses critérios foram então utilizados em diversos outros casos, tais quais *Cooper Industries, Inc. v. Leatherman Tool Group, Inc.* (2001), *State Farm Mutual Automobile Insurance Co. v. Campbell et al* (2003). MARTINS COSTA, Judith. PARGENDLER, Mariana Souza. **Usos e abusos da função punitiva: punitive damages e o Direito brasileiro**. Revista CEJ, Brasília, n. 28, p. 15-32, mar. 2005. p. 19.

foi praticado uma única vez ou repetidamente, bem como se o dano resultou de uma intenção ou de mero acidente); (ii) disparidade entre o dano efetivo ou potencial e os *punitive damages*; e (iii) diferença entre e as multas civis e sanções impostas em casos semelhantes e os *punitive damages*⁵⁸¹.

Desde que respeitadas tais balizas e suas hipóteses de cabimento, os júris têm discricionariedade para aplicar danos punitivos nos Estados Unidos⁵⁸². Em contrapartida, a aplicação deste instituto no Brasil é bastante controversa: grande parte da doutrina nacional se posiciona contrariamente à aplicação de danos punitivos, sobretudo diante da inexistência de permissão legal⁵⁸³.

Nesse sentido, afirma-se que cabe ao direito penal preocupar-se com o agente, e ao direito civil, ao contrário, “inquietar-se com a vítima”⁵⁸⁴. Assim como nos Estados Unidos⁵⁸⁵, os juristas brasileiros que criticam os danos punitivos se valem, primordialmente, do excesso e da imprevisibilidade das condenações⁵⁸⁶.

Isso não impediu, contudo, que a doutrina (ou pelo menos parte dela) discutisse e que os tribunais aplicassem danos punitivos, com base em diferentes argumentos, como, por exemplo, na estipulação do parágrafo único do artigo 944 do Código Civil⁵⁸⁷, que invoca a desproporção entre a gravidade da culpa e o dano. Nesse sentido, embora defenda posicionamento contrário, no sentido de que uma intensa culpabilidade em face de um dano

⁵⁸¹ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana**: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. 2. ed. Rio de Janeiro: Processo, 2017. p. 240.

⁵⁸² SEBOK, Anthony J. Punitive damages in the United States. In: KOZIOL, Helmut (Ed.); WILCOX, Vanessa (Ed.). **Punitive damages**: Common Law and Civil Law perspectives. Mörlenbach: Springer, 2009. p. 155.

⁵⁸³ Esse é o posicionamento, por exemplo, de Maria Celina Bodin de Moraes. MORAES, Maria Celina Bodin de. Punitive damages em sistemas civilistas: problemas e perspectivas. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v. 18, p. 45-78, abr./jun. 2004. p. 74. Sérgio Savi também se posiciona nesse sentido no seu livro dedicado ao lucro da intervenção, pelos seguintes argumentos: “(i) uma vez que não prevista em lei, a indenização punitiva implicaria em punição sem prévia cominação legal, conferindo um cheque em branco para o juiz cível ferir o princípio da tipicidade (*nullum crimen, nulla poena sine lege*); (ii) vários atos geradores de dano moral também são crimes, o que acarretaria um *bis in idem*, especialmente com a previsão de sanção pecuniária no direito penal (Lei nº 9.714/98); (iii) tramitando na vara cível, a ação segue os mecanismos processuais/recursais do direito processual, sem as garantias típicas do procedimento penal; (iv) o efeito punitivo é mitigado no âmbito civil porque nem sempre o responsável é o culpado (como nos casos de seguro de dano) e, nestes casos, o verdadeiro culpado não será punido.” SAVI, Sérgio. **Responsabilidade civil do enriquecimento sem causa**. São Paulo: Atlas, 2012. p. 82.

⁵⁸⁴ FACCHINI NETO, Eugênio. Da responsabilidade civil no novo código. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, Porto Alegre, v. 76, n. 1, p. 17-63, jan./mar. 2010. p. 26.

⁵⁸⁵ Ressalta-se, contudo, que, segundo Anthony Sebok os danos punitivos são de certa forma previsíveis nos Estados Unidos, levando-se em consideração o tipo de caso em que eles são aplicados. SEBOK, Anthony J. Punitive damages in the United States. In: KOZIOL, Helmut (Ed.); WILCOX, Vanessa (Ed.). **Punitive damages**: Common Law and Civil Law perspectives. Mörlenbach: Springer, 2009. p. 158.

⁵⁸⁶ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana**: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. 2. ed. Rio de Janeiro: Processo, 2017. p. 229.

⁵⁸⁷ Artigo 944, Código Civil. A indenização mede-se pela extensão do dano. Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização.

reduzido não autorizaria majoração da indenização, Eugênio Facchini Neto afirma que o dispositivo legal em análise tem o condão de gerar tal discussão⁵⁸⁸, adiantando o tema proposto neste trabalho.

Ainda assim, diversos outros juristas entendem que o disposto no artigo 944 do Código Civil autoriza única e exclusivamente a redução equitativa das indenizações⁵⁸⁹, inexistindo autorização para majorá-las, tampouco espaço para interpretação extensiva⁵⁹⁰. Vale mencionar que o Código Civil português possui dispositivo idêntico (artigo 494⁵⁹¹), que também se vale de critérios típicos dos danos punitivos para reduzir equitativamente indenizações causadas por “mera culpa”⁵⁹².

A diferença é que, no ordenamento jurídico português, esses critérios são utilizados também para fins de fixação de danos extrapatrimoniais, uma vez que o dispositivo que os regulamenta no Código Civil (artigo 496) determina que “[o] montante da indemnização é fixado equitativamente pelo tribunal, tendo em atenção, em qualquer caso, as circunstâncias referidas no artigo 494.”⁵⁹³. Ou seja: o direito positivado português autoriza a utilização de critérios punitivos para fixação de indenizações por danos extrapatrimoniais, além de autorizar a redução equitativa de indenizações com base no grau de culpabilidade do agente, na sua situação econômica (bem como do lesado) e em outras circunstâncias do caso justifiquem tal redução.

⁵⁸⁸ O jurista pontuou que: “Acreditamos, porém, que o referido parágrafo único tem suficiente potencial para, futuramente, através de uma interpretação sistemática e evolutiva, sofrer uma exegese ampliada, vindo a albergar também a possibilidade de se conceder uma indenização superior ao montante dos danos, quando patente a desproporção entre a intensidade da culpa e o valor dos danos. Uma tal possibilidade representaria a adoção, entre nós, do instituto das penas privadas.”. FACCHINI NETO, Eugênio. Da responsabilidade civil no novo código. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, Porto Alegre, v. 76, n. 1, p. 17-63, jan./mar. 2010. p. 49-50.

⁵⁸⁹ Sérgio Savi critica o referido dispositivo, que desconsidera o princípio da reparação integral, sob o pretexto de que ele vai “de encontro à evolução histórica da responsabilidade civil, que há tempos deixou de lado o grau de culpa do agente e passou a focar na vítima de um dano injusto”. SAVI, Sérgio. **Responsabilidade civil do enriquecimento sem causa**. São Paulo: Atlas, 2012. p. 68.

⁵⁹⁰ GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. **Lucros cessantes**: do bom senso ao postulado normativo da razoabilidade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 217.

⁵⁹¹ Artigo 494, Código Civil português. Quando a responsabilidade se fundar na mera culpa, poderá a indemnização ser fixada, equitativamente, em montante inferior ao que corresponderia aos danos causados, desde que o grau de culpabilidade do agente, a situação económica deste e do lesado e as demais circunstâncias do caso o justifiquem.

⁵⁹² MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana**: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. 2. ed. Rio de Janeiro: Processo, 2017. p. 227.

⁵⁹³ Artigo 496, Código Civil português. 1. Na fixação da indemnização deve atender-se aos danos não patrimoniais que, pela sua gravidade, mereçam a tutela do direito. 2 - Por morte da vítima, o direito à indemnização por danos não patrimoniais cabe, em conjunto, ao cônjuge não separado de pessoas e bens e aos filhos ou outros descendentes; na falta destes, aos pais ou outros ascendentes; e, por último, aos irmãos ou sobrinhos que os representem. 3 - Se a vítima vivia em união de facto, o direito de indemnização previsto no número anterior cabe, em primeiro lugar, em conjunto, à pessoa que vivia com ela e aos filhos ou outros descendentes. 4 - O montante da indemnização é fixado equitativamente pelo tribunal, tendo em atenção, em qualquer caso, as circunstâncias referidas no artigo 494.º; no caso de morte, podem ser atendidos não só os danos não patrimoniais sofridos pela vítima, como os sofridos pelas pessoas com direito a indemnização nos termos dos números anteriores.

Ainda que haja similitude com o direito português, o parágrafo único do artigo 944 do Código Civil é tido como uma exceção, que deve ser interpretada restritivamente⁵⁹⁴, razão pela qual o juiz não poderia aumentar o valor da indenização “devida por um ofensor gravemente culpado”⁵⁹⁵. Contudo, como mencionado anteriormente, a redação e a interpretação do referido dispositivo não impediram que os adeptos dos danos punitivos defendessem sua aplicabilidade no Brasil, tampouco que a jurisprudência se valesse do instituto para resolver casos concretos. Muito pelo contrário.

Sobre o tema, Maria Celina Bodin de Moraes aponta que a jurisprudência do STJ passou a adotar critérios como “grau de culpa” e “porte econômico das partes” para fixação do dano moral, critérios típicos do dano punitivo⁵⁹⁶. Para ilustrar, cumpre colacionar os seguintes precedentes, que corroboram as conclusões da jurista:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO (ART. 544 DO CPC) - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - ACIDENTE DE TRÂNSITO - QUANTUM INDENIZATÓRIO - VALOR ARBITRADO COM RAZOABILIDADE - DESNECESSIDADE DE INTERVENÇÃO DESTE STJ - REVISÃO - IMPRESCINDÍVEL REEXAME DE PROVAS - IMPOSSIBILIDADE - INTELIGÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ - DECISÃO MONOCRÁTICA QUE NEGOU PROVIMENTO AO AGRAVO. INSURGÊNCIA DA RÉ. (...) 2. **No que tange ao quantum indenizatório, desnecessária a excepcionalíssima intervenção deste STJ, mormente quando evidenciado que o arbitramento do valor da compensação por danos morais foi realizado com moderação, proporcionalmente ao grau de culpa, ao nível sócio-econômico do recorrido e, ainda, ao porte econômico do recorrente, orientando-se o juiz pelos critérios sugeridos pela doutrina e pela jurisprudência, com razoabilidade, fazendo uso de sua experiência e do bom senso, atento à realidade da vida e às peculiaridades do caso.** Assim, rever as conclusões consignadas no acórdão impugnado importa em reexame de matéria fático-probatória. Incidência da Súmula 7/STJ. 3. Agravo regimental desprovido. (AgRg no AREsp 165.114/PR, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 17/11/2015, DJe 23/11/2015; grifo do autor)

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. PERSEGUIÇÃO POLICIAL COM DISPARO DE PROJÉTEIS DE ARMA DE FOGO QUE RESULTOU NA PARAPLEGIA FLÁCIDA DO RECORRIDO. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E ESTÉTICOS FIXADA PELA CORTE DE ORIGEM

⁵⁹⁴ Esse é o teor do Enunciado n. 46 da I Jornada de Direito Civil, promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal em setembro de 2002, assim disposto: “A possibilidade de redução do montante da indenização em face do grau de culpa do agente, estabelecida no parágrafo único do art. 944 do novo Código Civil, deve ser interpretada restritivamente, por representar uma exceção ao princípio da reparação integral do dano”. Este dispositivo foi emendado na IV Jornada, para ressaltar a exceção de responsabilidade objetiva. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/EnunciadosAprovados-Jornadas-1345.pdf>>. Acesso em 06/11/2018.

⁵⁹⁵ SAVI, Sérgio. **Responsabilidade civil do enriquecimento sem causa**. São Paulo: Atlas, 2012. p. 74.

⁵⁹⁶ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Processo, 2017. p. 225.

COM EXORBITÂNCIA. POSSIBILIDADE DE REVISÃO PELO STJ. (...) **DIANTE DAS PARTICULARIDADES DO CASO EM EXAME (A GRAVIDADE DO DANO SUPORTADO PELO RECORRIDO, AS CONDIÇÕES ECONÔMICAS DAS PARTES E A FUNÇÃO PEDAGÓGICA DA IMPOSIÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR ATO ILÍCITO)**, o montante indenizatório deve ser reduzido para R\$ 300.000,00 (trezentos mil reais), sendo R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais) a título de danos estéticos e mais R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais) relativos aos danos morais. (REsp 945.369/RJ, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, Rel. p/ Acórdão Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 05/10/2010, DJe 18/10/2010; grifo do autor)

Em diversos outros julgados, os tribunais enaltecem expressamente a função punitiva, concedendo indenizações por dano moral que visam a reparar a vítima e, simultaneamente, punir o causador do dano⁵⁹⁷. Veja-se, especificamente, o Agravo Interno em Agravo em Recurso Especial n. 1.105.185/RJ, no qual a Primeira Turma do STJ recentemente manteve a condenação da Fundação Departamento de Estradas De Rodagem do Estado do Rio de Janeiro ao pagamento de indenização de R\$ 200 mil a título de danos morais para os pais de menor, morto em acidente de trânsito causado pelas más condições da rodovia⁵⁹⁸.

Na oportunidade, o Ministro Napoleão Nunes Maia Filho afirmou que o valor arbitrado era razoável e proporcional (o que impediria sua revisão em sede de recurso especial), eis que considerou “o grau da lesividade da conduta ofensiva e a capacidade econômica da parte pagadora”. Assim, o acórdão reconheceu que tal condenação cumpria a dupla finalidade de “amenização da dor sofrida pela vítima e punição do causador do dano, evitando-se novas ocorrências”.

O que se percebe é que a jurisprudência atribui às indenizações (em especial por dano moral) inegável caráter punitivo. Ou seja, ainda que não tenha acolhido expressamente os *punitives damages* do direito americano, é certo que os tribunais utilizam critérios de quantificação nitidamente punitivos⁵⁹⁹.

Em paralelo, grande parte da doutrina compartilha deste entendimento, embora não haja consenso, afirmando que o dano moral possui, também, caráter punitivo, além da inegável função ressarcitória⁶⁰⁰. Nesse sentido, Maria Helena Diniz aduz que “(...) a reparação do dano

⁵⁹⁷ Veja-se, exemplificativamente, os seguintes julgados do STJ: AgRg no REsp 1386808/SC, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 21/05/2015, DJe 29/05/2015; REsp 1695725/ES, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/11/2017, DJe 19/12/2017.

⁵⁹⁸ AgInt no AREsp 1105185/RJ, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 20/09/2018, DJe 01/10/2018.

⁵⁹⁹ SAVI, Sérgio. **Responsabilidade civil do enriquecimento sem causa**. São Paulo: Atlas, 2012. p. 78.

⁶⁰⁰ MELO, Nehemias Domingos de. **Dano moral**: problemática do cabimento à fixação do quantum. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.

moral tem, sob uma perspectiva funcional, um caráter satisfatório para a vítima e lesados, e punitivo para o ofensor”⁶⁰¹.

Justamente por isso, o artigo 16 do Projeto de Lei n. 6.960/2002 visava a alterar o disposto no artigo 944 do Código Civil⁶⁰², para incluir um segundo parágrafo com a seguinte redação: “A reparação do dano moral deve constituir-se em compensação ao lesado e adequado desestímulo ao lesante”⁶⁰³. Contudo, a Comissão de Constituição e Justiça da Câmara se manifestou pela rejeição do referido Projeto, sob o argumento de que “[o] critério para cálculo do valor da indenização do dano, tanto para o material quanto para o moral, deve ser o da sua extensão”.

O que se percebe é que o legislador brasileiro vetou o reconhecimento do caráter punitivo do dano moral, ao analisar o tema em 2002. Ainda assim, Judith Martins Costa e Mariana Pargendler esclarecem que parte da doutrina defende a sua implementação no Brasil independentemente de qualquer alteração legislativa, na medida em que o artigo 944 do Código Civil seria aplicável tão somente para danos patrimoniais, até porque não há como mensurar monetariamente a extensão do dano não patrimonial⁶⁰⁴.

Significa dizer que, para esses doutrinadores, danos morais não estão sujeitos a qualquer limitação, o que autorizaria danos punitivos⁶⁰⁵. Afinal, o dano moral não pode ser “reparado”, mas apenas “compensado”, tanto que se admite reparação não pecuniária.

Anderson Schreiber ilustra essa faculdade com o exemplo da retratação pública, sob o argumento de que tal modalidade de reparação, além de satisfazer o “binômio lesão existencial-reparação pecuniária” também produz “efeitos de desestímulo à conduta praticada (a festejada *deterrence* do direito anglo-saxônico)”⁶⁰⁶. Seguindo essa linha de raciocínio, seria viável defender que a limitação das indenizações instituída pelo Código Civil diz respeito apenas aos danos materiais, eis que danos morais estão sujeitos à outra sistemática de compensação, que não se limitam ao pagamento em dinheiro.

⁶⁰¹ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**: responsabilidade civil. v. VII. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 139.

⁶⁰² Sobre o tema, convém transcrever comentários da doutrina sobre o referido projeto de lei, à época ainda em trâmite: “Este dispositivo, digno de encômios, se aplicado com a devida cautela, autorizará o juiz, seguindo posicionamento já assentado em Tribunais da Europa, a impor indenizações por dano moral com caráter educativo e sancionador, especialmente se o agente causador do dano é reincidente.” GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**: abrangendo o Código de 1916 e o novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 319.

⁶⁰³ Disponível em <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=56549>>. Acesso em: 09/10/2018.

⁶⁰⁴ MARTINS COSTA, Judith. PARGENDLER, Mariana Souza. Usos e abusos da função punitiva: punitive damages e o Direito brasileiro. **Revista CEJ**, Brasília, n. 28, p. 15-32, mar. 2005. p. 22.

⁶⁰⁵ MARTINS COSTA, Judith. PARGENDLER, Mariana Souza. **Usos e abusos da função punitiva**: punitive damages e o Direito brasileiro. **Revista CEJ**, Brasília, n. 28, p. 15-32, mar. 2005. p. 22.

⁶⁰⁶ SCHREIBER, Anderson. **Reparação não pecuniária dos danos morais**. SCHREIBER, Anderson. **Reparação não pecuniária dos danos morais**. **Revista VOXLEX**, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 51-67 mar./abr. 2016. p. 58.

E, tendo em vista que a reparação não pecuniária pode ter efeitos de *deterrence* — finalidade tipicamente utilizada para justificar danos punitivos —, a indenização pecuniária igualmente poderia se valer destes efeitos. Entretanto, Anderson Schreiber defende exatamente o oposto, criticando a utilização de caráter próprio do direito penal no direito civil, sob o pretexto de que “[a] abertura à reparação não-pecuniária não significa que o juiz tenha o poder de impor punições ao réu pela conduta lesiva”⁶⁰⁷.

Assim, segundo o jurista, qualquer que seja a consequência do dano (retratação pública, por exemplo)⁶⁰⁸, a sua finalidade deve ser “sempre e exclusivamente a reparação do dano”⁶⁰⁹. Todavia, tal posicionamento parece contrário às correntes modernas e, independentemente das críticas, é certo que a aplicação de danos punitivos no direito brasileiro é objeto de relevante debate doutrinário e jurisprudencial⁶¹⁰.

Mas não somente condenações por danos morais têm adotado critérios nitidamente punitivos. A propósito, veja-se a ação civil pública n. 0412318-20.2015.8.19.0001 ajuizada pela Associação Brasileira de Defesa do Consumidor e Trabalhador contra a Volkswagen do Brasil Ltda. em virtude da utilização de software que manipula o resultado da emissão de gases poluentes.

Naquele processo, a sentença condenou a Volkswagen do Brasil Ltda. a pagar indenização de R\$ 54 mil a título de danos materiais e de R\$ 10 mil a título de danos morais para cada um dos cerca de 17 mil consumidores lesados (proprietários dos automóveis que continham o software fraudulento), bem como R\$ 1 milhão a título de dano coletivo, com caráter punitivo pedagógico, destinado ao Fundo Nacional de Defesa do Consumidor. Vejamos excerto da sentença⁶¹¹:

No mérito, a ré afirma que os danos seriam hipotéticos. Esse argumento não merece prosperar, uma vez que **a simples existência de um dispositivo que**

⁶⁰⁷ SCHREIBER, Anderson. Reparação não pecuniária dos danos morais. SCHREIBER, Anderson. Reparação não pecuniária dos danos morais. **Revista VOXLEX**, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 51-67mar./abr. 2016. p. 63.

⁶⁰⁸ Similarmente, Marcos Catalan advoga pelo caráter reparatório da indenização, sob o pretexto de que “a imposição do dever de reparar não pode ser pensada como sanção repressora de um comportamento prehe de culpa”. Ainda assim, o referido jurista comenta a possibilidade de outras formas de reparação não pecuniárias, tais quais retratação pública ou outras formas de tutela específica⁶⁰⁸ — o que sugeriria que a pretensão indenizatória não deve necessariamente ser medida ou quantificada pela exata extensão do dano. CATALAN, Marcos. **A morte da culpa na responsabilidade contratual**. 2011. 347f. Tese de doutorado – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. p. 69-71.

