

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO CIVIL APLICADO

Vitor Arlen de Oliveira Zanini

**A RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRA CONTRATUAL E O ENRIQUECIMENTO
SEM CAUSA COMO LIMITE PARA A QUANTIFICAÇÃO DO DANO**

Porto Alegre

2011

Vitor Arlen de Oliveira Zanini

**A RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRA CONTRATUAL E O ENRIQUECIMENTO
SEM CAUSA COMO LIMITE PARA A QUANTIFICAÇÃO DO DANO**

Monografia apresentada ao Curso de Especialização em Direito Civil Aplicado junto ao Programa de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para obtenção do grau de Especialista em Direito Civil.

Professor Orientador: Doutor Sérgio Severo

Porto Alegre

2011

Vitor Arlen de Oliveira Zanini

**A RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRA CONTRATUAL E O ENRIQUECIMENTO
SEM CAUSA COMO LIMITE PARA A QUANTIFICAÇÃO DO DANO**

Monografia aprovada como requisito parcial à obtenção do grau de Especialista em Direito Civil junto ao Programa de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Doutor Sérgio Severo
(Professor Orientador)

Porto Alegre, outubro de 2011.

AGRADECIMENTOS

Ao Professor Doutor Sérgio Severo pela valiosa orientação prestada na elaboração desta monografia, no questionamento das teorias, das afirmações expostas, e principalmente, na indicação das indispensáveis obras bibliográficas que foram consultadas.

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo principal abordar a responsabilidade civil extracontratual, dando ênfase, a responsabilidade advinda do dano sem especificar ser esse na esfera patrimonial ou na esfera não patrimonial do lesado, bem como, fazer uma análise do instituto do enriquecimento sem causa sob seus aspectos jurídicos tanto como princípio (fundamento como critério interpretativo), como no seu aspecto de instituto que regula a constituição de certas relações obrigacionais (fonte de obrigação), buscando a todo o momento demonstrar a necessidade da fixação de critérios e parâmetros que possam de forma moderada e prudente estabelecer limites à quantificação (indenizações) resultante por dano extracontratual, impedindo assim a ocorrência de enriquecimento sem causa, injustificado ou desmotivado.

Palavras-chave: Responsabilidade civil extracontratual. Enriquecimento sem causa. Princípio interpretativo. Fonte obrigacional.

ABSTRACT

The main goal of this Paper is to discuss the extra contractual civil responsibility, giving emphasis to the responsibility originated in the loss, without specifying whether it was a patrimonial loss or not, as well as to make an analysis of the unjust enrichment institute, regarding its legal aspects as a principle (based on its interpretative criteria), as concerning the institute which regulates the establishment of some obligational relations (source of obligation), seeking at every moment to show the need for searching criteria and/or parameters that could establish limits to quantify (indemnification) due to extra contractual loss, in a reasonable and cautious manner, therefore avoiding without cause, unjust or unmotivated enrichment.

Key words: Extra contractual civil responsibility. Unjust enrichment. Interpretative principle. Obligational source.

SUMÁRIO

I) INTRODUÇÃO.....	8
II) CAPÍTULO I – RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRACONTRATUAL (CONSIDERAÇÕES GERAIS).....	10
A) BREVE LINEAMENTO HISTÓRICO DA RESPONSABILIDADE CIVIL	13
B) TEORIAS DA RESPONSABILIDADE CIVIL	15
b.1) Teoria da Responsabilidade Subjetiva (Teoria da Culpa)	17
b.2) Teoria da Responsabilidade Objetiva	18
C) PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL.....	18
c.1) Fato Ilícito	19
c.2) Culpa	20
c.3) Dano	21
c.4) Nexo de Causalidade	23
D) O ATO ILÍCITO NA SISTEMÁTICA DO ATUAL CÓDIGO CIVIL.....	24
E) AS CONSEQÜÊNCIAS DO ATO ILÍCITO E A REPARAÇÃO INTEGRAL DO DANO	28
III) CAPÍTULO II – ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA (LIMITE PARA A QUANTIFICAÇÃO DO DANO)	40
A) BREVE LINEAMENTO HISTÓRICO DO ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA	43
a.1) O Instituto do Enriquecimento Sem Causa no Sistema Jurídico Brasileiro	45
B) FUNDAMENTOS DO ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA	46
b.1) Fundamento Moral.....	46
b.2) Fundamento como Princípio Geral de Direito	47
b.3) O Fundamento na Equidade	47
C) REQUISITOS DO ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA	47
c.1) A Existência do Enriquecimento	48
c.2) A Obtenção do Enriquecimento à custa de Outrem	48
c.3) Ausência de Causa Justificadora para o Enriquecimento	49
D) O ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA COMO FONTE DAS OBRIGAÇÕES	49
d.1) Definição de Obrigação	51
d.2) A Obrigação Como Processo	53