⁶⁰⁹ SCHREIBER, Anderson. Reparação não pecuniária dos danos morais. SCHREIBER, Anderson. Reparação não pecuniária dos danos morais. **Revista VOXLEX**, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 51-67mar./abr. 2016. p. 63.

⁶¹⁰ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Processo, 2017. p. 219.

⁶¹¹ Até a entrega deste trabalho, os recursos de apelação interpostos pela Volkswagen do Brasil Ltda. e pelo Ministério Público contra a sentença acima transcrita ainda não haviam sido julgados pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

manipule resultados de emissão de gases poluentes já configura um ato não só ilegal, mas imoral e desleal ao meio ambiente e ao consumidor.

Essa atitude da empresa ré, além de ferir o princípio da boa-fé, encaixa-se flagrantemente na infração relativa à poluição, disposta no artigo 71 do Decreto 6.514/2008, senão vejamos: Art. 71. Alterar ou promover a conversão de qualquer item em veículos ou motores novos ou usados que provoque alterações nos limites e exigências ambientais previstas na legislação: **Os danos se configuram na medida em que, além de enganados pela ré, com dispositivo fraudulento, o valor dos veículos com esse software diminui além do normal, uma vez que, devido à velocidade das informações, todos que forem procurar um veículo Amarak para comprar irão oferecer um valor muito inferior ao normal, em decorrência dessa fraude amplamente difundida pela mídia. Assim, o dano estaria associado à perda do valor de mercado e de seu veículo e pela diminuição da performance associada ao software.** Além dos danos morais, claramente demonstrados no caso em tela, devido ao fato de os consumidores terem sido vítimas de uma fraude comercial de proporção global. A atitude da ré contraria diversos dispositivos legais e princípios do ordenamento jurídico brasileiro. (grifo do autor)

Esse julgado corrobora a assertiva de que os aplicadores do direito têm paulatinamente defendido a necessidade de atentarmos aos aspectos econômicos e preventivos⁶¹² da responsabilidade civil. Ainda assim, muitos dos seus adeptos autorizam a aplicação de danos punitivos apenas em casos de responsabilidade aquiliana, tendo em vista que a indenização pode ser vista também como uma lição⁶¹³ — excluindo o instituto em litígios contratuais.

Aliás, inclusive nos Estados Unidos defende-se a inaplicabilidade de danos punitivos em litígios oriundos de contratos⁶¹⁴, sob o pretexto de que eles estariam restritos somente aos casos de responsabilidade aquiliana⁶¹⁵, se comprovado dolo⁶¹⁶. Nesse aspecto, paradoxalmente, os países de *commom law* não admitem *penalty clauses*⁶¹⁷, mas apenas *liquidated damages*

⁶¹² Sobre a distinção entre as funções punitiva e preventiva, convém transcrever os comentários de Maria Celina Bodin de Moraes: “Há, de fato, quem distinga a função punitiva da função preventiva, conectando essa última a um objetivo utilitarista, no sentido de avaliação de sua utilidade para prevenir danos futuros, e não para retribuir danos passados – característica própria de juízo punitivo. Ocorre que, mediante tal perspectiva, será possível deduzir que uma conduta gravemente dolosa possa não constituir pré-requisito necessário e suficiente à imposição de penalidade, justamente por ser de difícil repetição; de outro lado, uma conduta menos grave, mas que possa ser facilmente imitada, mereceria, na finalidade preventiva, uma condenação maior. Este parece ser o problema principal da justiça/injustiça das sentenças exemplares e dos chamados ‘bodes expiatórios’”. MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Processo, 2017. p. 225-226.

⁶¹³ MIRAGEM, Bruno. **Direito civil: responsabilidade civil**. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 358.

⁶¹⁴ ROWAN, Solène. Reflections on the Introduction of Punitive Damages for Breach of Contract. **Oxford Journal of Legal Studies**, Oxford, v. 30, n. 3, p. 495-517, jul. 2010. p. 497.

⁶¹⁵ Ao abordar as distinções entre os regimes de responsabilidade, Solène Rowan explica que uma possível justificativa para limitar danos punitivos aos casos de responsabilidade aquiliana, no direito inglês, é a percepção de que o ato ilícito é mais sério e grave do que o inadimplemento contratual. ROWAN, Solène. Reflections on the Introduction of Punitive Damages for Breach of Contract. **Oxford Journal of Legal Studies**, Oxford, v. 30, n. 3, p. 495-517, jul. 2010. p. 506

⁶¹⁶ MARTINS COSTA, Judith. PARGENDLER, Mariana Souza. **Usos e abusos da função punitiva: punitive damages e o Direito brasileiro**. Revista CEJ, Brasília, n. 28, p. 15-32, mar. 2005. p. 19.

⁶¹⁷ ROWAN, Solène. Reflections on the Introduction of Punitive Damages for Breach of Contract. **Oxford Journal of Legal Studies**, Oxford, v. 30, n. 3, p. 495-517, jul. 2010. p. 509.

clauses, que estabelecem antecipadamente o valor da indenização razoavelmente devida — de modo que valores excessivos a esse título não podem ser exigidos⁶¹⁸.

Ou seja, embora apliquem danos punitivos aos litígios envolvendo responsabilidade aquiliana, países de *commom law* proíbem os contratantes de fixarem antecipadamente indenização em montante superior ao dano, como bem apontou Mariana Pargendler⁶¹⁹. Essa assertiva corrobora o posicionamento de que danos punitivos seriam inaplicáveis em litígios contratuais.

Todavia, a exclusão dos danos punitivos em matéria contratual não parece fazer sentido (havendo inclusive debate, no Reino Unido, sobre eventual reconsideração da clássica abordagem)⁶²⁰. Em especial, no direito brasileiro, não haveria fundamento plausível para excluir o cabimento dos danos punitivos na responsabilidade contratual, justamente quando grande parte da doutrina e da jurisprudência vêm justamente desconsiderando a diferença entre as espécies de responsabilidade civil. Assim, se admitido o instituto no Brasil, não haveria porque limitar tal fenômeno apenas aos casos de responsabilidade extracontratual.

Convém mencionar que a jurisprudência nacional já teve a oportunidade de aplicar indenizações com caráter punitivo também em casos de responsabilidade contratual⁶²¹. Em ação movida por um grupo de naturistas contra o canal SBT, reconheceu-se danos de ordem moral pela veiculação de filmagens que haviam sido consentidas para um programa jornalístico específico também em outros dois programas, de forma depreciativa e jocosa⁶²².

O caso foi julgado pelo TJRS em 2002⁶²³, ocasião em que se reconheceu o caráter punitivo da indenização aplicada, embora em seu voto a relatora, Desembargadora Ana Lúcia

⁶¹⁸ PARGENDLER, Mariana Souza. The Role of the State in Contract Law: The Common-Civil Law Divide. **Yale Journal of International Law**, New Haven, v. 43, n. 1, p. 143-189, mar/2018. p. 170-171.

⁶¹⁹ PARGENDLER, Mariana Souza. The Role of the State in Contract Law: The Common-Civil Law Divide. **Yale Journal of International Law**, New Haven, v. 43, n. 1, p. 143-189, mar/2018. p. 171.

⁶²⁰ Especificamente, a doutrina aponta para o julgado da Câmara dos Lordes no caso *Kuddus v. Chief Constable of Leicestershire Constabulary*, no qual se decidiu que danos punitivos podem ser concedidos por qualquer ilícito (e não apenas em hipóteses específicas, como antes referido). Com base neste entendimento, passou-se a questionar se seria viável, também, conceder danos punitivos por inadimplemento contratual. ROWAN, Solène. Reflections on the Introduction of Punitive Damages for Breach of Contract. **Oxford Journal of Legal Studies**, Oxford, v. 30, n. 3, p. 495-517, jul. 2010. p. 498.

⁶²¹ SAVI, Sérgio. **Responsabilidade civil do enriquecimento sem causa**. São Paulo: Atlas, 2012. p. 29.

⁶²² Enaltece-se, para os fins propostos neste trabalho, que foi concedida indenização por dano moral em caso envolvendo responsabilidade contratual (afinal, foi celebrado contrato para autorização e concessão das filmagens), a despeito do entendimento jurisprudencial majoritário de que, a rigor, não se admite indenização a este título por mero descumprimento contratual, como visto com detalhes na seção 2.1.2.

⁶²³ O acórdão restou assim ementado: **AÇÃO DE REPARAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. NATURISMO. FILMAGEM E REPORTAGEM. AUTORIZAÇÃO PARA O FIM PRECÍPUO DE SER A REPORTAGEM MOSTRADA DE FORMA NÃO SENSACIONALISTA. EXIBIÇÃO DETURPADA NO "PROGRAMA DO RATINHO". ILEGITIMIDADE PASSIVA DA TVSBT CANAL 5 DE PORTO ALEGRE. SÃO LEGITIMADOS PARA AGIR, ATIVA E PASSIVAMENTE, OS TITULARES DOS INTERESSES EM CONFLITO: LEGITIMAÇÃO ATIVA TERÁ O TITULAR DO INTERESSE AFIRMADO NA PRETENSÃO, PASSIVA TERÁ O TITULAR DO INTERESSE QUE SE OPÕE AO AFIRMADO NA PRETENSÃO.**

Carvalho Pinto Vieira Rebout, tenha tentado afastá-la da responsabilidade contratual, ante a violação a direito personalíssimo. O acórdão constatou que “o ataque à dignidade, ideologia, decoro, intimidade, privacidade e outros direitos constitucionalmente amparados foi grotesco”, excedendo a mera negociação de imagem⁶²⁴.

Ou seja: o TJRS expressamente desconsiderou a limitação do *quantum* indenizatório estabelecida pelo Código Civil, por entender cabível a majoração da indenização, não com base na extensão do dano, mas na natureza dos interesses violados e na gravidade da conduta. Note-se, em complemento, que no voto do desembargador Adão Sérgio do Nascimento Cassiano, que compôs o julgamento, constou que “a indenização de mil salários mínimos por autor está adequada, se não para punir efetivamente uma grande emissora de televisão, que, certamente, ganhou fortunas com essa divulgação, mas que, pelo menos, fará sentir, de uma vez por todas, que no Brasil já se foram os tempos em que tudo se fazia impunemente”.

Ao reapreciar a questão, o STJ, embora tenha reduzido o *quantum* indenizatório para R\$ 200 mil em favor de cada autor, salientou a importância da natureza punitiva da indenização “para que não se concretize a vantagem dos altos índices de audiência sobre os riscos advindos da violação dos direitos constitucionalmente garantidos, honra e dignidade”⁶²⁵. Com base nos

PRELIMINAR RECHAÇADA. QUANTUM INDENIZATÓRIO. LEI DE IMPRENSA. A INDENIZAÇÃO DEVE SER FIXADA A PARTIR DOS CRITÉRIOS UTILIZADOS NAS DEMAIS DEMANDAS LASTREADAS NA REPARAÇÃO DO CÓDIGO CIVIL. SEGUEM-SE OS LINDES DO CÓDIGO CIVIL, DADO O PRINCÍPIO DA AMPLA REPARABILIDADE ESTABELECIDO NO ART. 5º, X, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. DANOS MORAIS. SITUAÇÃO QUE NÃO RECOMENDA A MITIGAÇÃO DO VALOR INDENIZATÓRIO, SENÃO AUTORIZA SEU EXASPERAMENTO, PORQUANTO OS FATOS PERPETRADOS REVELAM LESÃO QUE SE ESPRAIA PARA ALÉM DO GRAVE, ADENTRANDO A SEARA DO GRAVÍSSIMO: AO PAR DA VIOLAÇÃO DO AJUSTE, INFRINGINDO-SE CAPITALMENTE O PACTA SUNT SERVANDA), O ATAQUE À DIGNIDADE, IDEOLOGIA, DECORO, INTIMIDADE, PRIVACIDADE E OUTROS DIREITOS CONSTITUCIONALMENTE AMPARADOS FOI GROTESCO. DANOS MATERIAIS. DANOS MATERIAIS INCLUÍDOS NOS DANOS MORAIS, JÁ QUE A QUESTÃO NÃO DIZ COM NEGOCIAÇÃO DE IMAGEM, TAMPOUCO CONTRATAÇÃO DESSA, SENÃO VIOLAÇÃO DE DIREITOS PERSONALÍSSIMOS. DESPROVIMENTO DO APELO DAS RÉS, POR UNANIMIDADE, E PARCIAL PROVIMENTO DA APELAÇÃO DOS AUTORES, MAJORANDO-SE A INDENIZAÇÃO À QUANTIA DE 1.000 SALÁRIOS MÍNIMOS PARA CADA AUTOR, POR MAIORIA. (Apelação Cível Nº 70003521176, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ana Lúcia Carvalho Pinto Vieira Rebout, Julgado em 11/12/2002).

⁶²⁴ Convém transcrever excerto do voto, que confirma as conclusões aqui tecidas: “Atenta ao caso concreto, desde logo sublinhando que a situação dos autos não recomenda a mitigação do valor indenizatório, senão autoriza seu exasperamento, destaco que os fatos perpetrados revelam lesão que se espraia para além do grave, adentrando a seara do gravíssimo. Ao par da violação do ajuste, infringindo-se capitalmente o pacta sunt servanda (destarte, desimportando se o acerto fora verbal ou escrito), gizo que o ataque à dignidade, ideologia, decoro, intimidade, privacidade e outros direitos constitucionalmente amparados foi grotesco. (...) Danos materiais pleiteados incluem-se, por tudo, nos danos morais, já que a questão não diz com negociação de imagem, tampouco contratação dessa, senão violação de direitos personalíssimos. Majoro a indenização, para cada autor, ao valor correspondente a mil (1.000) salários mínimos, aquém da expectativa dos autores, mas quantia razoável a robustecer o necessário aspecto punitivo/pedagógico/inibitório da sanção pecuniária, para que jamais torne a ocorrer.”

⁶²⁵ REsp 838.550/RS, Rel. Ministro CESAR ASFOR ROCHA, QUARTA TURMA, julgado em 13/02/2007, DJ 21/05/2007, p. 589.

precedentes colacionados neste trabalho, inafastável a conclusão de que os tribunais brasileiros se valem, reiteradamente, de indenizações punitivas.

Sobre o fenômeno, Bruno Miragem afirma que “[n]ão se desconhecem, contudo, soluções que encontram na responsabilidade civil a possibilidade de prevenir danos futuros perante o exame e a sanção da conduta do autor do dano”⁶²⁶. Assim, quer parecer que o direito brasileiro admite a aplicação de danos punitivos (até porque, na prática, eles já são implementados), seja através da interpretação extensiva do artigo 944, parágrafo único, do Código Civil, seja pela conclusão de que tal dispositivo se restringe aos danos materiais, inexistindo limitação aplicável aos danos extrapatrimoniais.

Naturalmente, esse instituto não pode ser aplicado “indiscriminadamente a toda e qualquer reparação de danos morais”, sob pena de deturpar a função precípua da responsabilidade civil⁶²⁷, que é, como demonstrado à exaustão nesse trabalho, compensar a vítima. Ainda assim, negá-lo implicaria ignorar a realidade fática do direito brasileiro e fomentar a situação atual da jurisprudência, que vêm proferindo decisões discricionárias e sem quaisquer critérios.

Eugênio Battesini enfrenta o tema através de um viés econômico, defendendo não ser absoluta a regra geral de “simetria entre a indenização e o dano”, citando como exemplo a hipótese de redução do valor da indenização por força de culpa concorrente da vítima⁶²⁸. Assim, o referido jurista defende, com base em argumentos de eficiência econômica, que existem “situações nas quais é justificável o pagamento de indenização superior ao dano”, associando o instituto das *punitive damages* com a noção de culpa grave⁶²⁹.

O que se percebe é que a doutrina vem procurando fundamentos para relativizar os limites impostos pelo Código Civil, até mesmo para acompanhar as soluções propostas pela jurisprudência. Por isso, ainda que se discorde da aplicação do instituto, é certo que ele vem sendo utilizado como forma de melhor resolver litígios — inclusive envolvendo responsabilidade contratual.

⁶²⁶ MIRAGEM, Bruno. **Direito Civil: Responsabilidade civil**. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 87.

⁶²⁷ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Processo, 2017. p. 258.

⁶²⁸ BATTESINI, Eugênio. Regra de hand, graduação da culpa e quantificação da indenização: uma análise à luz do Código Civil Brasileiro de 2002. **Revista VOXLEX**, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 69-99, mar./abr. 2016. p. 84.

⁶²⁹ BATTESINI, Eugênio. Regra de hand, graduação da culpa e quantificação da indenização: uma análise à luz do Código Civil Brasileiro de 2002. **Revista VOXLEX**, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 69-99, mar./abr. 2016. p. 95.

Na Alemanha, danos punitivos são vedados⁶³⁰, uma vez que os princípios do direito alemão não admitem o elemento punitivo nas indenizações⁶³¹ — situação semelhante daquela verificada no Brasil. Afinal, como visto no capítulo 1.2.2, a função da indenização é compensar o lesado pelo prejuízo, e não punir o ofensor⁶³².

Jan Dirk Harke explica que, com a evolução do direito, juristas alemães passaram a criticar os elementos penais da indenização, defendendo a necessidade de separação entre compensação privada e a eventual sanção penal⁶³³. Por isso, o legislador alemão excluiu todos os elementos de danos punitivos até então existentes quando do processo de codificação do BGB⁶³⁴.

Assim, segundo o autor, atualmente os incentivos voltados ao comportamento obediente são mero reflexo das disposições jurídicas (gerando efeitos preventivos específicos e generalizados)⁶³⁵. Ainda assim, da mesma forma em que ocorrido no Brasil, a questão não é pacificada.

A função preventiva do direito indenizatório alemão, *Schadensersatzrechts* — aplicável para ambas as espécies de responsabilidade civil —, embora por vezes negada, é objeto de comentários doutrinários⁶³⁶. Afirma-se que a indenização pode de fato influenciar no comportamento de potenciais ofensores, desde que eles racionalmente planejem seus comportamentos⁶³⁷.

Assim, defende-se, por exemplo, a utilização de sanção privada na indenização como forma de salvaguardar litígios envolvendo propriedade intelectual e antitruste⁶³⁸. Somado a

⁶³⁰ BEHR, Volker. Myth and Reality of Punitive Damages in Germany. Pittsburgh, **Journal of Law and Commerce**, v. 24, p. 197-224, primavera, 2004-2005. p. 198.

⁶³¹ DAUNER-LIEB, Barbara; HEIDEL, Thomas; RING, Gerhard. **BGB Schuldrecht**: §§ 241 – 610. 2. ed. Baden-Baden: Nomos, 2012. p. 88.

⁶³² DAUNER-LIEB, Barbara; HEIDEL, Thomas; RING, Gerhard. **BGB Schuldrecht**: §§ 241 – 610. 2. ed. Baden-Baden: Nomos, 2012. p. 88.

⁶³³ HARKE, Jan Dirk. **Allgemeines Schuldrecht**. Berlin, Heidelberg: Imprint: Springer, 2010. p. 259-260.

⁶³⁴ BEHR, Volker. Myth and Reality of Punitive Damages in Germany. Pittsburgh, **Journal of Law and Commerce**, v. 24, p. 197-224, primavera, 2004-2005. p. 198.

⁶³⁵ HARKE, Jan Dirk. **Allgemeines Schuldrecht**. Berlin, Heidelberg: Imprint: Springer, 2010. p. 259-260.

⁶³⁶ DAUNER-LIEB, Barbara; HEIDEL, Thomas; RING, Gerhard. **BGB Schuldrecht**: §§ 241 – 610. 2. ed. Baden-Baden: Nomos, 2012. p. 87.

⁶³⁷ DAUNER-LIEB, Barbara; HEIDEL, Thomas; RING, Gerhard. **BGB Schuldrecht**: §§ 241 – 610. 2. ed. Baden-Baden: Nomos, 2012. p. 87-88.

⁶³⁸ Na obra original: “In letzter Zeit ist vor allem eine verstärkte Beachtung ökonomischer und präventiver Überlegungen für die Weiterentwicklung des Schadensrechts gefordert worden. Insbesondere im Bereich des Immaterialgüterrechts und des Kartellrechts soll die private Sanktion des Schadensersatzes zu besserer Rechtsverwirklichung genutzt werden. Der Wortlaut der Schadensersatzregeln des BGB ist davon jedoch bislang unberührt geblieben.”. DAUNER-LIEB, Barbara; HEIDEL, Thomas; RING, Gerhard. **BGB Schuldrecht**: §§ 241 – 610. 2. ed. Baden-Baden: Nomos, 2012. p. 86.

isso, a jurisprudência relativiza a vedação aos danos punitivos em casos envolvendo direitos de personalidade, tendo em vista a função preventiva de indenização⁶³⁹.