E) APLICAÇÃO JUNTO AOS TRIBUNAIS.....	54
IV) CONCLUSÃO.....	60
REFERÊNCIAS.....	62

I) INTRODUÇÃO

Conforme sugerido no título do presente trabalho, o objeto de estudo é traçar algumas relações importantes a respeito de dois relevantes assuntos do direito das obrigações: a responsabilidade civil extracontratual e o enriquecimento sem causa no Código Civil Brasileiro.

Com o decorrer do tempo, e a inevitável evolução das relações, a sociedade sentiu a necessidade de organizar-se através de uma ordem social alicerçada na normatização e na codificação das condutas dos indivíduos.

Diante de tais aspectos, hoje cristalizados em nosso sistema jurídico, o presente trabalho tem o intuito de analisar a responsabilidade civil extracontratual em alguns dos seus principais temas dentro do direito das obrigações, uma vez que, esta é parte integrante do corpo normativo civil que nos circundam no âmbito social.

A responsabilidade civil extracontratual resulta do inadimplemento normativo, ou seja, da violação de um dever fundado em algum princípio geral de direito (artigo 927 Código Civil) ou da prática de um ato ilícito por pessoa capaz ou incapaz (artigo 928 Código Civil) visto que não há vínculo anterior entre as partes, e por não estarem às mesmas ligadas por uma relação obrigacional, sendo a fonte desta inobservância a lei, uma vez que a lesão ou o dano causado a um direito sem que entre as partes preexistia qualquer relação jurídica.

A responsabilidade civil extracontratual esta disciplinada na Parte Especial do Livro I ao tratar do Direito das Obrigações (Título IX – Da Responsabilidade Civil), mais especificamente nos artigos 927 a 954 dos Capítulos I e II (Da Obrigação de Indenizar e Da Indenização).

Assim sendo, dado o princípio da reparação integral em que todos os danos causados devem ser reparados de forma que se atinja o mais próximo possível do valor dos bens e dos direitos que forem lesados, razão pela qual, no presente trabalho procura-se fazer uma relação sistemática do instituto “da responsabilidade civil extracontratual e a necessidade de quantificação do dano podendo ter como limite o enriquecimento sem causa”.

O Código Civil Brasileiro disciplinou o enriquecimento sem causa na Parte Especial do Livro I ao tratar do Direito das Obrigações (Título VII - Dos Atos Unilaterais), mais especificamente nos artigos 884 a 886 do Capítulo IV (Do enriquecimento sem causa),

Como se pode notar o legislador no Código Civil Brasileiro não protegeu aquele que enriquece ante a falta de fundamento jurídico para tanto, uma vez que, a colocação do enriquecimento sem causa entre as fontes das obrigações constitui uma das importantes inovações do ordenamento,