Em posição similar, Reinhard Möller defende a flexibilização do princípio compensatório para concessão de danos morais em casos de violação ao direito de privacidade e para aferição da indenização devida por danos à propriedade intelectual, ante a importância da função preventiva⁶⁴⁰. Exemplo disso é o famigerado caso Caroline de Mônaco I, que será abordado em detalhes no item 2.2.2, em que o tribunal se voltou exclusivamente para a imagem do ofensor para fins de cálculo da indenização (especificamente, o seu interesse econômico)⁶⁴¹.

Tratava-se de discussão sobre direito de privacidade em virtude da veiculação de notícias (fotos e entrevista) em revista, na qual a indenização arbitrada pelo BGH foi fixada em montante expressivamente superior ao dano, com base em argumento punitivo, para impedir que as revistas seguissem praticando atos similares⁶⁴². Voltaremos a analisar o caso, com mais detalhes, no próximo item desta obra, mas convinha mencioná-lo brevemente neste momento, por ser um caso paradigmático de dano punitivo no direito alemão.

Antes desse julgamento, contudo, o BGH já havia tido a oportunidade de apreciar a questão quando da homologação de sentença estrangeira, em junho de 1992⁶⁴³, proferida nos Estados Unidos em desfavor de um cidadão alemão, envolvendo a condenação ao pagamento de indenização de cerca de US\$ 750 mil (em adição à pena de reclusão) por abusos sexuais praticados contra menor⁶⁴⁴. Esse valor englobava reparação por danos materiais, tais quais despesas médicas, danos morais⁶⁴⁵, bem como danos punitivos de US\$ 400 mil⁶⁴⁶.

O tribunal concluiu pela impossibilidade de homologação de toda sentença, da forma em que proferida, levando-se em consideração a função reparatória da indenização no direito alemão, assim como a inviabilidade de o juiz alemão rever as espécies de danos englobadas na condenação, pois “tal integração da sentença basear-se-ia em grande parte em presunções”⁶⁴⁷.

⁶³⁹ DAUNER-LIEB, Barbara; HEIDEL, Thomas; RING, Gerhard. **BGB Schuldrecht**: §§ 241 – 610. 2. ed. Baden-Baden: Nomos, 2012. p. 89.

⁶⁴⁰ MÖLLER, Reinhard. **Das Präventionsprinzip des Schadensrechts**. Berlin: Duncker & Humblot, 2006. p. 92.

⁶⁴¹ BEHR, Volker. Myth and Reality of Punitive Damages in Germany. Pittsburgh, **Journal of Law and Commerce**, v. 24, p. 197-224, primavera, 2004-2005. p. 211.

⁶⁴² BEHR, Volker. Myth and Reality of Punitive Damages in Germany. Pittsburgh, **Journal of Law and Commerce**, v. 24, p. 197-224, primavera, 2004-2005. p. 210.

⁶⁴³ BGH, 04.06.1992 - IX ZR 149/91.

⁶⁴⁴ MORAES, Maria Celina Bodin de. Punitive damages em sistemas civilistas: problemas e perspectivas. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v. 18, p. 45-78, abr./jun. 2004. p. 66-67.

⁶⁴⁵ MORAES, Maria Celina Bodin de. Punitive damages em sistemas civilistas: problemas e perspectivas. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v. 18, p. 45-78, abr./jun. 2004. p. 67.

⁶⁴⁶ BEHR, Volker. Myth and Reality of Punitive Damages in Germany. Pittsburgh, **Journal of Law and Commerce**, v. 24, p. 197-224, primavera, 2004-2005. p. 204.

⁶⁴⁷ MORAES, Maria Celina Bodin de. Punitive damages em sistemas civilistas: problemas e perspectivas. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v. 18, p. 45-78, abr./jun. 2004. p. 68.

Com isto, a condenação ao pagamento de danos punitivos não foi homologada, por ter sido considerada contrária às políticas públicas alemãs⁶⁴⁸.

Ainda assim, Maria Celina Bodin de Moraes ressalva que, neste precedente, o BGH não inviabilizou que sentenças estrangeiras que contenham danos punitivos sejam executadas na Alemanha, mas apenas concluiu que aquela sentença específica não poderia ser executada, por ausência de “precisas indicações, por parte do tribunal estrangeiro, em ralação aos critérios de determinação da condenação”⁶⁴⁹. Considerando que a homologação de sentenças estrangeiras na Alemanha pressupõe que a decisão não seja contrária aos princípios fundamentais do direito alemão (em especial os direitos constitucionais)⁶⁵⁰, este precedente é comentado como uma possível “aceitação” de danos punitivos no direito alemão.

Entretanto, o posicionamento da doutrina é uníssono quanto ao não cabimento de indenizações punitivas no direito alemão. Os seus críticos afirmam que esta é uma questão de direito constitucional, pois ao direito civil não seria permitido punir⁶⁵¹.

Diante de todos esses comentários, importante reconhecer, a este ponto, que o objeto de estudo deste capítulo é bastante controverso. Não apenas a aplicação de danos punitivos é discutida (e, por muitas vezes, criticada) no Brasil, inexistindo sequer previsão legislativa específica, mas a sua aplicação no âmbito de relações contratuais sequer é aceita nos Estados Unidos.

Entretanto, a restrição dessa modalidade de indenizações nos Estados Unidos não pode tolher eventual aplicação no direito brasileiro, até porque o sistema de *torts* possui diferenças em relação ao regime de responsabilidade civil brasileiro. Podemos citar alguns fundamentos que justificam essa assertiva — ainda que possam existir argumentos em contrário, o que apenas justifica a importância de discussão dos temas aqui propostos.

Primeiro, no Brasil, assim como na Alemanha, verificamos crescente desconsideração da distinção entre responsabilidade contratual e responsabilidade extracontratual, como explorado detalhadamente no primeiro capítulo deste trabalho. Se a finalidade da pretensão indenizatória é a mesma, independentemente da origem do dano, qual a razão de não aplicar os mesmos remédios para ambas?

⁶⁴⁸ BEHR, Volker. Myth and Reality of Punitive Damages in Germany. Pittsburgh, **Journal of Law and Commerce**, v. 24, p. 197-224, primavera, 2004-2005. p. 205.

⁶⁴⁹ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana**: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. 2. ed. Rio de Janeiro: Processo, 2017. p. 256.

⁶⁵⁰ BEHR, Volker. Myth and Reality of Punitive Damages in Germany. Pittsburgh, **Journal of Law and Commerce**, v. 24, p. 197-224, primavera, 2004-2005. p. 204.

⁶⁵¹ BEHR, Volker. Myth and Reality of Punitive Damages in Germany. Pittsburgh, **Journal of Law and Commerce**, v. 24, p. 197-224, primavera, 2004-2005. p. 216.

Segundo, como vimos no tópico 2.1.1, países de *commom law* costumam conceder indenizações para remediar inadimplementos contratuais, valendo-se, apenas em casos excepcionais, de execução específica⁶⁵² (considerada como um ato de intrusão com alto poder coercitivo, até porque o seu descumprimento pode gerar sanções criminais)⁶⁵³. No Brasil, esta medida considerada severa é a regra geral, o que recomendaria que, quando substituída por uma indenização em dinheiro, fosse viabilizado o mesmo nível de severidade.

Assim, quer parecer que as mudanças sociais exigem que o tema das indenizações punitivas seja revisitado, sobretudo porque os tribunais brasileiros têm utilizado meios transversos com o intuito de aplicar indenizações mais elevadas. Diante de todo o exposto, convém encerrar este tópico com os comentários de Anthony J. Sebok sobre os motivos que o levam a defender a aplicação de danos punitivos, que podem ser aproveitados para a realidade brasileira:

Businesses are motivated by profits, which is neither good nor bad in itself. Business decisions are bad, from society's point of view, if they do not maximize society's net wealth, even if they do maximize the business's profit. As a number of scholars have pointed out, punitive damages are perfectly suited to create incentives ex ante to produce conformity with the tort law.⁶⁵⁴

Uma vez explorados os fundamentos para aplicar (ou não) danos punitivos no direito brasileiro, nas duas espécies de responsabilidade civil, passemos ao exame de outra modalidade de fixação de indenização, igualmente concentrada na figura do ofensor, mais especificamente no lucro por ele auferido com o ato lesivo.

2.2.2 Lucro da intervenção

Se desconsiderarmos a limitação imposta pelo artigo 403 do Código Civil brasileiro, seria possível conceder indenizações em montante superior ao dano efetivamente sofrido, por exemplo, quando tal valor parecer injusto ou quando a parte inadimplente lucrar com o dano. Mathias Siems afirma que, embora o lucro do ofensor seja desconsiderado pelos remédios

⁶⁵² A execução específica possui, no Reino Unido, função dissuasória. ROWAN, Solène. Reflections on the Introduction of Punitive Damages for Breach of Contract. *Oxford Journal of Legal Studies*, Oxford, v. 30, n. 3, p. 495-517, jul. 2010. p. 510.

⁶⁵³ PARGENDLER, Mariana Souza. The Role of the State in Contract Law: The Common-Civil Law Divide. *Yale Journal of International Law*, New Haven, v. 43, n. 1, p. 143-189, mar/2018. p. 169.

⁶⁵⁴ SEBOK, Anthony J. Punitive damages in the United States. In: KOZIOL, Helmut (Ed.); WILCOX, Vanessa (Ed.). *Punitive damages: Commom Law and Civil Law perspectives*. Mörtenbach: Springer, 2009. p. 167. Em tradução livre: Negócios são motivados por lucros, o que é não, por si só, nem bom nem ruim. Decisões negociais são ruins, do ponto de vista da sociedade, se elas não maximizarem o patrimônio da sociedade, ainda que elas maximizem os lucros do negócio. Como inúmeros juristas destacaram, danos punitivos são perfeitamente adequados para criarem antecipadamente incentivos voltados à atuação em conformidade com a lei.

jurídicos ortodoxos disponíveis pela maioria dos ordenamentos jurídicos para inadimplementos contratuais, é duvidoso que exista realmente um “monopólio da compensação”⁶⁵⁵.

Em decisão histórica sobre o tema, a Câmara dos Lordes do Reino Unido (tribunal que antecedeu a Suprema Corte do Reino Unido⁶⁵⁶) decidiu, no ano 2000, que a indenização em matéria de *breach of contract* poderia ser calculada conforme os ganhos do inadimplente⁶⁵⁷. No precedente paradigmático *Attorney-General v. Blake*, decidiu-se que George Blake, ex agente secreto britânico que vendeu segredos à União Soviética e, após, escreveu um livro de memórias, não poderia receber os royalties da sua obra em Moscou, onde vivia como refugiado⁶⁵⁸.

Em resumo, o tribunal concluiu que Blake havia “assumido contratualmente com a Coroa em 1944 o compromisso de não divulgar qualquer informação, confidencial ou não, obtida durante a sua atuação como agente do serviço secreto”⁶⁵⁹. Ainda que a Coroa não tivesse sofrido qualquer perda econômica como consequência do inadimplemento, a ação foi julgada procedente para condenar Blake ao pagamento de indenização correspondente ao lucro obtido com a publicação da sua obra⁶⁶⁰.

Ou seja: a extensão do dano não foi considerada para fins de cálculo da indenização devida. Com base neste precedente⁶⁶¹, a Câmara dos Lordes passou a admitir a quantificação da indenização com base nos ganhos, ou parte deles, obtidos pelo inadimplente em determinados casos de descumprimento contratual⁶⁶².

⁶⁵⁵ SIEMS, Mathias. Disgorgement of Profits for Breach of Contract: A Comparative Analysis. **Edinburgh Law Review**. Edimburgo, v. 7, n. 1, p. 27-59, jan. 2003. p. 27.

⁶⁵⁶ Em outubro de 2009, a Suprema Corte substituiu o *Appellate Committee* da Câmara dos Lordes, passando a atuar como o tribunal de maior hierarquia no Reino Unido. Informações disponíveis em: <<https://www.supremecourt.uk/about/the-supreme-court.html>>. Acesso em: 09/10/2018.

⁶⁵⁷ SHAVELL, Steven. **Foundations of economic analysis of law**. Cambridge (USA): Belknap Press of Harvard University Press, 2004. p. 398-399.

⁶⁵⁸ SIEMS, Mathias. Disgorgement of Profits for Breach of Contract: A Comparative Analysis. **Edinburgh Law Review**. Edimburgo, v. 7, n. 1, p. 27-59, jan. 2003. p. 30.

⁶⁵⁹ DIAZ, Júlio Alberto. Possíveis contribuições do Common Law em matéria de estimação da indenização pelo descumprimento contratual. In: CUNHA, Alexandre dos Santos (coord.). **O direito da empresa e das obrigações e o novo Código Civil brasileiro: anais do congresso Ítalo Luso Brasileiro de direito civil (2004) direito GV**. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 402.

⁶⁶⁰ DIAZ, Júlio Alberto. Possíveis contribuições do Common Law em matéria de estimação da indenização pelo descumprimento contratual. In: CUNHA, Alexandre dos Santos (coord.). **O direito da empresa e das obrigações e o novo Código Civil brasileiro: anais do congresso Ítalo Luso Brasileiro de direito civil (2004) direito GV**. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 402.

⁶⁶¹ Vale mencionar que este precedente fomentou a discussão doutrinária, no Reino Unido, no sentido de que inadimplementos contratuais também poderiam ensejar danos punitivos. Afinal, a indenização concedida neste caso não foi compensatória. ROWAN, Solène. Reflections on the Introduction of Punitive Damages for Breach of Contract. **Oxford Journal of Legal Studies**, Oxford, v. 30, n. 3, p. 495-517, jul. 2010. p. 498-499.

⁶⁶² SIEMS, Mathias. Disgorgement of Profits for Breach of Contract: A Comparative Analysis. **Edinburgh Law Review**. Edimburgo, v. 7, n. 1, p. 27-59, jan. 2003. p. 33.

Nesse sentido, Júlio Alberto Diaz afirma que essa decisão “rompe com a tradição milenar, constituída em pedra basilar do sistema, que estabelece o modesto objetivo de apenas compensar a vítima pelos danos efetivamente sofridos”⁶⁶³. O direito inglês denomina essa modalidade de indenização de *equitable account*, que corresponde à conta matemática que utiliza o valor do lucro como base para cálculo de determinada obrigação⁶⁶⁴.

Segundo Neil Andrews, a finalidade da indenização, nestes casos excepcionais, não é ressarcir a parte lesada, mas sim impedir que o inadimplente se beneficie economicamente do descumprimento⁶⁶⁵. Os Estados Unidos possuem precedente similar, *Snepp v. United States*, no qual um membro da CIA publicou, sem autorização, livro sobre as atividades da instituição no Vietnã⁶⁶⁶.

Embora não tivessem sido revelados quaisquer informações secretas, a Suprema Corte americana decidiu que *Snepp* deveria pagar indenização a título de lucro da intervenção para ser privado dos proveitos econômicos advindos da publicação, já que ele havia acordado que jamais forneceria qualquer informação ou divulgaria qualquer material da CIA sem aprovação prévia⁶⁶⁷. Neste julgado, a Suprema Corte americana optou pelo lucro da intervenção em detrimento de danos punitivos, sob a premissa de que o primeiro remédio seria mais seguro e voltado a dissuadir pessoas que possam colocar em risco informações sensíveis, ao passo que o último é especulativo e desassociado do prejuízo irreparável do governo e do benefício injusto obtido pelo ofensor⁶⁶⁸.

Sob essa perspectiva, seria justificável majorar o *quantum* indenizatório decorrente da quebra de contrato nas hipóteses em que o inadimplente auferiu significativa quantia com o descumprimento, desconsiderando-se a extensão dos danos do contratante lesado.

A propósito, Gisela Sampaio da Cruz Guedes chama a atenção para o fato de que, excepcionalmente, os tribunais brasileiros levam em consideração o lucro obtido pelo ofensor ao causar o dano para fins de fixação da indenização⁶⁶⁹. Nesse sentido, o STJ aplicou,

⁶⁶³ DIAZ, Júlio Alberto. Possíveis contribuições do Common Law em matéria de estimação da indenização pelo descumprimento contratual. In: CUNHA, Alexandre dos Santos (coord.). **O direito da empresa e das obrigações e o novo Código Civil brasileiro**: anais do congresso Ítalo Luso Brasileiro de direito civil (2004) direito GV. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 402.

⁶⁶⁴ ANDREWS, Neil. **Contract law**. New York: Cambridge, 2011. p. 541.

⁶⁶⁵ ANDREWS, Neil. **Contract law**. New York: Cambridge, 2011. p. 541.

⁶⁶⁶ SIEMS, Mathias. Disgorgement of Profits for Breach of Contract: A Comparative Analysis. **Edinburgh Law Review**. Edimburgo, v. 7, n. 1, p. 27-59, jan. 2003. p. 33-34.

⁶⁶⁷ SIEMS, Mathias. Disgorgement of Profits for Breach of Contract: A Comparative Analysis. **Edinburgh Law Review**. Edimburgo, v. 7, n. 1, p. 27-59, jan. 2003. p. 34.

⁶⁶⁸ SIEMS, Mathias. Disgorgement of Profits for Breach of Contract: A Comparative Analysis. **Edinburgh Law Review**. Edimburgo, v. 7, n. 1, p. 27-59, jan. 2003. p. 34.

⁶⁶⁹ GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. **Lucros cessantes**: do bom senso ao postulado normativo da razoabilidade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 193.

recentemente, em outubro de 2018, entendimento semelhante, quando do julgamento do Recurso Especial n. 1.698.701/RJ, decorrente de ação indenizatória movida pela atriz Giovanna Antonelli contra uma farmácia de manipulação⁶⁷⁰.

A pretensão indenizatória estava lastreada no uso não autorizado do seu nome e da sua imagem em campanha publicitária, tendo sido requerida a “restituição de todos os benefícios econômicos que a ré obteve na venda dos produtos atrelados ao nome e à imagem da autora, a serem apurados em liquidação de sentença”. Em primeiro grau, a farmácia foi condenada ao pagamento de danos morais de R\$ 30 mil, além do valor “que se obteria pela utilização autorizada da sua imagem”.

A sentença foi retificada em sede de embargos de declaratórios, para que o montante da condenação correspondesse a “todos os benefícios econômicos que a parte ré teria obtido na venda de seus produtos”. Contudo, em sede de apelação, o lucro obtido pela farmácia foi o critério estabelecido para cálculo da indenização, tendo sido decidido que a autora faria jus ao “montante correspondente ao lucro da intervenção”, fixado em 5% ao volume de vendas do produto que fora objeto da publicidade, no período compreendido entre o início da publicidade e a sua cessação. Na mesma oportunidade, também foi majorada a condenação ao pagamento de danos morais para R\$ 50 mil⁶⁷¹.

⁶⁷⁰ REsp 1698701/RJ, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 02/10/2018, DJe 08/10/2018.

⁶⁷¹ Sobre este ponto, retoma-se as indagações feitas ao longo deste trabalho, no sentido de que os danos morais são, inúmeras vezes, deturpados para fins de concessões de indenizações maiores. Assim, indaga-se se o prejuízo moral incorrido pela autora da ação efetivamente alcança este patamar, sobretudo considerando que a morte de familiares costuma ser compensada pelo STJ (pelo menos em julgados recentes) com indenizações entre R\$ 60 mil a R\$ 300 mil (a depender das particularidades do caso concreto), ou se a sua aplicação se deu em virtude da gravidade da conduta ou do lucro obtido pela empresa às custas da imagem da autora. Afinal, o dano oriundo da morte de um familiar certamente é mais profundo e extenso do que o dano experimentado por uso indevido de imagem, independentemente das circunstâncias fáticas de ambos os casos. Sobre reparações de dano moral decorrentes de morte, veja-se, exemplificativamente, os seguintes julgados: “Somente em hipóteses excepcionais, quando estiver evidente que os danos morais foram fixados em montante irrisório ou exorbitante, é possível a esta Corte rever o valor arbitrado pelas instâncias ordinárias com esteio nos deslindes fáticos da controvérsia. Na hipótese, os danos morais decorrentes da morte de detento em unidade prisional foram fixados em R\$ 50.000,00 pelo Tribunal de origem; valor que não extrapola os limites da razoabilidade.” AgRg no AREsp 748.412/SC, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 26/06/2018, DJe 02/08/2018. “No caso dos autos, é insuficiente a cifra de R\$ 30.000,00 (trinta mil reais) para a morte de preso em estabelecimento prisional. Majoração do valor para R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais), com amparo em precedentes de situação semelhante.” AgInt no AREsp 812.782/PR, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/10/2018, DJe 23/10/2018. O Superior Tribunal de Justiça, afastando a incidência da Súmula nº 7/STJ, tem reexaminado o montante fixado pelas instâncias ordinárias, a título de danos morais, apenas quando irrisório ou abusivo, circunstâncias inexistentes no presente caso, em que arbitrada a indenização no valor de R\$ 78.800,00 (setenta e oito mil e oitocentos reais), decorrente do falecimento do genitor dos recorrentes em acidente de trânsito.” AgInt no AREsp 1264724/SP, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 21/08/2018, DJe 31/08/2018. “No caso, o valor da indenização por danos morais, arbitrado em R\$ 100.000,00 (cem mil reais), nem é exorbitante nem desproporcional aos danos sofridos pela agravada, tendo em vista a morte de seu filho recém-nascido por infecção hospitalar.” AgInt no AREsp 747.320/DF, Rel. Ministro LÁZARO GUIMARÃES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 5ª REGIÃO), QUARTA TURMA, julgado em 14/08/2018, DJe 22/08/2018. “A Corte local, considerando as peculiaridades do caso concreto

Ao apreciar a questão, a Terceira Turma do STJ afirmou que “não é razoável deixar ao arbítrio do julgador a fixação de um percentual aleatório a título de lucro da intervenção”, concluindo que um profissional dotado de melhores condições técnicas deve aferir, em fase de liquidação de sentença, o verdadeiro acréscimo patrimonial obtido pela empresa — autorizando o perito a encontrar “o melhor método de quantificação do que foi auferido”⁶⁷². Assim, ainda que a função da responsabilidade civil seja ressarcitória, isso não impediu que o STJ analisasse a situação do ofensor para fins de concessão de indenização no caso supracitado — situação semelhante aos casos em que são concedidas indenizações com caráter nitidamente punitivo, como visto anteriormente.