O presente trabalho por uma questão didática do assunto foi estruturado da seguinte forma: I) Introdução; II) Capítulo I – Responsabilidade Civil Extracontratual (Considerações Gerais); a) Breve Lineamento Histórico da Responsabilidade Civil; b) Teorias da Responsabilidade Civil; b.1) Teoria da Responsabilidade Subjetiva (Teoria da Culpa); b.2) Teoria da Responsabilidade Objetiva; c) Pressupostos da Responsabilidade Civil; c.1) Fato Ilícito; c.2) Culpa; c.3) Dano; c.4) Nexos de Causalidade; d) O Ato Ilícito na Sistemática do atual Código Civil; e) As conseqüências do Ato Ilícito e a Reparação Integral do Dano; III) Capítulo II – Enriquecimento Sem Causa (Limite para a Quantificação do Dano); a) Breve Lineamento Histórico do Enriquecimento Sem Causa; a.1) O Instituto do Enriquecimento Sem Causa no Sistema Jurídico Brasileiro; b) Fundamentos do Enriquecimento Sem Causa; b.1) Fundamento Moral; b.2) Fundamento como Princípio Geral de Direito; b.3) O Fundamento na Eqüidade; c) Requisitos do Enriquecimento Sem Causa; c.1) A Existência do Enriquecimento; c.2) A obtenção do Enriquecimento à custa de Outrem; c.3) Ausência de Causa Justificadora para o Enriquecimento; d) O Enriquecimento Sem Causa como Fonte das Obrigações; d.1) Definição de Obrigação; d.2) A obrigação como processo; e) Aplicação junto aos Tribunais; IV) Conclusão.

Dada essas breves considerações introdutórias, o presente trabalho monográfico terá como objetivo abordar a responsabilidade civil extracontratual, contextualizando-a, nesse aspecto, a responsabilidade advinda do dano sem especificar ser esse na esfera patrimonial ou na esfera não patrimonial do lesado, bem como, será feita uma análise do instituto do enriquecimento sem causa buscando todo o momento demonstrar necessidade de critérios e/ou parâmetros que possam de forma moderada e prudente estabelecer limites a quantificação (indenizações) resultante por dano extracontratual, impedindo assim a ocorrência de enriquecimento sem causa, injustificado ou desmotivado.

II) CAPÍTULO I – RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRA CONTRATUAL (CONSIDERAÇÕES GERAIS)

A responsabilidade é fundamental nos mais diferentes ramos do direito, sendo a responsabilidade jurídica a própria figura da responsabilidade em seu sentido genérico, a responsabilidade jurídica segundo ensina Cretella Júnior é a “[...] própria responsabilidade transportada para o campo do direito, situação originada por ação ou omissão de sujeito de direito público ou privado que, contrariando norma objetiva, obriga o infrator a responder com sua pessoa ou bens”¹.

A responsabilidade jurídica envolve a pessoa infringente da norma, a pessoa atingida pela infração, a ligação ou nexos de causalidade entre o infrator e a infração, o prejuízo decorrente, a sanção aplicável e a reparação, consistente na volta ao estado anterior ao ato que produziu o dano.

A responsabilidade civil, objeto de estudo no presente trabalho, nas palavras de José Canotilho “[...] consiste na base do próprio direito, porque nela cinge-se a mais íntima relação entre o direito e a ética”².

A responsabilidade civil, em sua origem, era baseada na culpa e sem a prova desta não era possível a restituição do dano. No entanto, paulatinamente foi-se admitindo tanto na esfera contratual quanto na extracontratual, a responsabilidade civil decorrente do risco, sem se destacar deste contexto, todavia, o exame da culpa, e como decorrência, chegou-se à aceção atual da responsabilidade civil enquanto responsabilidade objetiva decorrente do risco e a subjetiva onde reina a culpa.

Modernamente a doutrina define responsabilidade civil como a aplicação de medidas que obriguem alguém a reparar o dano não patrimonial ou patrimonial causado à terceiro, em razão de ato do próprio imputado, de pessoa por quem ele responde, ou de fato de coisa ou animal sob sua guarda (responsabilidade subjetiva), ou, ainda, de simples imposição legal (responsabilidade objetiva).

Sendo assim, não existe responsabilidade civil sem determinado comportamento humano contrário à ordem jurídica, o que significa dizer que a responsabilidade civil é a situação de quem se encontra na obrigação de reparar as

¹ CRETELLA JÚNIOR, José. **O estado e a obrigação de indenizar**. São Paulo: Saraiva, 1980. p. 7-8.

² CANOTILHO, J. J. Gomes. **O problema da responsabilidade por actos ilícitos**. Coimbra: Almedina, 1974. p. 27.

conseqüências danosas, resultantes de determinado ato seu ou de terceiro, seja ou não por ele moralmente responsável, daí a existência de várias teorias jurídicas sobre o fundamento da responsabilidade.

Conforme salientado por diversos autores, por influência do Direito Francês o “Código Civil de Beviláqua” calcou a responsabilidade civil na idéia de culpa, consoante se depreende da simples leitura do seu artigo 159³: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano”.

As hipóteses de responsabilidade objetiva, por sua vez, ficariam relegadas a pontos esparsos da legislação codificada, a exemplo da regra prevista em seu artigo 1.529 que impõe a obrigação de indenizar, sem indagação de culpa, àquele que habitar uma casa ou parte dela, pelas coisas que dela caírem ou forem lançadas em lugar indevido⁴.

De tal forma, a responsabilidade civil extracontratual (aquiliana)⁵, conforme idealizada pelo codificador, exigiria para a sua configuração, além da ação ilícita, do

³ Corresponde atualmente ao art. 927 CC/2002.

⁴ Corresponde atualmente ao art. 938 CC/2002.

⁵ As raízes primitivas são a responsabilidade pessoal, pelo facto de, para determinados fins, uma pessoa estar submetida ao poder de apreensão de outra pessoa. O fim mais antigo ligado a esse poder de responsabilizar é a expiação de um *delictum*, um ato ilícito cometido por alguém contra outra pessoa. Os Romanos distinguem entre crimes cometidos contra a colectividade (o povo, o Estado) (*crimina publico*, infra § 50 I 1), e as ofensas ao indivíduo, à sua família ou aos seus bens (*delicta privata*). Só estes actos ilícitos contra o particular fazem parte do direito privado e podem ser perseguidos no processo civil pelo lesado; também o processo penal público, na maioria dos factos criminais, não é introduzido oficiosamente pelos órgãos do Estado, mas por denúncia do lesado ou de outra pessoa para isso legitimada. Segundo o direito antigo, quem tivesse cometido um ilícito privado, estava exposto, pela comissão do delito, à vingança da vítima. Esta adquiria um direito de apreensão do corpo do autor, um direito de domínio cujo conteúdo se esgotava na autorização para executar a vingança, i.e., a desforra executada por arbítrio próprio. O móbil da vingança nos tempos antigos ia até a morte; mas percebe-se que não se podia continuar neste ciclo tão severo. Por isso foram diminuídas as faculdades da vítima e protegido o autor contra a perseguição injustificada. 2.a) O direito de matar, da vítima, atenuou-se inicialmente substituindo-o para certos actos, como as ofensas corporais mais graves (*membrum ruptum*), pela Lei de Talião (talvez talis, ‘equivalente’); ao agente não pode ser infligida, como expiação, lesão corporal maior do que a ele próprio causou (infra 51 1a). b) Acima de tudo, já em tempos antigos o direito de vingança da vítima torna-se remível; esta pode e deve pela aceitação de uma dádiva expiatória renunciar à faculdade de se vingar no corpo do agente. Para salvar o agente, os seus parêntese membros da mesma gens terão oferecido ao lesado uma prestação expiatória que deve levar a renúncia à vingança. Inicialmente, ficou o critério do lesado vender a sua faculdade de vingança pelo resgate oferecido e fixar o preço. Mas o Estado, que favorece esta renúncia à vingança no interesse da coletividade, intervém e regulamenta, como provam as XII Tábuas. Estabelece para os atos ilícitos multas em cifras precisas e calculáveis segundo determinados critérios, orientando-se talvez por valores já estabelecidos na prática.” (KASER, Max. **Direito privado romano**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian., 1999. p. 192. Citado por LEMOS, Paula M. F. de. **Ato ilícito e reparação por dano**. Disponível em: <http://www.ugf.br/editora/pdf/voxxuris_2/artigo1.pdf>. Acesso em: 12 set. 2011.)

dano e do nexo de causalidade, a busca subjetiva do que impulsionou o comportamento do agente causador (a sua culpabilidade).