Outrossim, o instituto do lucro da intervenção tem sido aplicado para fins de cálculo dos lucros cessantes devidos no campo da propriedade intelectual, tendo em vista que “este tem sido um dos setores em que a responsabilidade civil mais tem falhado ou se mostrado insuficiente”⁶⁷³. Nesse sentido, o artigo 210 da Lei de Propriedade Industrial⁶⁷⁴ determina que os lucros cessantes serão determinados pelo critério mais favorável ao prejudicado, podendo ser (i) os benefícios que ele teria auferido não fosse a violação, (ii) os benefícios auferidos pelo autor da violação (critério do lucro da intervenção) ou (iii) a remuneração que o autor da violação teria pago ao titular do direito violado para explorar o bem⁶⁷⁵.

(profundo sofrimento dos pais decorrente do evento danoso morte), reputou adequada a indenização por danos morais no montante de R\$ 100.000,00 (cem mil reais) para cada, quantia que não se afigura exorbitante, o que torna inviável o apelo especial, nos termos do Enunciado n. 7 da súmula do STJ.” AgInt no AREsp 1258616/SP, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 26/06/2018, DJe 29/06/2018. “No caso, ainda que se considere a aflição experimentada pela recorrida e a gravidade dos prejuízos imateriais por ela suportados, indenização originalmente arbitrada (em R\$ 500.000,00 - quinhentos mil reais) deve ser reduzida para o valor de R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais).” REsp 1677955/RJ, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 18/09/2018, DJe 26/09/2018. “No caso, o valor da indenização por danos morais, arbitrado em R\$ 300.000,00 (trezentos mil reais), nem é exorbitante nem desproporcional aos danos sofridos pelo agravado, tendo em vista a morte da paciente, sua esposa, em face da deficiência do tratamento que lhe foi dispensado.” AgInt no AREsp 1056650/SP, Rel. Ministro LÁZARO GUIMARÃES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 5ª REGIÃO), QUARTA TURMA, julgado em 21/08/2018, DJe 24/08/2018.

⁶⁷² Para balizar os trabalhos periciais, o acórdão estabeleceu os seguintes critérios: “a) apuração do quantum debeat com base no denominado lucro patrimonial; b) delimitação do cálculo ao período no qual se verificou a indevida intervenção no direito de imagem da autora; c) aferição do grau de contribuição de cada uma das partes mediante abatimento dos valores correspondentes a outros fatores que contribuíssem para a obtenção do lucro, tais como a experiência do interventor, suas qualidades pessoais e as despesas realizadas, e d) distribuição do lucro obtido com a intervenção proporcionalmente à contribuição de cada partícipe da relação jurídica.”

⁶⁷³ GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. **Lucros cessantes**: do bom senso ao postulado normativo da razoabilidade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 195.

⁶⁷⁴ A referida legislação regulamenta os direitos e obrigações relativos à propriedade industrial.

⁶⁷⁵ Artigo. 210, Lei de Propriedade Industrial. Os lucros cessantes serão determinados pelo critério mais favorável ao prejudicado, dentre os seguintes: I - os benefícios que o prejudicado teria auferido se a violação não tivesse ocorrido; ou II - os benefícios que foram auferidos pelo autor da violação do direito; ou III - a remuneração que o autor da violação teria pago ao titular do direito violado pela concessão de uma licença que lhe permitisse legalmente explorar o bem.

Segundo Sérgio Savi, este dispositivo contém erro técnico, já que não se trata de lucros cessantes: os benefícios auferidos pelo autor da violação não correspondem aos lucros que a vítima razoavelmente deixou de lucrar⁶⁷⁶. De forma semelhante, Gisela Sampaio da Cruz Guedes crítica a abordagem da Lei de Propriedade Industrial, pois o instituto não seria um “critério legítimo” para fixação de lucros cessantes, eis que considera apenas a situação do ofensor, e não da vítima⁶⁷⁷.

Ainda assim, a referida jurista questiona se não seria possível aplicar o mesmo critério em outras searas do direito, quando verificada a mesma dificuldade enfrentada no campo da propriedade intelectual⁶⁷⁸ — respondendo, ao final, negativamente⁶⁷⁹, ao defender que o lucro por intervenção só poderia ser utilizado quando expressamente previsto em lei, sob pena de desvirtuar a própria função da responsabilidade civil⁶⁸⁰. Para ilustrar a aplicação do instituto no âmbito de litígios envolvendo propriedade intelectual (e aplicação do dispositivo legal acima transcrito), veja-se, por exemplo, o caso envolvendo o famigerado contrato firmado entre o cantor Zeca Pagodinho e a marca Schincariol.

Logo após a divulgação da propaganda contratada pela Schincariol, o cantor celebrou outro contrato com a empresa concorrente Brahma, participando de outro comercial na qual fez alusão, de maneira depreciativa, à campanha anterior. A questão foi levada ao Poder Judiciário em ação movida pelas empresas de publicidade que representavam a Schincariol contra a agência de publicidade contratada pela Brahma⁶⁸¹, arguindo concorrência desleal.

⁶⁷⁶ SAVI, Sérgio. **Responsabilidade civil do enriquecimento sem causa**. São Paulo: Atlas, 2012. p. 84-85.

⁶⁷⁷ GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. **Lucros cessantes**: do bom senso ao postulado normativo da razoabilidade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 198.

⁶⁷⁸ GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. **Lucros cessantes**: do bom senso ao postulado normativo da razoabilidade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 203.

⁶⁷⁹ Para melhor compreender os seus fundamentos, convém transcrever os comentários de Gisela Sampaio da Cruz Guedes ao se posicionar de forma contrária ao artigo 210 da Lei de Propriedade Industrial (e ao instituto do lucro da intervenção): “O problema todo é que, a rigor, o lucro da intervenção é tema próximo do direito restitutivo, e não da responsabilidade civil, daí o dispositivo causar tamanho embaraço à doutrina, embora a jurisprudência o aplique sem grandes reflexões, salientado apenas que os critérios ali indicados não são cumulativos e que o direito ao sigilo contábil não pode servir de obstáculo para o exercício do direito de ação, também constitucionalmente assegurado. Algumas decisões chegam a falar em ‘prejuízo presumido’ e em ‘responsabilidade *in re ipsa*’, mas a maioria apenas remete ao art. 210 da Lei 9.279/1996 sem discutir seu fundamento. Já a doutrina, como foi visto, manifesta um enorme estranhamento, especialmente por conta da sua incompatibilidade com a fórmula da equivalência que deve, tanto quanto possível, orientar a reparação do dano patrimonial, e também assim a dos lucros cessantes, ainda que por estimativa. A função dos lucros cessantes na responsabilidade civil é flagrantemente reparatória, não sendo, portanto, recomendável introduzir na aferição desta faceta do dano patrimonial critérios que sequer são afeitos à responsabilidade civil, sob pena de a reparação dos lucros cessantes se transformar numa verdadeira *caixa de Pandora* que, embora incite a curiosidade, é sempre preferível não tocar.” (GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. **Lucros cessantes**: do bom senso ao postulado normativo da razoabilidade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 221-223).

⁶⁸⁰ GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. **Lucros cessantes**: do bom senso ao postulado normativo da razoabilidade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 212.

⁶⁸¹ O sócio-fundador da empresa também era réu da ação, mas foi excluído da lide em sentença, em decisão confirmada pelo Tribunal estadual, por ilegitimidade passiva.

A ação foi julgada procedente, com condenação por danos morais fixados em primeiro grau em R\$ 500 mil e R\$ 100 mil para cada autora, respectivamente, além de danos materiais correspondentes ao benefício que as autoras teriam auferido se a violação não tivesse ocorrido, a ser apurado em fase de liquidação. Em sede de apelação, o TJSP alterou a rubrica das indenizações para danos materiais (excluindo a indenização por danos morais).

Assim, com base no artigo 210 da Lei de Propriedade Intelectual, o acórdão autorizou que as autoras escolhessem o critério mais benéfico de cálculo dos lucros cessantes após apuração da liquidação de sentença (critério fixado em sentença ou lucro da intervenção, isto é, benefício que foi auferido pela empresa que violou o direito). O STJ reformou novamente a decisão, por maioria⁶⁸², apenas no que tange a condenação dos danos morais, reestabelecendo o quantum fixado na sentença⁶⁸³.

Assim, restou mantida a condenação fundada no artigo 210 da Lei de Propriedade Intelectual, o que autoriza as autoras a calcularem (i) o lucro da intervenção e (ii) o benefício que elas teriam auferido se não fosse a violação, para, após, escolherem o mais benéfico. O que se percebe é que o critério do lucro da intervenção já é utilizado no direito brasileiro para fins de cálculo de indenizações, com base em legislação especial aplicável a litígios de propriedade intelectual.

Vale mencionar que, além do processo envolvendo as agências publicitárias, a Schincariol processou a Ambev (proprietária da Brahma) e o Zeca Pagodinho em outros dois processos, também julgados em grau recursal pelo TJSP. No primeiro deles, movido contra a empresa, também se discutiu a ocorrência ou não de concorrência desleal, havendo condenação ao pagamento de danos materiais correspondentes aos gastos não usufruídos com a campanha e danos morais de R\$ 200 mil⁶⁸⁴.

No segundo processo, por outro lado, foi reconhecido o inadimplemento contratual, tendo em vista a desconsideração da cláusula de exclusividade do contrato celebrado com a Schincariol, vigente quando da veiculação do comercial da Brahma⁶⁸⁵. Assim, o cantor foi condenado a restituir parte do valor recebido, de R\$ 600 mil, a ser apurada em liquidação de

⁶⁸² Foi vencido o Relator, Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, que determinava que o critério de cálculo dos danos materiais fosse escolhido pelas autoras na petição inicial da fase de cumprimento de sentença, bem como indeferia o pedido de fixação de danos morais, conforme posicionamento do Tribunal paulista.

⁶⁸³ REsp 1316149/SP, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 03/06/2014, DJe 27/06/2014.

⁶⁸⁴ TJSP; Apelação 9112793-79.2007.8.26.0000; Relator (a): J.L. Mônaco da Silva; Órgão Julgador: 5ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível - 24.VARA CIVEL; Data do Julgamento: 12/06/2013; Data de Registro: 25/06/2013.

⁶⁸⁵ TJSP; Apelação 7.155.293-9; Relator Pedro Alexandrina Ablas; Órgão Julgador: 14ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível - 36.VARA CIVEL; Data do Julgamento: 09/04/2008.

sentença, com base no que foi efetivamente cumprido, além de multa de 20% sobre o valor do contrato⁶⁸⁶, bem como danos morais de R\$ 420 mil⁶⁸⁷.

Comentando essa decisão, Júlio Alberto Diaz afirma que, do ponto de vista econômico, tal descumprimento contratual poderia ser considerado eficiente, pois o cantor poderia indenizar os danos causados à Schincariol e ainda assim auferir lucro com os valores recebidos pela Brahma⁶⁸⁸. Descumprimentos contratuais dessa natureza, embora contrários ao direito, são considerados eficientes e, até mesmo, aconselháveis do ponto de vista financeiro.

É o que a doutrina da análise econômica do direito denomina de *efficient breach*⁶⁸⁹ (ou, em tradução livre, inadimplemento eficiente). Nesses casos, indaga-se se o cálculo da indenização não deveria se valer do critério do lucro da intervenção, a fim de impedir o lucro em detrimento dos compromissos assumidos.

Afinal, como bem constatou o TJSP acerca do inadimplemento contratual do Zeca Pagodinho: “[o] interesse egoístico, a quebra da lealdade e confiança, com infringência do princípio da obrigatoriedade contratual, importaram em rompimento deliberado do contrato e prejuízos à outra parte”. Nesse contexto, o conhecido brocardo “one does not buy a right to damages, one buys a horse”⁶⁹⁰ demonstra que o contratante tem expectativa da performance, e não do valor correspondente, de modo que a sociedade deve ser encorajada a adimplir suas obrigações contratuais⁶⁹¹.

Dito isso, o mero ressarcimento dos danos seria suficiente para resolver o litígio?

Embora do ponto de vista econômico o inadimplemento contratual não esteja vinculado a questões de ordem moral, a doutrina tradicional costuma aproximar essas figuras, em atenção

⁶⁸⁶ Conforme consta no acórdão, o contrato celebrado entre as partes previa que, na hipótese de inadimplemento culposo do contrato, o cantor deveria restituir a quantia recebida de R\$ 600 mil, bem como pagar multa. O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo reduziu a multa aplicada em primeiro grau para 20% do valor do contrato. Não há maiores informações na decisão sobre o que havia sido estipulado em contrato.

⁶⁸⁷ Especificamente quanto à condenação a título de danos morais, veja-se que o acórdão constou expressamente que tal rubrica não está sujeita a qualquer limitação (em consonância com parte do posicionamento da doutrina e da jurisprudência, como vimos no item 2.2.1), valendo-se de critérios tipicamente punitivos. Vejamos excerto da decisão: “A autora sofreu sérios transtornos, considerados os graves aborrecimentos sofridos com os diversos atentados à sua honra objetiva, inexistindo legislação de qualquer natureza que limite o valor da indenização para a reparação por dano moral, devendo o quantum indenizatório ser proporcional à gravidade do dano, e à condição econômica das partes, afigurando-se adequada e moderada à espécie a indenização por dano moral em quantia equivalente a 1.000 (mil) salários mínimos, ou seja, R\$ 420.000,00 (quatrocentos e vinte mil reais).”

⁶⁸⁸ DIAZ, Júlio Alberto. Possíveis contribuições do Common Law em matéria de estimação da indenização pelo descumprimento contratual. In: CUNHA, Alexandre dos Santos (coord.). **O direito da empresa e das obrigações e o novo Código Civil brasileiro**: anais do congresso Ítalo Luso Brasileiro de direito civil (2004) direito GV. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 398.

⁶⁸⁹ BARBOSA, Ana Beatriz Nunes. Consequentialism and the efficient breach theory. **Revista de Direito Empresarial** - IBMEC, Rio de Janeiro, v. 1, p. 171-189, 2003. p. 179.

⁶⁹⁰ Em tradução livre: a pessoa não compra o direito a receber indenização, ela compra um cavalo.

⁶⁹¹ SIEMS, Mathias. Disgorgement of Profits for Breach of Contract: A Comparative Analysis. **Edinburgh Law Review**. Edimburgo, v. 7, n. 1, p. 27-59, jan. 2003. p. 53.

aos princípios *pacta sunt servanda* e boa-fé objetiva⁶⁹². Nesse sentido, Mariana Pargendler afirma que a máxima *pacta sunt servanda*, herdada do direito canônico, representa a ideia de que um contrato possui tanto uma obrigação legal quanto moral⁶⁹³ — o que pode justificar o alto valor da condenação do cantor Zeca Pagodinho arbitrada pelo Tribunal paulista.

Ainda sobre o exemplo acima, Júlio Alberto Diaz ressalva que seria possível considerar que a Brahma cometeu ato ilícito ao induzir o rompimento do pacto celebrado entre Zeca Pagodinho e Schincariol, o que recomendaria que eventual condenação fosse calculada com base nos “lucros obtidos graças à campanha publicitária infiel”⁶⁹⁴, tal como ocorreu no julgamento do STJ envolvendo as agências publicitárias. Diante disso, parece coerente restringir o escopo de aplicação do lucro da intervenção somente ao âmbito da Lei de Propriedade Intelectual?

A sistemática atual do ordenamento jurídico impede que a empresa Schincariol seja ressarcida da mesma forma que sua agência de publicidade foi, ainda que ambas as ações envolvam o mesmo fato, apenas porque uma delas discute inadimplemento contratual e a outra discute violação de propriedade intelectual. Assim, quer parecer que este mesmo critério pode e deve ser discutido em outras áreas do direito, evitando-se tratamento diferenciado para casos iguais, tal qual exemplificado neste trabalho.

Ademais, vale mencionar que a figura do lucro da intervenção como método de fixação de indenizações aproxima os institutos da responsabilidade civil lato sensu e do enriquecimento sem causa, situando-se em uma “área de confrontação” entre os institutos⁶⁹⁵. Assim, indaga-se qual seria o melhor enquadramento do instituto.

Por um lado, o lucro da intervenção vai de encontro à função ressarcitória da responsabilidade civil, se preocupando apenas com a situação do ofensor, e não com a extensão do dano da vítima. Por outro lado, o instituto visa à remoção do patrimônio do ofensor, enquanto

⁶⁹² Sobre a aplicação do princípio da boa-fé em matéria de contratos, João de Matos Antunes Varela leciona que: “Assim ampliado e fortalecido, o princípio da boa-fé torna-se, no direito português, um manancial inesgotável de deveres acessórios de conduta, quer dentro, quer fora do contrato, quer na realização do interesse para que directamente aponta a prestação devida, quer na tutela de todos os demais interesses do credor e do devedor envolvidos na relação obrigacional”. VARELA, João de Matos Antunes. **Das obrigações em geral**. V. II. 7 ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1997. p. 14.

⁶⁹³ PARGENDLER, Mariana Souza. The Role of the State in Contract Law: The Common-Civil Law Divide. **Yale Journal of International Law**, New Haven, v. 43, n. 1, p. 143-189, mar/2018. p. 148.

⁶⁹⁴ DIAZ, Júlio Alberto. Possíveis contribuições do Common Law em matéria de estimação da indenização pelo descumprimento contratual. In: CUNHA, Alexandre dos Santos (coord.). **O direito da empresa e das obrigações e o novo Código Civil brasileiro**: anais do congresso Ítalo Luso Brasileiro de direito civil (2004) direito GV. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 398.

⁶⁹⁵ SAVI, Sérgio. **Responsabilidade civil do enriquecimento sem causa**. São Paulo: Atlas, 2012. p. 10.

que o enriquecimento sem causa visa à “remoção do enriquecimento do patrimônio do beneficiado”⁶⁹⁶.

As semelhanças⁶⁹⁷ entre os regimes de enriquecimento sem causa e responsabilidade civil possivelmente dificultam o enquadramento do lucro da intervenção. Segundo Pontes de Miranda, essa semelhança “começa na formação mesma dos suportes fáticos”, pois em ambas há “alteração no estado de coisas entre o sujeito ativo e o sujeito passivo”⁶⁹⁸.

Ante a dificuldade do tema, Sérgio Savi dedicou um livro exclusivamente para analisar o enquadramento dogmático do lucro da intervenção. Segundo o referido autor, a peculiaridade do seu trabalho é justamente analisar situações que preencham simultaneamente os requisitos da responsabilidade civil e do enriquecimento sem causa⁶⁹⁹.

Para resolver tal impasse, o artigo 886 do Código Civil⁷⁰⁰ regulamenta o enriquecimento sem causa em caráter subsidiário, de modo que ele deve ser utilizado apenas quando inexistir outro remédio⁷⁰¹. Ainda assim, Sérgio Savi afirma que este dispositivo não autoriza que o lucro da intervenção seja utilizado no escopo da responsabilidade civil, tendo em vista a sua função ressarcitória⁷⁰².

⁶⁹⁶ CAMPOS, Diogo Leite de. Enriquecimento sem causa, responsabilidade civil e nulidade. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 71, n. 560, p. 259-266, jun. 1982. p. 262.

⁶⁹⁷ Apesar das similitudes, as pretensões de enriquecimento sem causa e responsabilidade civil são distintas, ainda que uma mesma hipótese possa configurar ambas. CAMPOS, Diogo Leite de. Enriquecimento sem causa, responsabilidade civil e nulidade. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 71, n. 560, p. 259-266, jun. 1982. p. 262. Nesse sentido, Pontes de Miranda explica que a diferença entre os institutos se deve ao fato de que nem o ato ilícito nem a culpa são requisitos para configuração de enriquecimento sem causa. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de direito privado**: parte especial, tomo 26. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984. p. 121.

⁶⁹⁸ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de direito privado**: parte especial, tomo 26. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984. p. 122.

⁶⁹⁹ SAVI, Sérgio. **Responsabilidade civil do enriquecimento sem causa**. São Paulo: Atlas, 2012. p. 65.

⁷⁰⁰ Artigo 886, Código Civil. Não caberá a restituição por enriquecimento, se a lei conferir ao lesado outros meios para se ressarcir do prejuízo sofrido.