Entretanto, o avanço tecnológico desenvolveu a denominada teoria do risco, que serviria de base à responsabilidade objetiva, e cujos reflexos seriam sentidos por grande parte das leis especiais reguladoras da atividade econômica, com notável acuidade J. J. Calmon de Passos sintetiza todo esse contexto histórico:

Os proveitos e vantagens do mundo tecnológico são postos num dos pratos da balança. No outro, a necessidade de o vitimado em benefício de todos poder responsabilizar alguém, em que pese o coletivo da culpa. O desafio é como equilibra-los. Nessas circunstâncias, fala-se em responsabilidade objetiva e elabora-se a teoria do risco, dando-se ênfase à mera relação de causalidade, abstraindo-se, inclusive, tanto da ilicitude do ato quanto da existência de culpa⁶.

Assim, sob a influência dessas idéias inúmeras leis especiais consagraram a “nova” teoria, admitindo a responsabilização do agente causador do dano, independentemente da prova de dolo ou culpa: Dec. n. 2.681/12 (responsabilidade das estradas de ferro por danos causados aos proprietários marginais), Lei n. 5316/67, Dec. n. 61.784/67, Lei n. 8213/91 (legislação de acidente do trabalho), Leis n. 6.194/74 e 8.441/92 (seguro obrigatório de acidentes de veículos – DPVAT), Lei n. 6.938/81 (referente a danos causados no meio ambiente) e a Lei n. 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor) que reconhece a responsabilidade objetiva do fornecedor do produto ou serviço por danos causados ao consumidor, e por fim, a responsabilidade objetiva do Estado nos termos do artigo 37, § 6º, da Constituição da República.

Frente a esse quadro, o atual Código Civil, por sua vez, afastando-se da orientação da lei anterior consagrou a teoria do risco e, ao lado da responsabilidade subjetiva (baseada na culpa), admitiu também a responsabilidade objetiva, consoante se infere da leitura do artigo 927.

De modo geral, no entanto, o conceito não assume nenhum compromisso com as duas correntes que disputam as preferências: a teoria subjetiva da culpa e a teoria objetiva da responsabilidade sem culpa, sendo que, a rigor, elas se completam e convivem lado a lado, visando o mesmo objetivo: a reparação do dano.

⁶ PASSOS, José Joaquim Calmon de. **O imoral nas indenizações por dano moral**. Disponível em: <http://www.tjmg.jus.br/jesp/jurisprudencia_doutrina/doutrina_004.html>. Acesso em: 12 set. 2011.

Um caso de responsabilidade civil supõe antes de tudo um equilíbrio econômico a ser restabelecido entre dois patrimônios, e “decorre da ação ou omissão, culposa ou dolosa, cuja conseqüência seja a produção de um prejuízo”⁷.

A) BREVE LINEAMENTO HISTÓRICO DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Como pode se verificar nos manuais, o instituto da responsabilidade civil surgiu há muito tempo, pois com o advento das civilizações, o nomadismo foi acabando e passou a ter um domicílio fixo, surgindo assim, os conflitos de interesses.

Com o intuito de solucionar os conflitos gerados pela vida em sociedade na época, surgiu o Código de Hamurábi, que foi elaborado pelo imperador babilônico, assim, o Poder Público institucionalizou uma idéia de vingança para com o agressor, ou seja, a justiça era feita na mesma proporção do dano causado, limitando-se à retribuição do mal pelo mal, como pregava a Lei de Talião.

Esta prática apresentava resultados negativos, pois se baseava na produção de uma nova lesão, ou seja, um dano suportado pelo agressor, após sua punição.

Importante registrar que no período romano, conforme salientado por inúmeros doutrinadores, prevaleceu à noção básica do delito. Os *delicta* (termo latino que significa delito) constituíram o fato genérico da responsabilidade, com a caracterização de algumas figuras de delitos civis: *furtum*, *noxia* e *iniuria*⁸.

Pode se extrair que naquela época, a idéia predominante era a vingança privada, pois não se cogitava a idéia de culpa, nem havia diferença entre a responsabilidade penal e a responsabilidade civil sendo relevante só o fato de vingar.

Nesse sentido, o Direito Romano à época da Lei das XII Tábuas representa um período transitório entre a composição voluntária e a composição legal. A vítima

⁷ CRETELLA JÚNIOR, José. **O estado e a obrigação de indenizar**. São Paulo: Saraiva, 1980. p. 43.