⁷⁰¹ Sobre a subsidiariedade do instituto do enriquecimento sem causa, Júlio Manuel Vieira Gomes afirma que a doutrina diverge sobre a sua imperatividade e extensão: determinados autores defendem sua subsidiariedade absoluta, outros a defendem quando outros remédios são inviáveis (embora existentes) e, ainda, alguns autores criticam a subsidiariedade, defendendo a possibilidade de escolha entre todos os remédios existentes. GOMES, Júlio Manuel Vieira. Unjust Enrichment: A Few Comparative Remarks. **European Review of Private Law**, Alphen aan den Rijn, v. 9, n. 2/3, p. 449-473, 2001. p. 463. Quanto a este último posicionamento, Luís Manuel Teles de Menezes Leitão relativiza tal regra, afirmando que “[n]ão parece existir, por isso, uma verdadeira subsidiariedade do enriquecimento sem causa, funcionando muitas vezes a invocação de tal regra como um “cripto argumento”, destinado a evitar uma utilização desproporcionada da cláusula geral do art. 884.”. LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. O enriquecimento sem causa no novo código civil brasileiro. **Revista CEJ**, Brasília, n. 25, p. 24-33, abr./jun. 2004. p. 25.

⁷⁰² Nas palavras do jurista: “Diante da regra da subsidiariedade da ação de enriquecimento sem causa, ou melhor, valendo-se de uma leitura equivocada de tal regra, muitos doutrinadores deixam-se seduzir pela ideia de que a responsabilidade civil seria a única solução possível para o problema. (...) Contudo, é dogmaticamente inadequado aproximar o enriquecimento sem causa, cuja função é justamente remover o enriquecimento do patrimônio do ofensor, da responsabilidade civil, que tem por função primordial, repita-se, remover o dano sofrido pela vítima.”. SAVI, Sérgio. **Responsabilidade civil do enriquecimento sem causa**. São Paulo: Atlas, 2012. p. 65-66.

Nesse sentido, a Terceira Turma do STJ concluiu, no precedente anteriormente mencionado envolvendo a atriz Giovanna Antonelli e uma farmácia de manipulação, que a subsidiariedade do enriquecimento sem causa não obsta que haja cumulação de ações⁷⁰³. Similarmente, Diogo Leite de Campos leciona que, havendo concurso, pode-se aplicar simultaneamente os dispositivos que regulamentam responsabilidade civil e enriquecimento sem causa, sempre que o ofensor houver lucrado em montante superior ao dano efetivamente experimentado⁷⁰⁴.

A propósito, note-se que o ordenamento jurídico português possui regra similar ao nosso Código Civil: o artigo 474 do Código Civil português⁷⁰⁵ estabelece a subsidiariedade do enriquecimento sem causa em detrimento, por exemplo, do regramento das nulidades⁷⁰⁶. Todavia, Diogo Leite de Campos defende que tal regra não deve ser aplicada em caso de responsabilidade civil, em que se admite incidência concomitante de ambos os regramentos⁷⁰⁷ — tal como decidido pelo STJ.

Isso porque o regime da responsabilidade civil (voltado tão somente à reparação de um dano) possui uma lacuna — referente aos efeitos do enriquecimento —, que deve ser preenchida pelo enriquecimento sem causa⁷⁰⁸. Diante desse contexto, pode-se concluir que a subsidiariedade do enriquecimento sem causa não seria suficiente para fundamentar a classificação do lucro da intervenção.

Aliás, em sua obra dedicada ao tema, Sérgio Savi propôs o enquadramento dogmático do lucro da intervenção justamente no regime de enriquecimento sem causa, sob o pretexto de que a principal função da responsabilidade civil é reparar o dano sofrido pela vítima, devendo respeitar o seu limite⁷⁰⁹. Tal entendimento se coaduna com o enunciado n. 620 da VIII Jornada de Direito Civil, promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal

⁷⁰³ Constou do acórdão que: “A subsidiariedade, portanto, não impede que se promova a cumulação de ações, cada qual disciplinada por um instituto específico do Direito Civil, sendo perfeitamente plausível a formulação de pedido de reparação dos danos mediante aplicação das regras próprias da responsabilidade civil, limitado ao efetivo prejuízo suportado pela vítima, cumulado com o pleito de restituição do indevidamente auferido, sem justa causa, às custas do demandante.” REsp 1698701/RJ, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 02/10/2018, DJe 08/10/2018.

⁷⁰⁴ CAMPOS, Diogo Leite de. Enriquecimento sem causa, responsabilidade civil e nulidade. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 71, n. 560, p. 259-266, jun. 1982. p. 265.

⁷⁰⁵ Artigo 474, Código Civil português. Não há lugar à restituição por enriquecimento, quando a lei facultar ao empobrecido outro meio de ser indenizado ou restituído, negar o direito à restituição ou atribuir outros efeitos ao enriquecimento.

⁷⁰⁶ CAMPOS, Diogo Leite de. Enriquecimento sem causa, responsabilidade civil e nulidade. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 71, n. 560, p. 259-266, jun. 1982. p. 263.

⁷⁰⁷ CAMPOS, Diogo Leite de. Enriquecimento sem causa, responsabilidade civil e nulidade. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 71, n. 560, p. 259-266, jun. 1982. p. 265.

⁷⁰⁸ CAMPOS, Diogo Leite de. Enriquecimento sem causa, responsabilidade civil e nulidade. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 71, n. 560, p. 259-266, jun. 1982. p. 265.

⁷⁰⁹ SAVI, Sérgio. **Responsabilidade civil do enriquecimento sem causa**. São Paulo: Atlas, 2012. p. 23 e 26.

em abril de 2018, que dispõe que: “A obrigação de restituir o lucro da intervenção, entendido como a vantagem patrimonial auferida a partir da exploração não autorizada de bem ou direito alheio, fundamenta-se na vedação do enriquecimento sem causa”⁷¹⁰.

A Terceira Turma do STJ corroborou tal posicionamento ao concluir que a responsabilidade civil não é o instituto mais apropriado para regulamentar o lucro da intervenção, justamente em virtude das limitações da extensão do dano⁷¹¹. Segundo o voto do Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, “a responsabilidade civil não tutela nada além dos prejuízos efetivamente sofridos pela vítima do evento danoso”, entendimento este que, naturalmente, impediria a aplicação do lucro da intervenção ou dano punitivo para remediar hipóteses de responsabilidade civil.

Todavia, casos semelhantes ao da atriz Giovanna Antonelli, em que o pedido indenizatório não está atrelado ao lucro do ofensor, não são julgados ou enquadrados como enriquecimento sem causa, mas como típicos casos de responsabilidade civil⁷¹². Assim, questiona-se se um fato idêntico deveria dar azo à uma indenização a título de dano moral no âmbito da responsabilidade civil e, ao mesmo tempo, indenização a título de lucro da intervenção através do enriquecimento sem causa, como posicionamento sugerido⁷¹³, a depender da forma em que o autor delimita a lide e como o Judiciário a enfrenta.

Afinal, relembra-se que o objetivo do presente trabalho é justamente questionar a necessidade de impor uma limitação às indenizações oriundas de responsabilidade contratual e de responsabilidade extracontratual. Assim, se tal limite for flexibilizado para fins de aplicação de danos punitivos (o que, como vimos, já ocorre), porque também não o flexibilizá-lo para autorizar lucro da intervenção como consequência da responsabilidade civil?

⁷¹⁰ Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/viii-enunciados-publicacao-site-com-justificativa.pdf>>. Acesso em 04/11/2018.

⁷¹¹ REsp 1698701/RJ, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 02/10/2018, DJe 08/10/2018.

⁷¹² A título ilustrativo, o STJ concedeu indenização por danos morais por veiculação não autorizada de imagem, a despeito da ausência de prova de dano no seguinte julgado: AGRADO INTERNO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. 1. VEICULAÇÃO DA IMAGEM DA AUTORA, SEM AUTORIZAÇÃO, PARA FINS COMERCIAIS. DEVER DE INDENIZAR. DANO IN RE IPSA. 2. AGRADO INTERNO IMPROVIDO.1. É pacífica a jurisprudência desta Corte no sentido de que a publicação não autorizada de imagem de pessoa com fins econômicos ou comerciais gera o dever de indenização por danos morais, ainda que sem conotação ofensiva ou vexatória. 2. Agravo interno improvido. (AgInt nos EDcl no REsp 1631429/SC, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 13/03/2018, DJe 27/03/2018).

⁷¹³ Também nesse sentido, Júlio Manuel Vieira Gomes afirma que parte da doutrina estrangeira reputa normal que o autor de uma ação tenha várias pretensões para um mesmo fato. GOMES, Júlio Manuel Vieira. Unjust Enrichment: A Few Comparative Remarks. *European Review of Private Law*, Alphen aan den Rijn, v. 9, n. 2/3, p. 449–473, 2001. p. 463. Similarmente, Sérgio Savi refere que a existência de “várias ações a partir de uma mesma premissa atende ao desejo de que todos os interesses afetados sejam adequadamente protegidos”. SAVI, Sérgio. *Responsabilidade civil do enriquecimento sem causa*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 119.

Nesse caso, não há razão para enfrentar a problemática da classificação do lucro da intervenção como enriquecimento sem causa⁷¹⁴, já que a indenização superior ao valor do dano não seria um óbice a ser superado. Aliás, veja-se que, segundo Sérgio Savi, casos como os antes mencionados, envolvendo a Lei de Propriedade Industrial, devem ser resolvidos ou com base nos requisitos da responsabilidade ou com base nos requisitos do enriquecimento sem causa, a depender da existência de pedido de indenização baseado no lucro do interventor⁷¹⁵.

Ou seja, de acordo com o referido jurista, caberia ao autor optar, na inicial da ação indenizatória, pela pretensão reparatória ou restitutória. Entretanto, para esse posicionamento, relembra-se que o STJ decidiu no julgado envolvendo as agências publicitárias dos comerciais de cerveja que a parte lesada pode escolher como gostaria de calcular a sua indenização após o fim da fase de liquidação de sentença (para que seja apurado o método mais vantajoso)⁷¹⁶.

Isso naturalmente impede que a escolha entre responsabilidade civil ou enriquecimento sem causa seja feita *a priori*, como sugere Sérgio Savi. Afinal, primeiro é necessário que a ação seja julgada procedente (o que exige a aferição dos requisitos da responsabilidade civil ou do enriquecimento sem causa, que, como já visto, são distintos), para então se estabelecer se o lucro da intervenção será utilizado como critério de cálculo indenizatório.

Assim, a desconsideração da extensão do dano na responsabilidade civil resolveria este problema, viabilizando que comportamentos voltados tão somente à obtenção do lucro (em detrimento das obrigações contratuais assumidas) fossem devidamente reprimidos pelo

⁷¹⁴ Cumpre referir que para fins de classificação do lucro da intervenção como enriquecimento sem causa, também é necessário superar texto também expresso do Código Civil, uma vez que o artigo 884 exige que o enriquecimento se dê “à custa de outrem”, o que sabidamente não ocorre no lucro da intervenção. Para tanto, Sérgio Savi afirma que “[a] adoção do enriquecimento sem causa para solucionar o problema do lucro da intervenção pressupõe a superação da teoria unitária do deslocamento patrimonial e a adoção da teoria que propõe a divisão do instituto em diferentes categorias”. SAVI, Sérgio. **Responsabilidade civil do enriquecimento sem causa**. São Paulo: Atlas, 2012. p. 145. Isso porque, segundo Luís Manuel Teles de Menezes Leitão, o enriquecimento sem causa, segundo corrente clássica, pressupõe dois requisitos: (i) deslocamento patrimonial direto entre duas pessoas, sendo que uma delas sofre um enriquecimento e a outra um empobrecimento, e (ii) ausência de causa jurídica para tanto. LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. O enriquecimento sem causa no novo código civil brasileiro. **Revista CEJ**, Brasília, n. 25, p. 24-33, abr./jun. 2004. p. 25. Consequentemente, se a lei pode ser “flexibilizada” para fins de enquadramento do lucro da intervenção como enriquecimento sem causa, porque não o fazê-lo para fins de enquadramento na responsabilidade civil?

⁷¹⁵ Nas palavras do autor: “Mesmo em sede de direitos de propriedade industrial, o triplo método de cálculo da indenização deve ser ‘destrinchado’, separando o remédio apropriado para cada situação. Quanto a vítima do ato violador do direito de propriedade industrial requerer ‘indenização’ dos ‘lucros cessantes’ baseada nos lucros do interventor, não obstante a terminologia, estar-se-á diante de uma restituição que deveria observar regras do enriquecimento sem causa”. SAVI, Sérgio. **Responsabilidade civil do enriquecimento sem causa**. São Paulo: Atlas, 2012. p. 88.

⁷¹⁶ Na oportunidade, decidiu-se que: “Sendo incontroversa a existência do dano material, a dificuldade de se quantificá-lo a priori não pode ser obstáculo à justa indenização, de modo que a sua apuração deverá ser feita em sede de liquidação de sentença, segundo o critério que se mostrar mais favorável dentre os previstos nos incisos I e II do art. 210 da Lei 9.279/96.” REsp 1316149/SP, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 03/06/2014, DJe 27/06/2014.

ordenamento jurídico. Nesse sentido, Mathias Siems afirma que o lucro da intervenção não se enquadra na gestão de negócios nem no enriquecimento sem causa: ele é desencadeado simplesmente pelo descumprimento contratual⁷¹⁷ (ou seja, segundo o referido jurista, ele é classificado no âmbito da responsabilidade civil).

Na Alemanha, violações de propriedade intelectual são resolvidas da mesma forma que no Brasil: a parte lesada pela violação de direitos autorais e patentes faz jus ao “método triplo de cálculo de indenizações”⁷¹⁸, podendo optar receber sua indenização (i) com base nos danos efetivamente experimentados, fulcro nos §§ 251⁷¹⁹ e 252⁷²⁰ do BGB, (ii) de acordo com o valor que receberia se o ofensor tivesse pedido por uma licença ou (iii) fundada no lucro da intervenção (isto é, no lucro que ofensor auferiu em decorrência da violação⁷²¹). Inicialmente, a justificativa dessa regra recaía sobre o critério da equidade; contudo, atualmente, ela se justifica para impedir que o ofensor fique em uma situação melhor violando direitos de propriedade intelectual do que adquirindo a adequada licença⁷²².

Os dois últimos métodos não são exclusivamente compensatórios: a sua finalidade é justamente apagar o lucro do ofensor — o que é abertamente reconhecido pelos tribunais alemães⁷²³. Assim, o BGH já afirmou que, para remediar o comportamento lesivo, a vítima da

⁷¹⁷ SIEMS, Mathias. Disgorgement of Profits for Breach of Contract: A Comparative Analysis. **Edinburgh Law Review**. Edimburgo, v. 7, n. 1, p. 27-59, jan. 2003. p. 51.

⁷¹⁸ Segundo Volker Behr, este método de fixação de indenizações foi desenvolvido no Reichsgericht (Suprema Corte alemã durante o período imperial) no final do século XIX. BEHR, Volker. Myth and Reality of Punitive Damages in Germany. Pittsburgh, **Journal of Law and Commerce**, v. 24, p. 197-224, primavera, 2004-2005. p. 220.

⁷¹⁹ § 251, BGB. (1) Soweit die Herstellung nicht möglich oder zur Entschädigung des Gläubigers nicht genügend ist, hat der Ersatzpflichtige den Gläubiger in Geld zu entschädigen. (2) Der Ersatzpflichtige kann den Gläubiger in Geld entschädigen, wenn die Herstellung nur mit unverhältnismäßigen Aufwendungen möglich ist. Die aus der Heilbehandlung eines verletzten Tieres entstandenen Aufwendungen sind nicht bereits dann unverhältnismäßig, wenn sie dessen Wert erheblich übersteigen. Em tradução livre: (1) Não sendo possível a restauração ou não sendo suficiente para compensar o credor, o responsável por pagar a indenização deve compensar o credor em dinheiro. (2) O responsável por pagar a indenização pode compensar o credor em dinheiro se a restauração somente for possível mediante o pagamento de despesas desproporcionais. As despesas incorridas como consequência do tratamento de um animal machucado não são desproporcionais apenas porque elas excedem significativamente o valor do animal.

⁷²⁰ § 252, BGB. Der zu ersetzende Schaden umfasst auch den entgangenen Gewinn. Als entgangen gilt der Gewinn, welcher nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge oder nach den besonderen Umständen, insbesondere nach den getroffenen Anstalten und Vorkehrungen, mit Wahrscheinlichkeit erwartet werden konnte. Em tradução livre: O dano a ser compensando também engloba lucros perdidos. Esses lucros são considerados perdidos se, no curso normal de eventos ou em circunstâncias especiais, eles poderiam ser esperados, considerando-se as medidas e precauções adotadas.

⁷²¹ BEHR, Volker. Myth and Reality of Punitive Damages in Germany. Pittsburgh, **Journal of Law and Commerce**, v. 24, p. 197-224, primavera, 2004-2005. p. 220.

⁷²² BEHR, Volker. Myth and Reality of Punitive Damages in Germany. Pittsburgh, **Journal of Law and Commerce**, v. 24, p. 197-224, primavera, 2004-2005. p. 220.

⁷²³ BEHR, Volker. Myth and Reality of Punitive Damages in Germany. Pittsburgh, **Journal of Law and Commerce**, v. 24, p. 197-224, primavera, 2004-2005. p. 220-221.

violação dos direitos de propriedade intelectual deve receber o lucro auferido por quem os violou.

Ainda assim, em regra, a indenização deve ser fixada nos limites do dano sofrido. Aliás, Mathias Siems afirma que o caso *Attorney General v. Blake* provavelmente seria resolvido de forma diferente se julgado na Alemanha, pois dificilmente o lucro da intervenção seria concedido no direito privado⁷²⁴.

Isso não impediu, entretanto, que a jurisprudência relativizasse essa regra em casos de violação de direitos de personalidade envolvendo empresas da área de mídia, permitindo que a indenização seja fixada com base no lucro pretendido ou no lucro realmente auferido⁷²⁵.

Exemplo disso é o antes mencionado caso *Caroline de Mônaco I*, envolvendo Caroline de Mônaco e a revista *Die Bunte*, julgado pelo BGH em 1994 (VI ZR 56/94)⁷²⁶. No caso discutia-se a veiculação de uma entrevista fictícia, que jamais havia sido concedida pela autora, além de fotos que a revista afirmou serem provenientes do seu álbum de família, que em verdade foram tiradas por *paparazzi*⁷²⁷.

O Tribunal alemão reconheceu a violação ao direito de personalidade, mantendo a condenação estabelecida em primeiro grau de 30 mil marcos alemães, além de impor retratações públicas. Contudo, para fins de quantificação da indenização, o BGH não se preocupou com a extensão do dano sofrido, valendo-se de outros critérios, em especial a função preventiva da responsabilidade civil e a sua relação com os ganhos obtidos em decorrência da violação aos direitos de personalidade⁷²⁸.

Especificamente, o BGH concluiu que se a invasão ao direito de privacidade for perpetrada com intenção de auferir lucros, a ideia da prevenção exige que tais lucros sejam incluídos como fatores de determinação da indenização pecuniária⁷²⁹. Na decisão, foi ponderado que o valor da indenização não poderia ser alto a ponto de restringir a liberdade de imprensa, mas também não poderia autorizar que uma pessoa fosse usada insensivelmente como objeto de marketing com a única finalidade de lucrar (como era o caso em discussão).

⁷²⁴ SIEMS, Mathias. *Disgorgement of Profits for Breach of Contract: A Comparative Analysis*. **Edinburgh Law Review**. Edimburgo, v. 7, n. 1, p. 27-59, jan. 2003. p. 47.

⁷²⁵ DAUNER-LIEB, Barbara; HEIDEL, Thomas; RING, Gerhard. **BGB Schuldrecht**: §§ 241 – 610. 2. ed. Baden-Baden: Nomos, 2012. p. 89.

⁷²⁶ Disponível em: < https://www.jurion.de/urteile/bgh/1994-11-15/vi-zr-56_94 >. Acesso em 02/11/2018.

⁷²⁷ MÖLLER, Reinhard. **Das Präventionsprinzip des Schadensrechts**. Berlin: Duncker & Humblot, 2006. p. 172.

⁷²⁸ SIEMS, Mathias. *Disgorgement of Profits for Breach of Contract: A Comparative Analysis*. **Edinburgh Law Review**. Edimburgo, v. 7, n. 1, p. 27-59, jan. 2003. p. 35.

⁷²⁹ No idioma original, a decisão dispôs que: “Erfolgt der Einbruch in das Persönlichkeitsrecht des Betroffenen vorsätzlich mit dem Ziel der Auflagensteigerung und Gewinnerzielung, dann gebietet der Gedanke der Prävention, die Gewinnerzielung als Bemessungsfaktor in die Entscheidung über die Höhe der Geldentschädigung einzubeziehen.”.