⁸ Por volta do final do século III a.C., um Tribuno da Plebe de nome Aquilius, dirigiu uma proposta de lei aos Conselhos da Plebe, com vistas a regulamentar a responsabilidade por atos intrinsecamente ilícitos. Foi votada a proposta e aprovada, tornando-se conhecida pelo nome de *Lex Aquilia*. A *Lex Aquilia* era na verdade plebiscito, por ter origem nos Conselhos da Plebe. É lei de circunstância, provocada pelos plebeus que, desse modo, se protegiam contra os prejuízos que lhes causavam os patrícios, nos limites de suas terras. (PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.)

opta entre a satisfação pela vingança e a obtenção de soma em dinheiro. Esta soma era fixada, não havendo uma indenização propriamente dita no Direito Romano.

Porém, no mesmo período a Lei de Talião já esboçava a perspectiva de uma composição entre a vítima e o ofensor, de forma voluntária, inserida na solução transacional como afirma Caio Mario, e assim, à medida que a pena privada vai perdendo o caráter de punição, toma corpo à idéia de reparação.

Verifica-se que com a evolução e o desenvolvimento da civilização romana, as figuras delituais para a época revelaram-se insuficientes para conter todas as espécies de reparações.

Outras situações começaram a tomar importância e tiveram que ser regulamentadas, situações essas que não figurava um delito, mas a este se assemelhava, embora não tenham chegado os jurisconsultos romanos a substituir totalmente a vingança privada por uma norma geral e definidora da responsabilidade civil.

Mas foi com o advento da *Lex Aquilia*, num estágio mais avançado do direito romano, que se estabelece um princípio geral da reparação do dano, introduzindo o elemento subjetivo da culpa contra o objetivismo do direito primitivo.

A instituição desta lei realiza a maior evolução nos conceitos *jus-romanísticos*, importância tão significativa para o direito dos povos que até a atualidade se prende à denominação “aquiliana” para designar-se a responsabilidade extracontratual, em oposição à contratual.

Segundo Caio Mario, a Lei Aquilia originou-se de um plebiscito proposto pelo tribuno Aquilio, e ampliou os horizontes da responsabilidade civil. Para o citado jurista, sua maior contribuição está na substituição das multas fixas por uma pena proporcional ao dano sofrido, entretanto, predominava ainda a reparação de danos originários de casos concretos.

Foi obra do pretor e dos jurisconsultos ultrapassar a linha dos casos previstos no texto, e a partir da figura do *damnum* atingiu-se a noção mais ampla de prejuízo. Todavia, o direito romano, não obstante a importância da Lei Aquiliana, permaneceu fiel às origens, e a multiplicação dos casos particulares levou a admitir, na última fase deste direito, a evolução que abrangia não só a maior parte dos prejuízos materiais, como também os prejuízos morais.

Neste sentido, avança a necessidade de reparação, mesmo que inexistisse um corpo lesado, não havendo previsão legal para tanto, utilizava-se a *actio utilitatis*

causa para pleitear ressarcimento pelos prejuízos sofridos, inclusive dos danos morais.

Entretanto, a concepção da Lei Aquiliana só emergiu nos fins da República romana, muito embora acirradas controvérsias dividiam os autores da época que de um lado sustentavam a idéia de culpa estranha à Lei Aquiliana, e de outro, os que sustentavam a sua presença como elementar na responsabilidade civil, desta controvérsia surgiram as duas correntes, dividindo a responsabilidade civil em objetiva e subjetiva, existentes até os dias atuais.

Mais tarde, o direito francês com o Código de Napoleão generalizando o princípio aquiliano foi estabelecendo aos poucos um princípio geral da responsabilidade civil.

No Código Napoleônico já podia ser identificado à introdução do dever de reparação quando houvesse culpa, mesmo que levíssima, sendo nesse momento que surge a distinção entre responsabilidade civil, penal, contratual e extracontratual.

As transformações sociais decorrentes do avanço técnico e o conseqüente desenvolvimento industrial, claramente, ocasionaram um aumento considerável do número de acidentes, onde, muitas vezes, era impossível provar-se a culpa, e nesses casos, ficando a vítima privada de ver-se ressarcida dos prejuízos sofridos, deixando a teoria da culpa a desejar uma solução satisfatória.