Após o julgamento pelo BGH, o caso retornou ao Tribunal de Apelação de Hamburgo para deliberação final, oportunidade em que o *quantum* indenizatório foi revisto e fixado no patamar de 180 mil marcos alemães — maior montante até então concedido por um tribunal alemão para violações de direitos de personalidade⁷³⁰. Volker Behr aponta que, além do alto valor, esta decisão inovou ao (i) divergir de precedentes sobre o mesmo tema (em que foram concedidas indenizações em montante inferior), bem como (ii) utilizar argumento punitivo para impedir que as revistas seguissem praticando atos similares⁷³¹.

Cabe comentar que essa decisão do BGH guarda semelhanças com o recente precedente do STJ no caso envolvendo a atriz Giovanna Antonelli, uma vez que, neste último julgado, a indenização foi fixada com base no acréscimo patrimonial obtido pela farmácia em decorrência da veiculação não autorizada da imagem da atriz⁷³². Todavia, diferentemente do tribunal alemão, que parece ter arbitrado um valor genérico de indenização, agravado pelo lucro auferido pela revista, o STJ utilizou critério mais preciso, ao determinar que o exato montante do lucro da farmácia fosse calculado em liquidação de sentença.

O que se percebe é que existe uma tendência dos tribunais de resguardar outros interesses que não puramente compensatórios — o que não necessariamente implica deturpação da finalidade da responsabilidade civil. Diante disso, é provável que a evolução da sociedade exija que outros critérios sejam considerados, uma vez que a figura do ofensor vem cada vez mais sendo considerada para fins de apuração do *quantum* indenizatório.

Para ilustrar, Mathias Siems critica o posicionamento do direito alemão com um caso hipotético de um ferreiro que faz um acordo com o seu vizinho de não martelar durante o horário de almoço⁷³³. Caso este compromisso seja descumprido, o direito alemão não autorizaria o lucro da intervenção, sob a premissa de que a finalidade do acordo era tutelar o desejo do vizinho de tranquilidade e silêncio⁷³⁴.

Todavia, segundo o jurista, essa visão é muito simplista: seria melhor compreender que a finalidade do acordo era impedir que o ferreiro estivesse motivado, por ganância, a trabalhar

⁷³⁰ BEHR, Volker. Myth and Reality of Punitive Damages in Germany. Pittsburgh, **Journal of Law and Commerce**, v. 24, p. 197-224, primavera, 2004-2005. p. 210.

⁷³¹ BEHR, Volker. Myth and Reality of Punitive Damages in Germany. Pittsburgh, **Journal of Law and Commerce**, v. 24, p. 197-224, primavera, 2004-2005. p. 210.

⁷³² REsp 1698701/RJ, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 02/10/2018, DJe 08/10/2018.

⁷³³ SIEMS, Mathias. Disgorgement of Profits for Breach of Contract: A Comparative Analysis. **Edinburgh Law Review**. Edimburgo, v. 7, n. 1, p. 27-59, jan. 2003. p. 59.

⁷³⁴ SIEMS, Mathias. Disgorgement of Profits for Breach of Contract: A Comparative Analysis. **Edinburgh Law Review**. Edimburgo, v. 7, n. 1, p. 27-59, jan. 2003. p. 59.

ininterruptamente para auferir lucro⁷³⁵. Ainda assim, Mathias Siems ressalva que este não seria um caso persuasivo para defender a aplicação do lucro da intervenção na Alemanha⁷³⁶.

Sobre o tema, Joaquim Muniz, em consonância com o posicionamento adotado por Richard Posner, aduz que uma das principais funções do direito contratual é justamente “prevenir comportamentos oportunistas”⁷³⁷. Se o dano é causado com a finalidade de auferir lucro, tal lucro deveria ser computado para fins de cálculo da indenização.

Seguindo essa premissa, Sérgio Savi afirma que não se pode “ignorar a necessidade de impor ao interventor a obrigação de se desfazer do lucro obtido com a indevida ingerência nos bens e direitos alheios”, sob pena de o ordenamento jurídico deixar de tutelar interesses dignos de tutela⁷³⁸. Nesse cenário, afirma-se que um dos argumentos basilares para compelir o inadimplente a ceder o lucro advindo do descumprimento ao contratante lesado é justamente a noção de justiça⁷³⁹.

De forma semelhante, Júlio Alberto Diaz, por exemplo, defende ser conveniente adotar algum tipo de sanção que reprima comportamentos deliberadamente dirigidos à obtenção de maiores lucros em detrimento dos compromissos assumidos⁷⁴⁰.

Para ilustrar mais uma vez a importância do lucro da intervenção como método de fixação de indenizações, Sérgio Savi se vale de um exemplo hipotético, no qual uma famosa atriz recusa inúmeras vezes convites para ser fotografada nua para uma revista masculina, mas é fotografada nua durante a filmagem de uma cena⁷⁴¹. As fotos são então publicadas, levando à revista a lucrar (lucro líquido) R\$ 3 milhões.

Em uma ação indenizatória, é reconhecido o direito de indenização no valor de R\$ 1 milhão. Diante desse cenário fático, o jurista indaga se não seria economicamente aconselhável violar os interesses tutelados pelo ordenamento e aguardar eventual reação do seu titular, com a seguinte provocação: “Se a prática do ato ilícito gerou para a revista masculina um lucro de,

⁷³⁵ SIEMS, Mathias. Disgorgement of Profits for Breach of Contract: A Comparative Analysis. **Edinburgh Law Review**. Edimburgo, v. 7, n. 1, p. 27-59, jan. 2003. p. 59.

⁷³⁶ SIEMS, Mathias. Disgorgement of Profits for Breach of Contract: A Comparative Analysis. **Edinburgh Law Review**. Edimburgo, v. 7, n. 1, p. 27-59, jan. 2003. p. 59.

⁷³⁷ MUNIZ, Joaquim de Paiva. Apontamentos sobre a análise econômica de certos institutos do direito contratual. **Revista de Direito Empresarial - IBMEC**, Rio de Janeiro, v. 2, p. 69-90, 2004. p. 75.

⁷³⁸ SAVI, Sérgio. **Responsabilidade civil do enriquecimento sem causa**. São Paulo: Atlas, 2012. p. 2.

⁷³⁹ SIEMS, Mathias. Disgorgement of Profits for Breach of Contract: A Comparative Analysis. **Edinburgh Law Review**. Edimburgo, v. 7, n. 1, p. 27-59, jan. 2003. p. 50.

⁷⁴⁰ DIAZ, Júlio Alberto. Possíveis contribuições do Common Law em matéria de estimação da indenização pelo descumprimento contratual. In: CUNHA, Alexandre dos Santos (coord.). **O direito da empresa e das obrigações e o novo Código Civil brasileiro: anais do congresso Ítalo Luso Brasileiro de direito civil (2004) direito GV**. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 399.

⁷⁴¹ SAVI, Sérgio. **Responsabilidade civil do enriquecimento sem causa**. São Paulo: Atlas, 2012. p. 15.

no mínimo, dois milhões de reais, pergunta-se: por que pensar em obter contratualmente a autorização da atriz para utilização lícita de sua imagem?”⁷⁴².

Especificamente no âmbito da responsabilidade contratual, parece viável admitir que o inadimplente simplesmente não possa lucrar em decorrência do descumprimento daquilo que fora pactuado. Contudo, por outro lado, convém indagar se a premissa de que o direito deve reprimir comportamentos dirigidos à obtenção de lucros em detrimento dos compromissos assumidos poderia justificar intervenção judicial para impor que absolutamente todo o contrato seja cumprido.

Quer parecer que a razoabilidade é o critério que deveria pautar essa modalidade de fixação de indenizações — critério este, aliás, já utilizado pela jurisprudência e reconhecido pela doutrina para fins de concessão de danos morais⁷⁴³. Nesse contexto, este método de fixação de indenizações, ainda que autorizado, não poderia ser usado sem discernimento; até porque disponível apenas quando a indenização compensatória for inadequada, ante o deliberado descumprimento do contrato⁷⁴⁴.

Diante das considerações acima, não haveria porque não autorizar o lucro da intervenção como forma de cálculo de indenizações — ainda que o enriquecimento não seja proveniente do empobrecimento do lesado —, através do regime de responsabilidade civil. Assim, uma vez flexibilizados os limites indenizatórios (sobretudo no âmbito da responsabilidade contratual), o lucro da intervenção pode e deve ser utilizado como critério do cálculo de indenizações.

Por fim, convém mencionar que o presente trabalho não teve o objetivo de exaurir o tema, em especial quanto ao tópico do lucro da intervenção, ainda bastante incipiente. Sérgio Savi ressaltou no início do seu livro que não se tinha, à época, “qualquer decisão no Brasil que faça referência expressa ao lucro da intervenção⁷⁴⁵, assim como não se conhece qualquer trabalho acadêmico exclusivamente dedicado ao tema”⁷⁴⁶.

Segundo Mathias Siems, o conceito do lucro da intervenção é novo e excepcional, pois vai de encontro à noção clássica encontrada na história do direito de que a indenização está

⁷⁴² SAVI, Sérgio. **Responsabilidade civil do enriquecimento sem causa**. São Paulo: Atlas, 2012. p. 15.

⁷⁴³ Neste sentido, Maria Celina Bodin de Moraes aponta para os principais critérios adotados na compensação do dano moral, quais sejam, extensão do prejuízo, grau de culpa, situação econômico-financeira da vítima e do ofensor, além da razoabilidade. Especificamente, a referida jurista afirma que este último critério é utilizado “em substituição ao critério mais antigo, que impunha uma reparação equitativa”. MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Processo, 2017. p. 275-276.

⁷⁴⁴ SIEMS, Mathias. Disgorgement of Profits for Breach of Contract: A Comparative Analysis. **Edinburgh Law Review**. Edimburgo, v. 7, n. 1, p. 27-59, jan. 2003. p. 56-57.

⁷⁴⁵ O acórdão do STJ citado neste trabalho (Recurso Especial n. 1.698.701/RJ) foi julgado posteriormente e inclusive cita a obra do autor.

⁷⁴⁶ SAVI, Sérgio. **Responsabilidade civil do enriquecimento sem causa**. São Paulo: Atlas, 2012. p. 5.

fundada no dano⁷⁴⁷. Justamente por isso, impõe-se difundir o estudo do instituto para que o direito possa acompanhar as mudanças sociais, respondendo adequadamente aos danos causados, sejam eles decorrentes de responsabilidade aquiliana ou de responsabilidade contratual.

⁷⁴⁷ SIEMS, Mathias. Disgorgement of Profits for Breach of Contract: A Comparative Analysis. **Edinburgh Law Review**. Edimburgo, v. 7, n. 1, p. 27-59, jan. 2003. p. 43.

CONCLUSÃO

Conforme apontou Clóvis Couto e Silva, o limite indenizatório “foi sempre um dado importante da política jurídica”⁷⁴⁸, o que corrobora a importância do debate suscitado neste trabalho. Isso porque o Direito é um “indutor de condutas”⁷⁴⁹, de modo que as indenizações arbitradas pelo Poder Judiciário geram relevantes consequências na sociedade.

Embora o Código Civil limite o valor da indenização ao montante do dano, tais limites são regularmente flexibilizados pela jurisprudência (e, inclusive, pela doutrina), para melhor atender a um critério de justiça⁷⁵⁰. Aliás, Reinhard Zimmermann explica que o conceito da *Differenztheorie*, adotada pelo BGB, foi desenvolvida mediante uma interpretação equivocada do conceito romano de *id quod interest*, que significa o que está no meio⁷⁵¹.

Segundo o referido jurista, os princípios que governam (e limitam) a reparação de danos contratuais consistiam em um dos maiores e mais complexos campos minados do direito romano⁷⁵². Assim, a teoria apresentada por Friedrich Mommsen satisfazia os interesses dos pandectistas de estabelecer uma fórmula conceitual clara⁷⁵³.

Independentemente da sua origem histórica, é certo que, atualmente, os limites indenizatórios têm sido questionados e, inúmeras vezes, desconsiderados pelos tribunais. Sob essa premissa, o risco de desnaturar a função da responsabilidade civil⁷⁵⁴ não parece suficiente para impedir outros métodos de fixação de indenização, quando recomendáveis no caso concreto.

Afinal, o fato de a responsabilidade civil ter como principal função a reparação do dano não afasta suas outras funções, o que é reconhecido tanto pela doutrina como pela jurisprudência (nacionais e estrangeiras). E, por mais que se pretenda negar tais funções, é certo que elas estão sendo implementadas, uma vez que, de forma recorrente, as indenizações que

⁷⁴⁸ SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto e. O conceito de dano no direito brasileiro e no direito comparado. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, n. 667, v. 80, maio 1991. p. 11.

⁷⁴⁹ PINHEIRO, Armando Manuel da Rocha Castelar; SADDI, Jairo. **Direito, economia e mercados**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 17.

⁷⁵⁰ A respeito, Maria Celina Bodin de Moraes afirma que as controvérsias no ramo da responsabilidade civil ultrapassam os limites do direito, consistindo em “questões morais de dimensão filosófica, que se reconduzem, diretamente, à concepção vigente de justiça”. MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Processo, 2017. p. 322.

⁷⁵¹ ZIMMERMANN, Reinhard. **The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition**. Cidade do Cabo: Juta, 2006. p. 833.

⁷⁵² ZIMMERMANN, Reinhard. **The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition**. Cidade do Cabo: Juta, 2006. p. 833.

⁷⁵³ ZIMMERMANN, Reinhard. **The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition**. Cidade do Cabo: Juta, 2006. p. 833.

⁷⁵⁴ GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. **Lucros cessantes: do bom senso ao postulado normativo da razoabilidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 223.

vêm sendo concedidas pelos tribunais, sejam a título de responsabilidade contratual ou de responsabilidade aquiliana, não respeitam os limites existentes no Código Civil.

Por isso, o debate proposto neste trabalho contrapõe o argumento apresentado por Sérgio Savi, de afastar o lucro da intervenção do âmbito da responsabilidade civil (e, conseqüentemente, de enquadrá-lo no campo do enriquecimento sem causa), sob o pretexto de que ela não se volta para a figura do ofensor⁷⁵⁵. Afinal, os limites indenizatórios já são, na prática, flexibilizados, para se atentar justamente à conduta do ofensor — o que provavelmente sugira que o direito deve se atualizar para atender as demandas sociais, reconsiderando-se os limites indenizatórios e seus respectivos critérios.

Além disso, é a sistemática atualmente existente que acaba desconfigurando as regras de responsabilidade civil, sobretudo ao deturpar as espécies de danos, em especial, dos danos morais. Conseqüentemente, a solução atual promove insegurança jurídica, dada a incerteza do desfecho das ações indenizatórias propostas e da impossibilidade de distinguir as espécies e funções das indenizações arbitradas.

Ironicamente, contudo, são estes outros métodos de fixação de indenizações que são acusados de gerar insegurança jurídica, pois podem acarretar indenizações exorbitantes e imprevisíveis (crítica geralmente atribuída aos danos punitivos, inclusive nos Estados Unidos, como já referido). Todavia, a concessão de indenizações elevadas por meios transversos ou escusos, tal como verificado no direito brasileiro, é que gera essas incertezas e, portanto, deve ser coibida.

Assim, propõe-se repensar os limites impostos ao *quantum indenizatório*, para se admitir que pretensões indenizatórias possam ultrapassar o montante do dano efetivamente sofrido, dadas as particularidades do caso concreto⁷⁵⁶. Como visto com detalhes no segundo capítulo deste trabalho, existem casos em que são recomendadas indenizações em montante superior ao dano efetivamente sofrido pelo lesado, seja para punir o ofensor ou inadimplente, seja para privá-lo do lucro obtido.

Nesse cenário, danos punitivos e o lucro da intervenção têm sido discutidos pela doutrina e pela jurisprudência como remédios adequados e eficientes a coibir comportamentos oportunistas ou desleais — tal qual a conduta da farmácia na ação movida pela atriz Giovanna

⁷⁵⁵ SAVI, Sérgio. **Responsabilidade civil do enriquecimento sem causa**. São Paulo: Atlas, 2012. p. 47.

⁷⁵⁶ Sobre o tema, afirma-se que a maior dificuldade em admitir danos punitivos em casos de responsabilidade contratual é justamente como e onde estabelecer a linha que separa os remédios regulares e os danos punitivos. ROWAN, Solène. Reflections on the Introduction of Punitive Damages for Breach of Contract. **Oxford Journal of Legal Studies**, Oxford, v. 30, n. 3, p. 495-517, jul. 2010. p. 502.

Antonelli⁷⁵⁷. Afinal, a mera indenização compensatória não é, em determinadas situações, recomendável, ainda que esta seja a primordial função da responsabilidade civil.

Naturalmente, nestes casos, é necessário que haja a separação expressa entre as modalidades de danos concedidos e seus respectivos montantes; deste modo, o ofensor poderá saber qual o valor de cada parcela a que foi condenado a pagar, atingindo-se o intento da prevenção ou desestímulo⁷⁵⁸. Com isto, seria viável preservar a segurança jurídica e, ao mesmo tempo, flexibilizar os limites da pretensão indenizatória, como sugerido neste trabalho.

Importante referir que o direito brasileiro já prevê circunstâncias que autorizam redução equitativa de indenizações. É o caso por exemplo, de grau reduzido de culpa do ofensor na responsabilidade aquiliana, nos termos do artigo 944, parágrafo único, ou, ainda, de análise do porte econômico do ofensor incapaz, fulcro no artigo 928, parágrafo único, ambos do Código Civil.

Isso evidencia que, a despeito do demonstrado no item 1.2.2, a indenização não necessariamente se mede pela extensão do dano. Existem hipóteses em que tal princípio (e, por consequência, a função reparatória da responsabilidade civil) é relativizado.

Diante desse contexto, indaga-se por que impedir que indenizações, em determinados casos, sejam majoradas equitativamente pelo juiz. Afinal, o Código Civil já desconsidera o montante do dano, voltando-se para a figura do ofensor, nas hipóteses antes referidas.

Por isso, quer parecer que os métodos de fixação de indenização propostos neste trabalho podem e devem ser discutidos no direito brasileiro⁷⁵⁹ — inclusive no âmbito da responsabilidade contratual. Embora, em regra, o debate sobre desconsideração do limite indenizatório seja restringido à responsabilidade aquiliana, a aproximação entre os regimes de responsabilidade civil, como demonstrada ao longo deste trabalho, autoriza que este debate seja estendido aos casos envolvendo relações contratuais.

Afinal, a evolução do direito moderno parece incompatível com a tradicional abordagem dicotômica da responsabilidade civil, na medida em que a circunstância que a originou já não

⁷⁵⁷ REsp 1698701/RJ, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 02/10/2018, DJe 08/10/2018.

⁷⁵⁸ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana**: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. 2. ed. Rio de Janeiro: Processo, 2017. p. 328-329.

⁷⁵⁹ Sobre a classificação dos danos, convém mencionar que os dois métodos propostos neste trabalho são distintos: o lucro da intervenção visa a retirar do ofensor o lucro que ele aferiu, ao passo que os danos punitivos visam a puni-lo. Para evidenciar a diferença entre os institutos e suas consequências práticas, basta entender que “uma indenização somente conseguirá ser considerada ‘punitiva’ se o valor que o ofensor tiver que pagar for realmente superior a qualquer benefício advindo do ato ilícito praticado”, já que se “o ofensor ainda conservar um lucro em seu patrimônio, ele não estará sendo punido eficazmente”. SAVI, Sérgio. **Responsabilidade civil do enriquecimento sem causa**. São Paulo: Atlas, 2012. p. 81.

subsiste mais. As distinções criadas pelo direito romano sobre o tema foram, há muito, extintas, razão pela qual tal distinção clássica já teria perdido o seu propósito.

Justamente por isso, inúmeros juristas têm defendido a sua impertinência⁷⁶⁰, ao passo que a jurisprudência tem cada vez mais desconsiderado esta distinção para solução de litígios — situação que parece semelhante na Alemanha⁷⁶¹. Aliás, James Gordley enfrentou o tema em artigo publicado em 1997, no qual propôs um novo critério para classificação das obrigações.

O jurista resolve este “antigo problema” através da análise de quão vulnerável é a atividade que deu origem ao dano, a fim de avaliar o cabimento ou não da indenização⁷⁶². Partindo do princípio aristotélico de que ninguém deve lucrar em detrimento de outrem (que, segundo ele, ironicamente teria dado origem aos ideais que levaram à divisão dicotômica da responsabilidade civil), James Gordley aproxima as espécies de responsabilidade utilizando-se de critério que denomina vulnerabilidade anormal⁷⁶³.

Assim, o colecionador que tem um conjunto de porcelanas anormalmente caro e frágil não deveria ser reembolsado pelo colega de apartamento que a danificou, assim como o proprietário de um moinho não deveria ser recompensado pelo transportador que atrasa a entrega do eixo que lhe é necessário, sob o pretexto de que o transportador não assumiu o risco de causar tamanho dano⁷⁶⁴. Segundo James Gordley, não se trata de adotar o critério da previsibilidade (como fazem diversos países, inclusive a Alemanha, o que foi objeto de análise no segundo capítulo desse trabalho), mas sim avaliar o quão incomumente frágil é a atividade ou o bem prejudicado — seja em caso de um ilícito, seja em caso de uma relação contratual⁷⁶⁵.

O que se percebe é que um mesmo problema pode ser repensado, a qualquer tempo, por fundamentos absolutamente distintos, ainda que ele seja oriundo de uma tradição que remonta às origens do direito. E é isso exatamente que este trabalho se propôs a fazer: repensar a tradicional distinção entre as espécies de responsabilidade, a fim de discutir a aplicação de

⁷⁶⁰ Nesse sentido, por exemplo, a teoria da morte do contrato inviabilizaria essa distinção entre contratos e ilícitos. ZIMMERMANN, Reinhard. **The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition**. Cidade do Cabo: Juta, 2006. p. 903.

⁷⁶¹ Exemplo disso é a expansão da responsabilidade contratual alemã para tutelar casos de danos à bens jurídicos não englobados na responsabilidade extracontratual, como danos puramente econômicos. Isso porque, enquanto a responsabilidade contratual abrange todo e qualquer tipo de dano advindo de uma relação contratual, segundo Jan Dirk Harke, a responsabilidade civil em sentido estrito visa a tutelar a propriedade. HARKE, Jan Dirk. **Allgemeines Schuldrecht**. Berlin, Heidelberg: Imprint: Springer, 2010. p. 253-254.

⁷⁶² GORDLEY, James. Contract and Delict: Toward a Unified Law of Obligations. **Edinburgh Law Review**, Edimburgo, v. 1, n. 3, p. 345-360, maio 1997. p. 360.

⁷⁶³ GORDLEY, James. Contract and Delict: Toward a Unified Law of Obligations. **Edinburgh Law Review**, Edimburgo, v. 1, n. 3, p. 345-360, maio 1997. p. 360.

⁷⁶⁴ GORDLEY, James. Contract and Delict: Toward a Unified Law of Obligations. **Edinburgh Law Review**, Edimburgo, v. 1, n. 3, p. 345-360, maio 1997. p. 359-360.

⁷⁶⁵ GORDLEY, James. Contract and Delict: Toward a Unified Law of Obligations. **Edinburgh Law Review**, Edimburgo, v. 1, n. 3, p. 345-360, maio 1997. p. 360.

institutos de fixação de indenizações até então debatidos no âmbito da responsabilidade civil extracontratual, também para casos de responsabilidade contratual.

Vale mencionar que, ao tratar sobre a unificação do direito civil e comercial no Código Civil brasileiro de 2002, Claudia Lima Marques e Bruno Miragem questionam se tais matérias não seriam objeto de nova fragmentação no futuro, se valendo das lições de Philippe Mastronardi, no sentido de que “a maneira de pensar do jurista é quase sempre bipolar (direitos/deveres, Schuld/Haftung, objetivo/subjetivo, etc.), a procurar diferenças e semelhanças; a distinguir (differenzieren) desde o tempo dos romanos”⁷⁶⁶. A título ilustrativo, os referidos juristas apontam para a sugestão da doutrina espanhola de divisão do direito privado em direito privado patrimonial e não patrimonial⁷⁶⁷.

Apesar desta perspectiva (que parece ir ao encontro da teoria dualista da responsabilidade civil), parece que, no que diz respeito à distinção entre responsabilidade contratual e responsabilidade extracontratual, a tendência é precisamente oposta. Cada vez mais a doutrina e a jurisprudência têm desconsiderado a origem do dano, em se tratando de ações indenizatórias, de modo a fomentar a criação de um verdadeiro sistema único de responsabilização.

Consequentemente, imperativo reconhecer que institutos discutidos para remediar situações envolvendo responsabilidade aquiliana podem ser aplicáveis, também, em casos de responsabilidade contratual. Note-se que, como apontado por Bruno Miragem, a própria noção de contrato social enseja uma aproximação dos regimes de responsabilidade, “priorizando-se a efetiva reparação da vítima, como uma espécie de resposta adequada do sistema em relação a uma lesão causada de modo antijurídico”, independentemente da origem do dano⁷⁶⁸.

Sobre o tema, Reinhard Zimmermann chama atenção para a ironia de a matéria de contratos se conectar novamente à responsabilidade aquiliana justamente quando esta última está sendo sujeita ao mais intenso ataque (teórico e prático) da história, tendo em vista, sobretudo, a explosão da responsabilidade civil em casos de acidente de trânsito e responsabilidade médica⁷⁶⁹. Independentemente, quer parecer que esta tendência melhor representa o direito moderno, simplificando os atuais regimes de responsabilidade.

⁷⁶⁶ MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 108.

⁷⁶⁷ MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 108.

⁷⁶⁸ MIRAGEM, Bruno. Função social do contrato, boa-fé e bons costumes: nova crise dos contratos e a reconstrução da autonomia negocial pela concretização das cláusulas gerais. In: MARQUES, Claudia Lima. **A nova crise do contrato**: estudos sobre a nova teoria contratual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 195.

⁷⁶⁹ ZIMMERMANN, Reinhard. **The Law of Obligations**: Roman Foundations of the Civilian Tradition. Cidade do Cabo: Juta, 2006. p. 903.

Afinal, se a função da responsabilidade civil é eminentemente ressarcitória, a natureza e a origem do dano não deveriam ensejar tratamento diferenciado para caso de responsabilidade contratual e de responsabilidade extracontratual, sobretudo para fins de quantificação da indenização. Assim, a aplicação dos métodos de fixação de indenizações que desconsideram o montante da indenização, usualmente discutidos no âmbito da responsabilidade aquiliana, podem e devem ser também discutidos no âmbito da responsabilidade contratual⁷⁷⁰.

Ressalva-se, por fim, que a eventual superação da distinção entre responsabilidade civil contratual e responsabilidade extracontratual e todos os seus consectários (tais quais, a unificação dos seus prazos prescricionais e fixação de indenizações) é bastante controversa. Ainda assim, seja qual for o posicionamento que se adote, é incontestável que as espécies de responsabilidade possuem similitudes e têm, cada vez mais, se aproximado.

Da mesma forma, os métodos de fixação de indenizações abordados no segundo capítulo deste trabalho também são objeto de críticas e acirradas discussões, por irem de encontro à tradição do direito brasileiro de que a indenização se mede pela extensão do dano. O lucro da intervenção, em especial, é instituto recente e pouco explorado pela doutrina nacional, como bem demonstrado no item 2.2.2.

Além disso, a aplicação destes métodos no âmbito da responsabilidade contratual torna o tema ainda mais polêmico, já que a maioria dos trabalhos desenvolvidos sobre o assunto restringem-se à responsabilidade aquiliana. Ainda assim, parece-nos que estes debates são necessários para repensarmos e, com isto, aprimorarmos o direito das obrigações, atentando-se para as demandas da sociedade atual.

⁷⁷⁰ Sobre o tema, reitera-se que, até mesmo no Reino Unido, juristas têm discutido a possibilidade de concessão de indenizações punitivas por inadimplementos contratuais. Um dos fundamentos que justificam tal posicionamento é que inúmeras situações concretas ensejam tanto ações por responsabilidade civil em sentido estrito como por responsabilidade contratual, de modo que seria incoerente viabilizar remédios distintos para cada uma delas. ROWAN, Solène. Reflections on the Introduction of Punitive Damages for Breach of Contract. **Oxford Journal of Legal Studies**, Oxford, v. 30, n. 3, p. 495-517, jul. 2010. p. 500.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **Extinção dos contratos por incumprimento do devedor**. 2. ed. Rio de Janeiro: AIDE, 2003.

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Indenização por perdas e danos. Decadência do direito de anulação do contrato: prescrição da ação de responsabilidade civil prevista na lei societária. Atendimento do critério da razoabilidade no cumprimento do contrato. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**, São Paulo, v. 8, n. 27, p. 184-200, jan./mar. 2005.

ALVES, José Carlos Moreira. **Direito Romano**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

ANDRADE, Marcus Vinícius dos Santos et. al. **Comentários ao código civil brasileiro: do direito das obrigações**. v. 4. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

ANDREWS, Neil. **Contract law**. New York: Cambridge, 2011.

ASSIS, Araken de. **Resolução do contrato por inadimplemento**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

ÁVILA, Humberto (Org.); ÁVILA, Ana Paula Oliveira; SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos do estado de direito: estudos em homenagem ao Professor Almiro do Couto e Silva**. São Paulo: Malheiros, 2005.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Os princípios do atual direito contratual e a desregulamentação do mercado. Direito de exclusividade nas relações contratuais de fornecimento. Função social do contrato e responsabilidade aquiliana do terceiro que contribui para inadimplemento contratual. In: _____. **Estudos e Pareceres de Direito Privado**. São Paulo: Saraiva, 2004.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico: existência, validade e eficácia**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

BARBOSA, Ana Beatriz Nunes. Consequentialism and the efficient breach theory. **Revista de Direito Empresarial - IBMEC**, Rio de Janeiro, v. 1, p. 171-189, 2003.

BASSO, Maristela; MARTINS, Letícia. **Responsabilidade civil nas negociações preliminares: boa-fé, deveres anexos e relações negociais**. In: RESPONSABILIDADE civil contemporânea: em Homenagem a Silvio de Salvo Venosa. São Paulo: Atlas, 2011. p. 270-283.

BATTESINI, Eugênio. Regra de hand, graduação da culpa e quantificação da indenização: uma análise à luz do Código Civil Brasileiro de 2002. **Revista VOXLEX**, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 69-99, mar./abr. 2016.

BEHR, Volker. Myth and Reality of Punitive Damages in Germany. **Journal of Law and Commerce**, Pittsburgh, v. 24, p. 197-224, primavera, 2004-2005.

BROOKS, Richard R.W.; STREMITZER, Alexander. Remedies On and Off Contract. **The Yale Law Journal**, New Haven, v. 120, n. 4, jan. 2011.

CAENEKEN, R. C. van; MACHADO, Carlos Eduardo Lima (Trad.). BRANDÃO, Eduardo (Rev.). **Uma introdução histórica ao direito privado**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

CAMPOS, Diogo Leite de. Enriquecimento sem causa, responsabilidade civil e nulidade. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 71, n. 560, p. 259-266, jun. 1982.

CAMPOS, Miriam de Abreu Machado e. Jus commune contemporâneo? **Revista da Faculdade de Direito Milton Campos**, Belo Horizonte, v. 25, p. 191-288, 2012.

CANARIS, Claus-Wilhelm. Die Reform des Rechts der Leistungsstörungen. **JuristenZeitung**, Berlin, ano 56, n. 10, p. 499-524, mai. 2001.

CANARIS, Claus-Wilhelm. O novo direito das obrigações na Alemanha. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 7, n. 27, p. 108-124, jul./set. 2004.

CARDOSO, Patricia. Oponibilidade dos efeitos dos contratos: determinante da responsabilidade civil do terceiro que coopera com o devedor na violação do pacto contratual. **Revista Trimestral de Direito civil - RTDC**, Rio de Janeiro, v. 5, n. 20, p. 125-150, out./dez. 2004.

CARNEIRO, Athos Gusmão. Prescrição trienal e “reparação civil”. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**, São Paulo, v. 13, n. 49, p. 18-19, jul./set. 2010.

CARPENA, Márcio Louzada. Descumprimento de contrato. Cláusula resolutiva expressa: inviabilidade de cumulação de cláusula penal com indenização. Impossibilidade de reversão de multa. Limitação da penal ao valor da obrigação. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 100, n. 371, p. 249-59, jan./fev. 2004.

CATALAN, Marcos. **A morte da culpa na responsabilidade contratual**. 2011. 347f. Tese de doutorado – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

COSTA, Mário Júlio de Almeida Costa. **Direito das obrigações**. 8. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de direito civil**. Direito das obrigações: Gestão de negócios. Enriquecimento sem causa. Responsabilidade civil. v. VIII. Coimbra: Almedina, 1953.

DAUNER-LIEB, Barbara; HEIDEL, Thomas; RING, Gerhard. **BGB Schuldrecht: §§ 241 – 610**. 2. ed. Baden-Baden: Nomos, 2012.

DAVID, René; CARVALHO, Hermínio A. (Trad.). **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. São Paulo: Martins Fontes, 1993.

DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1954.

DIAZ, Júlio Alberto. Possíveis contribuições do Common Law em matéria de estimação da indenização pelo descumprimento contratual. In: CUNHA, Alexandre dos Santos (coord.). **O direito da empresa e das obrigações e o novo Código Civil brasileiro**: anais do congresso Ítalo Luso Brasileiro de direito civil (2004) direito GV. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 395-406.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**: responsabilidade civil. v. VII. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

FACHIN, Luiz Edson. **Soluções práticas de direito** - pareceres: contratos e responsabilidade civil. v. I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

FACCHINI NETO, Eugênio. Da responsabilidade civil no novo código. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, Porto Alegre, v. 76, n. 1, p. 17-63, jan./mar. 2010.

FACCHINI NETO, Eugênio. Os novos danos: análise de direito comparado. **Revista VOXLEX**, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 15-50, mar./abr. 2016.

FACCHINI NETO, Eugênio; HAEBERLIN, Mártin P. O “estilo” jurídico alemão – Breves considerações sobre alguns dos seus fatores determinantes. **Revista da Ajuris – Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, v. 41, n. 133, p. 245-281, mar. 2014.

FARIAS, Cristiano Chaves de; NETTO, Felipe Braga; ROSENVALD, Nelson. **Novo tratado de responsabilidade civil**. São Paulo: Atlas, 2015.

FELICIANI, Ana Lúcia Alves. Métodos de codificação no direito privado europeu e brasileiro. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 24, n. 97, p. 201-237, jan./fev. 2015.

FUCHS, Maximilian; PAUKER, Werner; BAUMGÄRTNER, Alex. **Delikts- und Schadensersatzrecht**. 9. Auflage. Berlin, Heidelberg : Imprint: Springer, 2017.

FONSECA, José Júlio Borges da. Estudo comparativo dos direitos brasileiro a alemão na disciplina das condições gerais dos negócios. **Revista de Direito Mercantil: industrial, econômico e financeiro.**, São Paulo, n. 100, p. 54-62, out./dez. 1995.

FRANCO, Vera Helena de Mello. **Teoria geral do contrato**: confronto com o direito europeu futuro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

FRITZ, Karina Nunes. A responsabilidade pré-contratual por ruptura das negociações. **Revista dos tribunais**, v. 883. p. 10-56, mai. 2009.

GOMES, Júlio Manuel Vieira. Unjust Enrichment: A Few Comparative Remarks. **European Review of Private Law**, Alphen aan den Rijn, v. 9, n. 2/3, p. 449–473, 2001.

GOMES, Luiz Roldão de Freitas. **Elementos de responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

GOMES, Orlando. **Contratos**. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Comentários ao Código Civil**: parte especial. Direito das obrigações. v. XI. São Paulo: Saraiva, 2003.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil**: parte geral. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

GORDLEY, James. Contract and Delict: Toward a Unified Law of Obligations. **Edinburgh Law Review**, Edimburgo, v. 1, n. 3, p. 345-360, mai. 1997.

GORDLEY, James. The Future of European Contract Law on the Basis of Europe's Heritage. **European Review of Contract Law**, Alphen aan den Rijn, v. 1, n. 2, p. 163-183, jul. 2005.

GORDLEY, James. **The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine**. New York: Oxford University Press, 1991.

GORDLEY, James; MEHREN, Arthur Taylor Von. **An introduction to the comparative study** – readings, cases, materials. New York: Cambridge University Press, 2006.

GUIMARÃES, Paulo Jorge Scartezzini. Responsabilidade civil e interesse contratual positivo e negativo (em caso de descumprimento contratual). **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v. 16, n. 63, p. 33-58, jul./set. 2015.

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

HARKE, Jan Dirk. **Allgemeines Schuldrecht**. Berlin, Heidelberg: Imprint: Springer, 2010.

HAMMEN, Horst. Consumidores, investidores privados e não-profissionais: cem anos de proteção dos mais fracos no direito alemão. **Revista do Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 72, p. 263-281, out./dez. 2009.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Responsabilidade pressuposta: evolução de fundamentos e de paradigmas da responsabilidade civil na contemporaneidade. **Revista Jurídica**, São Paulo, v. 56, n. 364, p. 35-62, fev. 2008.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Tendências atuais da responsabilidade civil: marcos teóricos para o direito do século XXI. **Revista Brasileira de Direito Comparado do Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro – IDCLB**, Rio de Janeiro, n. 19, p. 189-206, jul./dez. 2000.

IRTI, Natalino; COPETTI NETO, Alfredo (Trad.); TRINDADE, André Karam (Trad.). Direito e Economia. **Revista de Direito Privado**. São Paulo, v. 16, n. 62, p. 13-21, abr./jun. 2015.

JHERING, Rudolf Von; CARVALHO, Adherbal de (Trad.). **Questões de direito civil**. 2. Ed. Rio de Janeiro: H. Garnier, 1910.

JHERING, Rudolf Von; STAUB, Hermann. **Culpa in contrahendo. Die positiven Vertragsverletzungen**. Bad Homburg: Gehlen, 1969.

LANDO, Ole. Das neue Schuldrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs und die Grundregeln des europäischen Vertragsrechts. **Rebels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht**, Hamburg, v. 67, n. 2, p. 231-245, abr. 2003.

LANDO, Ole. The rules of european contract law. In.: EUROPEAN PARLIAMENT. **Study of the systems of private law in the EU with regard to discrimination and the creation of a European Civil Code**. Legal Affairs Series, 1999. cap. 3.

LARENZ, Karl; MACÍAS-PICAVEA, Miguel Izquierdo (Trad.). **Derecho Civil**: parte general. Madrid: Rev. de Derecho Privado, 1978.

LARENZ, Karl; WOLF, Manfred. **Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts**. ed. 8. Munique: Beck, 1997.

LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. O enriquecimento sem causa no novo código civil brasileiro. **Revista CEJ**, Brasília, n. 25, p. 24-33, abr./jun. 2004.

LIMA, Renata Faria Silva. **Equilíbrio econômico-financeiro contratual**: no direito administrativo e no direito civil. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane; SZTAJN, Rachel (Trad). **Análise Econômica do Direito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

MARRERO, Andrew W. Punitive Damages: Why the Monster Thrives. **Georgetown Law Journal**, Washington, v. 105, n. 4, p. 767-818, abr. 2017.

MARQUES, Claudia Lima. Cem anos de Código Civil alemão: o BGB de 1896 e o Código Civil brasileiro de 1916. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 86, n. 741, p. 11-37, jul. 1997.

MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MARQUES, Claudia Lima; WEHNER, Ulrich. **Código Civil alemão muda para incluir a figura do consumidor**: renasce o "direito civil geral e social"? *Revista de Direito do Consumidor*, v. 10, n. 37, p. 271-277, jan./mar. 2001.

MARKESINIS, Basil S. An expanding tort law - the price of a rigid contract law. **Law Quarterly Review**, v. 103, p. 354-397, jul. 1987.

MARKESINIS, Basil S. **Foreign Law & Comparative Methodology** – a subject and a thesis. Oxford: Hart Publishing, 1997.

MARKESINIS, Basil S. **The German Law of Torts** – A Comparative Treatise. 4. ed. Oxford: Hart Publishing, 2002.

MARTINS COSTA, Judith. O fenômeno da supracontratualidade e o princípio do equilíbrio: inadimplemento de deveres de proteção (violação positiva do contrato) e deslealdade contratual

em operação de descruzamento acionário. **Revista Trimestral de Direito Civil - RTDC**, Rio de Janeiro, v. 7, n. 26, p. 213-249, abr./jun. 2006.

MARTINS COSTA, Judith. Responsabilidade civil contratual. Lucros cessantes. Resolução. Interesse positivo e interesse negativo. Distinção entre lucros cessantes e lucros hipotéticos. Dever de mitigar o próprio dano. Dano moral e pessoa jurídica. In.: LOTUFO, Renan (Coord.). NANNI, Giovanni Ettore (Coord.). MARTINS, Fernando Rodrigues (Coord.). **Temas relevantes do direito civil contemporâneo**. São Paulo: Atlas, 2012.

MARTINS COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. Usos e abusos da função punitiva: punitive damages e o Direito brasileiro. **Revista CEJ**, Brasília, n. 28, p. 15-32, mar. 2005.

MARTINS COSTA, Judith; ZANETTI, Cristiano de Souza. Responsabilidade contratual: prazo prescricional de dez anos. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 979, p. 215-241, mai. 2017.

MELO, Nehemias Domingos de. **Dano moral**: problemática do cabimento à fixação do quantum. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos fundamentais: eficácia das garantias constitucionais nas relações privadas - análise da jurisprudência da Corte Constitucional Alemã. **Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**, São Paulo, v. 07, n. 27, p. 33-44, abr./jun. 1999.

MIRAGEM, Bruno. **Direito Civil**: Direito das Obrigações. São Paulo: Saraiva, 2017.

MIRAGEM, Bruno. **Direito Civil**: Responsabilidade civil. São Paulo: Saraiva, 2015.

MIRAGEM, Bruno. **Abuso do direito**: ilicitude objetiva e limite ao exercício de prerrogativas jurídicas no Direito Privado. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MIRAGEM, Bruno. Função social do contrato, boa-fé e bons costumes: nova crise dos contratos e a reconstrução da autonomia negocial pela concretização das cláusulas gerais. In: MARQUES, Claudia Lima. **A nova crise do contrato**: estudos sobre a nova teoria contratual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. 560 p. p. 176-225.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de direito privado**: parte geral, tomo 6. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de direito privado**: parte especial, tomo 22. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de direito privado**: parte especial, tomo 26. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.

MÖLLER, Reinhard. **Das Präventionsprinzip des Schadensrechts**. Berlin: Duncker & Humblot, 2006.

MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. **Responsabilidade contratual e extracontratual**: contrastes e convergências no direito contemporâneo. Rio de Janeiro: Processo, 2016.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Processo, 2017.

MORAES, Maria Celina Bodin de. Punitive damages em sistemas civilistas: problemas e perspectivas. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v. 18, p. 45-78, abr./jun. 2004.

MUNIZ, Joaquim de Paiva. Apontamentos sobre a análise econômica de certos institutos do direito contratual. **Revista de Direito Empresarial - IBMEC**, Rio de Janeiro, v. 2, p. 69-90, 2004.

NADER, Paulo. **Curso de direito civil: obrigações**. v.2. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

NALIN, Paulo Ribeiro. Presunção de lucros cessantes: reflexões em torno de uma tendência jurisprudencial. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v. 1, n. 3, p. 3-14, jul./set. 2000.

NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato: novos paradigmas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

NERY, Rosa Maria de Andrade; NERY JUNIOR, Nelson. **Instituições de direito civil**. v. II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

NORDMEIER, Carl Friedrich. O novo direito das obrigações no Código Civil Alemão. **Revista Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito PPGDir./UFRGS**, Porto Alegre, v. 1, mar. 2004.

PARGENDLER, Mariana Souza. The Role of the State in Contract Law: The Common-Civil Law Divide. **Yale Journal of International Law**, New Haven, v. 43, n. 1, p. 143-189, mar/2018.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. v. I. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

PEREIRA, Regis Fichtner. **A responsabilidade civil pré-contratual: teoria geral e responsabilidade pela ruptura das negociações contratuais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

PINHEIRO, Armando Manuel da Rocha Castelar; SADDI, Jairo. **Direito, economia e mercados**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

PINTO, Paulo Mota. **Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo**. v. I e II. Coimbra: Coimbra, 2008.

POSNER, Richard A. **Economic analysis of law**. 9. ed. Nova Iorque: Wolters Kluwer, 2014.

RAMOS, Erasmo. A influência do Bürgerliches Gesetzbuch alemão na parte geral do Novo Código Civil português. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, v. 15, p. 75-98, 1998.

REALE, Miguel. **Estudos preliminares do código civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

REIMANN, Mathias; ZEKOLL, Joachim. **Introduction to German Law**. Munique: C. H. Beck, 2005.

REISDORFER, Renata Carlos Steiner. **Descumprimento contratual: boa-fé e violação positiva do contrato**. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

RIZZARDO, Arnaldo; RIZZARDO FILHO, Arnaldo; RIZZARDO, Carine Ardisson. **Prescrição e decadência**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade Civil**. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

RODRIGUES, Carmen Beatriz de Lemos Tiburcio. **Temas de direito internacional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. A influência do BGB e da doutrina alemã no direito civil brasileiro do século XX. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 102, n. 938, p. 79-155, dez. 2013.

ROPPO, Enzo; COIMBRA, Ana (Trad.); GOMES, Manuel Januário da Costa (Trad.). **O contrato**. Coimbra: Almedina, 1988.

ROWAN, Solène. Reflections on the Introduction of Punitive Damages for Breach of Contract. **Oxford Journal of Legal Studies**, Oxford, v. 30, n. 3, p. 495-517, jul. 2010.

SACCO, Rodolfo. **Introdução ao direito comparado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

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

SCHMIDT, Jan Peter. Responsabilidade civil no direito alemão e método funcional no direito comparado. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v. X, n. 40, p. 139-150, out./dez. 2009.

SCHREIBER, Anderson. A tríplice transformação do adimplemento. Adimplemento substancial, inadimplemento antecipado e outras figuras. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v. 08, n. 32, p. 3-27, out./dez. 2007.

SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2013.

SCHREIBER, Anderson. Reparação não pecuniária dos danos morais. **Revista VOXLEX**, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 51-67mar./abr. 2016.

SCHWARTZ, Alan. The default rule paradigm and the limits of contract law. **Southern California Interdisciplinary Law Journal**, n. 389, 1993-1994.

SEBOK, Anthony J. Punitive damages in the United States. In: KOZIOL, Helmut (Ed.); WILCOX, Vanessa (Ed.). **Punitive damages: Common Law and Civil Law perspectives**. Mörlenbach: Springer, 2009.

SILVA, Almiro do Couto e. Romanismo e germanismo no Código Civil brasileiro. **Revista da Procuradoria Geral do Estado do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre/RS, v. 27, n. 57, p. 295-313, dez. 2003.

SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto e. **A obrigação como processo**. Porto Alegre: Emma, 1964.

SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto e. O conceito de dano no direito brasileiro e no direito comparado. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, n. 667, v. 80, maio 1991.

SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto e. Para uma história dos conceitos no direito civil e no direito processual civil: (a atualidade do pensamento de Otto Karlowa e de Oskar Bülow). **Revista de Processo**, São Paulo, v. 10, n. 37, p. 238-270, jan./mar. 1985.

SIEMS, Mathias. Disgorgement of Profits for Breach of Contract: A Comparative Analysis. **Edinburgh Law Review**. Edimburgo, v. 7, n. 1, p. 27-59, jan. 2003.

SHAVELL, Steven. **Foundations of economic analysis of law**. Cambridge (USA): Belknap Press of Harvard University Press, 2004.

STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais - RT, 2011.

STURNER, Rolf. Sobre as reformas recentes no direito alemão: e alguns pontos em comum com o projeto brasileiro para um novo Código de Processo Civil. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 36, n. 193, p. 355-371, mar. 2011.

TEPEDINO, Gustavo. Prescrição aplicável à responsabilidade contratual: crônica de uma ilegalidade anunciada. **Revista Trimestral de Direito Civil – RTDC**, Rio de Janeiro, v. 10 n. 37, p.3-5, jan./mar.2009.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. **Código Civil interpretado conforme a Constituição da República**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

THEODORO JR., Humberto. **Comentários ao novo Código Civil: dos atos jurídicos lícitos. Dos atos ilícitos. Da prescrição e decadência. Da prova**. v. III, t. II. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

TIMM, Luciano Benetti. Common law e contract law: uma introdução ao direito contratual norte-americano. **Revista Semestral de Direito Empresarial**, Rio de Janeiro, n. 10, p. 107-150, jan./jun. 2012.

TOMAZETTE, Marlon. A viabilidade da análise econômica do direito no Brasil. **Revista Tributária e de Finanças Públicas**, São Paulo, v. 15, n. 75, p. 177-198, jul./ago. 2007.

USTÁRROZ, Daniel. **Temas atuais de direito contratual**. Porto Alegre: Notadez, 2010.

VARELA, João de Matos Antunes. **Das obrigações em geral**. v. I. 9. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1998.

VARELA, João de Matos Antunes. **Das obrigações em geral**. V. II. 7 ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1997.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

WALD, Arnaldo. **Curso de Direito Civil Brasileiro**: obrigações e contratos. v. II. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

WALD, Arnaldo; GIANCOLI, Brunno Pandori. **Direito Civil**: responsabilidade civil. v. VII. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

WESTERMANN, Harm Peter; LAUX, Armando Edgard (Trad.). **Código civil alemão**: direito das obrigações; parte geral. Porto Alegre: Fabris, 1983.

WITZ, Claude. **Droit privé allemand** – 1. Actes juridiques, droits subjectifs. Paris: Litec, 1992.

WIEACKER, Franz; HESPANHA, A. M. Botelho (Trad.). **História do direito privado moderno**. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.

ZIMMERMANN, Reinhard. **The Law of Obligations**: Roman Foundations of the Civilian Tradition. Cidade do Cabo: Juta, 2006.

ZIMMERMANN, Reinhard. **The New German Law of Obligations**: Historical and Comparative Perspectives. New York: Oxford University Press, 2005.

ZIMMERMANN, Reinhard; KOCH, Bernhard A. **Digest of European Tort Law**: Essential Cases on Damage. v. II. Berlin: Walter de Gruyter, 2011.

ZIMMERMANN, Reinhard; WHITTAKER, Simon. **Good faith in European Contract Law**. New York: Cambridge University Press, 2000.

ZWEIGERT, Konrad; KÖTZ, Hein. **Introduction to Comparative Law**. Nova Iorque: Oxford, 1995.

LISTA DE JULGADOS

ALEMANHA, BGH, 04.06.1992 - IX ZR 149/91.

ALEMANHA, BGH, 15.11.1994 - VI ZR 56/94.

BRASIL, AgRg no REsp 439.628/MG, Rel. Ministro ARI PARGENDLER, TERCEIRA TURMA, julgado em 16/03/2006, DJ 10/04/2006, p. 169

BRASIL, REsp 437.614/SP, Rel. Ministro HÉLIO QUAGLIA BARBOSA, QUARTA TURMA, julgado em 12/12/2006, DJ 05/02/2007.

BRASIL, REsp 838.550/RS, Rel. Ministro CESAR ASFOR ROCHA, QUARTA TURMA, julgado em 13/02/2007, DJ 21/05/2007, p. 589.

BRASIL, AgRg no Ag 1366967/MG, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 18/02/2016, DJe 24/02/2016). Também nesse sentido: REsp 1180609/SP, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 08/06/2010, DJe 18/06/2010.

BRASIL, REsp 945.369/RJ, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, Rel. p/ Acórdão Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 05/10/2010, DJe 18/10/2010.

BRASIL, REsp 1168547/RJ, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 11/05/2010, DJe 07/02/2011.

BRASIL, REsp 1087471/MT, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 14/06/2011, DJe 17/06/2011.

BRASIL, REsp 1051270/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 04/08/2011, DJe 05/09/2011.

BRASIL, Ag 1431051/DF, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 12/06/2012, DJe 21/08/2012.

BRASIL, EREsp 903.258/RS, Rel. Ministro ARI PARGENDLER, CORTE ESPECIAL, julgado em 15/05/2013, DJe 29/05/2013.

BRASIL, AgRg no Ag 1401863/PR, Rel. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, QUARTA TURMA, julgado em 12/11/2013, DJe 19/11/2013.

BRASIL, REsp 1.347.136/DF, processado sob o regime do art. 543-C do CPC/1973, Rel. Min. ELIANA CALMON, PRIMEIRA SEÇÃO, DJe de 07/03/2014.

BRASIL, REsp 1316149/SP, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 03/06/2014, DJe 27/06/2014.

BRASIL, REsp 1301595/RJ, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, CORTE ESPECIAL, julgado em 29/05/2014, DJe 07/04/2015.

BRASIL, AgRg no REsp 1386808/SC, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 21/05/2015, DJe 29/05/2015.

BRASIL, AgRg no REsp 1291531/DF, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 05/11/2015, DJe 10/11/2015.

BRASIL, AgRg no AREsp 165.114/PR, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 17/11/2015, DJe 23/11/2015.

BRASIL, AgRg no AREsp 783.719/SP, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 10/03/2016, DJe 17/03/2016.

BRASIL, AgRg no REsp 1002684/AL, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 05/05/2016, DJe 17/05/2016.

BRASIL, REsp 1528596/SP, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, TERCEIRA TURMA, julgado em 10/05/2016, DJe 23/05/2016.

BRASIL, REsp 1508590/TO, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, Rel. p/ Acórdão Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 14/06/2016, DJe 27/06/2016.

BRASIL, AgRg no AREsp 175.821/SP, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 23/08/2016, DJe 05/09/2016.

BRASIL, REsp 1360969/RS, Rel. Ministro MARCO BUZZI, Rel. p/ Acórdão Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 10/08/2016, DJe 19/09/2016.

BRASIL, AgRg no REsp 1432129/DF, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 01/09/2016, DJe 16/09/2016.

BRASIL, AgInt no AgRg no AREsp 267.726/SP, Rel. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, QUARTA TURMA, julgado em 18/10/2016, DJe 24/10/2016.

BRASIL, AgInt no AREsp 794.821/RS, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 25/10/2016, DJe 14/11/2016.

BRASIL, REsp 1281594/SP, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 22/11/2016, DJe 28/11/2016.

BRASIL, REsp 1474832/SP, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, Rel. p/ Acórdão Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 13/12/2016, DJe 03/03/2017.

BRASIL, AgInt no REsp 1490387/RS, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 18/05/2017, DJe 01/06/2017.

BRASIL, REsp 1510619/SP, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 27/04/2017, DJe 19/06/2017.

BRASIL, REsp 1466177/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 20/06/2017, DJe 01/08/2017.

BRASIL, AgInt no AREsp 893.943/SP, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 08/08/2017, DJe 22/08/2017.

BRASIL, REsp 1632842/RS, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 12/09/2017, DJe 15/09/2017.

BRASIL, REsp 1669002/RJ, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 21/09/2017, DJe 02/10/2017.

BRASIL, AgInt no AgInt no AREsp 273.735/PR, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 26/09/2017, DJe 03/10/2017.

BRASIL, AgInt no AgInt no AREsp 986.993/RJ, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 09/11/2017, DJe 20/11/2017.

BRASIL, AgInt no AgInt no AREsp 1001068/MG, Rel. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, QUARTA TURMA, julgado em 21/11/2017, DJe 27/11/2017.

BRASIL, REsp 1695725/ES, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/11/2017, DJe 19/12/2017.

BRASIL, REsp 1327773/MG, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 28/11/2017, DJe 15/02/2018.

BRASIL, AgInt no REsp 1704671/SP, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 06/03/2018, DJe 15/03/2018.

BRASIL, REsp 1717160/DF, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 22/03/2018, DJe 26/03/2018.

BRASIL, AgInt nos EDcl no REsp 1631429/SC, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 13/03/2018, DJe 27/03/2018.

BRASIL, AgInt no AREsp 1113334/SP, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 15/05/2018, DJe 25/05/2018.

BRASIL, AgInt nos EDcl no AREsp 110.662/SP, Rel. Ministro LÁZARO GUIMARÃES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 5ª REGIÃO), QUARTA TURMA, julgado em 05/06/2018, DJe 12/06/2018.

BRASIL, AgInt no AREsp 1141991/RJ, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 05/06/2018, DJe 13/06/2018.

BRASIL, AgInt no REsp 1496308/DF, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 21/06/2018, DJe 26/06/2018.

BRASIL, REsp 1677955/RJ, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 18/09/2018, DJe 26/09/2018.

BRASIL, AgInt no AREsp 1136518/BA, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, julgado em 19/06/2018, DJe 28/06/2018.

BRASIL, AgInt no AREsp 1162773/AM, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 26/06/2018, DJe 29/06/2018.

BRASIL, AgInt no AREsp 1258616/SP, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 26/06/2018, DJe 29/06/2018

BRASIL, EREsp 1280825/RJ, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 27/06/2018, DJe 02/08/2018.

BRASIL, AgRg no AREsp 748.412/SC, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 26/06/2018, DJe 02/08/2018.

BRASIL, AgInt no AREsp 747.320/DF, Rel. Ministro LÁZARO GUIMARÃES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 5ª REGIÃO), QUARTA TURMA, julgado em 14/08/2018, DJe 22/08/2018.

BRASIL, AgInt no AgInt nos EDcl no REsp 1513839/PE, Rel. Ministro LÁZARO GUIMARÃES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 5ª REGIÃO), QUARTA TURMA, julgado em 14/08/2018, DJe 23/08/2018.

BRASIL, AgInt no AREsp 1056650/SP, Rel. Ministro LÁZARO GUIMARÃES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 5ª REGIÃO), QUARTA TURMA, julgado em 21/08/2018, DJe 24/08/2018.

BRASIL, AgInt no AREsp 1264724/SP, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 21/08/2018, DJe 31/08/2018.

BRASIL, AgInt no REsp 1731038/DF, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, julgado em 21/08/2018, DJe 05/09/2018.

BRASIL, REsp 1641868/SP, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, julgado em 05/06/2018, DJe 06/09/2018.

BRASIL, AgInt no REsp 1399280/RS, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 30/08/2018, DJe 12/09/2018.

BRASIL, AgRg no AREsp 132.795/SP, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 30/08/2018, DJe 13/09/2018.

BRASIL, REsp 1750570/RS, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 11/09/2018, DJe 14/09/2018.

BRASIL, AgInt no AREsp 1099952/RS, Rel. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, QUARTA TURMA, julgado em 11/09/2018, DJe 18/09/2018.

BRASIL, AgInt no AREsp 1296944/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 18/09/2018, DJe 21/09/2018.

BRASIL, AgInt no REsp 1608493/PR, Rel. Ministro LÁZARO GUIMARÃES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 5ª REGIÃO), QUARTA TURMA, julgado em 18/09/2018, DJe 26/09/2018

BRASIL, AgInt no AREsp 1105185/RJ, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 20/09/2018, DJe 01/10/2018.

BRASIL, AgInt no REsp 1729847/SP, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 01/10/2018, DJe 05/10/2018.

BRASIL, REsp 1698701/RJ, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 02/10/2018, DJe 08/10/2018.

BRASIL, AgInt no AREsp 812.782/PR, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/10/2018, DJe 23/10/2018.

BRASIL, AgInt no AgInt no AREsp 942.502/RS, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 16/10/2018, DJe 24/10/2018.

BRASIL, AgInt no AREsp 1328472/GO, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 23/10/2018, DJe 29/10/2018.

BRASIL, AgInt no REsp 1719517/RS, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 06/11/2018, DJe 14/11/2018.

BRASIL, AgInt no AREsp 1172987/RS, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 12/11/2018, DJe 16/11/2018.

BRASIL, AgInt no REsp 1742038/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 25/02/2019, DJe 27/02/2019.

BRASIL, AgInt no REsp 1717845/RS, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 12/02/2019, REPDJe 26/02/2019, DJe 25/02/2019.

BRASIL, Apelação Cível Nº 70003521176, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ana Lúcia Carvalho Pinto Vieira Rebout, Julgado em 11/12/2002.

BRASIL, Apelação Cível Nº 70062583711, Décima Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Eduardo João Lima Costa, Julgado em 18/12/2014.

BRASIL, Apelação Cível Nº 70061708418, Décima Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Eduardo João Lima Costa, Julgado em 11/06/2015.

BRASIL, Apelação Cível Nº 70066648676, Décima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marcelo Cezar Muller, Julgado em 26/11/2015.

BRASIL, Apelação Cível Nº 70066863507, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Eugênio Facchini Neto, Julgado em 16/12/2015.

BRASIL, Apelação Cível Nº 70073064339, Décima Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Giuliano Viero Giuliato, Julgado em 09/05/2017.

BRASIL, Apelação Cível Nº 70072243686, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jorge André Pereira Gailhard, Julgado em 31/05/2017.

BRASIL, Apelação Cível Nº 70072264112, Décima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Guinther Spode, Julgado em 13/06/2017.

BRASIL, Apelação Cível Nº 70074188723, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Eugênio Facchini Neto, Julgado em 27/09/2017.

BRASIL, Apelação Cível nº 70076033372, Décima Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Adriana da Silva Ribeiro, Julgado em 28/03/2018.

BRASIL, Apelação Cível Nº 70077041531, Décima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Paulo Roberto Lessa Franz, Julgado em 26/04/2018.

BRASIL, TJSP; Apelação 7.155.293-9; Relator Pedro Alexandrina Ablas; Órgão Julgador: 14ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível - 36.VARA CIVEL; Data do Julgamento: 09/04/2008.

BRASIL, TJSP; Apelação 9112793-79.2007.8.26.0000; Relator (a): J.L. Mônaco da Silva; Órgão Julgador: 5ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível - 24.VARA CIVEL; Data do Julgamento: 12/06/2013; Data de Registro: 25/06/2013.

BRASIL, sentença na ação civil pública n. 0412318-20.2015.8.19.0001, envolvendo a Volkswagen do Brasil Ltda., julgado pela 1ª Vara Empresarial do Rio de Janeiro em 2017.

ESTADOS UNIDOS, *Genay v. Norris*, 1 S. C. L. 6, 7 (1784).

ESTADOS UNIDOS, *Aluminum Co. of America v. Essex Group*, 499 F. Supp. 53 (W.D. Pa. 1980).

ESTADOS UNIDOS, *Snepp v. United States*, 444 U.S. 507 (1980).

ESTADOS UNIDOS, *Liebeck v. McDonald's Restaurants, P.T.S. Inc.* 1995 WL 360309 (N.M. Dist. 1994).

ESTADOS UNIDOS, *Gore v. BMW of North America, Inc.* 646 So. 2d 619, 625-29 (Ala. 1994).

ESTADOS UNIDOS, *Ventura v. Titan*, 65 F. 3d 725, 8th Cir. (1995).

REINO UNIDO, *Hadley v Baxendale* (1854) 9 Exch 341.

REINO UNIDO, *Tito v Waddell* (No 2) [1977] Ch 106.

REINO UNIDO, *Kuddus v Chief Constable of Leicestershire Constabulary* [2001] UKHL 29.

REINO UNIDO, *Attorney General v Blake* [2000] UKHL 45, [2001] 1 AC 268.