Em decorrência disso surgiu à teoria do risco, que representa uma objetivação da responsabilidade, sob a idéia de todo risco dever ser garantido e todo dano deve ter um responsável, convivendo essa teoria, lado a lado, com a teoria da culpa.

Portanto, as teorias clássicas envolvendo a responsabilidade civil, cada uma com sua importância peculiar, continuam em voga e são responsáveis por inúmeros e riquíssimos debates jurídicos, tanto assim que não se pode deixar de apresentá-las neste estudo.

B) TEORIAS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

A princípio, nas palavras de Sílvio Rodrigues não se pode afirmar serem espécies diversas de responsabilidade a subjetiva e a objetiva, mas sim, maneiras

diferentes de encarar a obrigação de reparar o dano⁹.

Realmente, diz ser subjetiva a responsabilidade quando se inspira na idéia de culpa, e objetiva quando esteeda na teoria do risco, porém, dentro da concepção tradicional, a responsabilidade do agente causador do dano só se configura se agiu culposamente ou dolosamente, pois a prova do agente causador do dano é indispensável para surgir o dever de reparar.

Assim, a responsabilidade civil depende do comportamento do sujeito, sendo esse também uma maneira de se conceber a responsabilidade civil, não importando a corrente histórica ou a concepção ideológica, pois em todos os entendimentos, mais aprofundado ou mais superficial, o princípio da responsabilidade civil encontra sempre amparo como fonte obrigacional, onde deve responder pela reparação, o causador de um dano à pessoa ou aos bens de outrem.

No entanto, o tema que mais intriga a doutrina ocorre em torno da determinação do fundamento da responsabilidade civil, pois alguns autores, de maneira geral, agrupam-se em campos divergentes ao desenvolverem a fundamentação do princípio distribuindo-se nas duas teorias: a doutrina subjetiva ou teoria da culpa, e a doutrina objetiva que abstrai a culpa e se encontra mais precisamente na teoria do risco¹⁰.

Assim, pode-se afirmar que a “velha responsabilidade civil” foi obrigada a buscar outros fundamentos que não a culpa individual, deduzida de um comportamento sobre o qual teria o agente algum poder de opção, ou seja, na atual doutrina se busca deslocar o ponto focal da responsabilidade, justamente em sua dimensão mais significativa, a do causador imediato do dano e de sua culpa, para o imperativo da reparação do dano.

Entretanto, atualmente as luzes se dirigem para o que se fez centro, por sua relevância, o dano, pois é ele que cumpre seja reparado, independente da investigação de quem é seu causador e de sua culpabilidade, dado que se tornou produtora de danos à própria atividade produtiva, necessária e lícita, devendo ser

⁹ RODRIGUES, Silvio. A responsabilidade aquiliana no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor. In: Tubenclak, James (Coord.). **Livro de estudos jurídicos**. Rio de Janeiro: Instituto de Estudos Jurídicos, 1991. p. 11.

¹⁰ No entanto, a definição *do telos* muitas vezes deixa de observar o condicionamento que tais concepções, de forma mais ou menos acentuada, exercem sobre a responsabilidade pública, o que se pretende observar, na medida em que o fundamento é um elemento determinante, porém condicionado por outros fatores. (SEVERO, Sérgio. **Tratado da responsabilidade pública**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 60.)

dissociada da culpa e vinculada ao mero nexos causal entre o evento e o resultado danoso, imputável ao beneficiário da atividade.

b.1) Teoria da Responsabilidade Subjetiva (Teoria da Culpa)

Como mencionado no ponto anterior do presente trabalho, a teoria subjetiva pressupõe a culpa como fundamento da responsabilidade civil, estabelecendo nesse diapasão, a responsabilidade civil de alguém para reparação do dano caso sua conduta seja contrária ao direito.

Conforme essa teoria o ato ilícito praticado culposamente gera o dever de reparação, portanto, a obrigação de reparar o dano resulta da conduta do agente se agiu com dolo ou culpa, sendo, a prova da culpa pressuposto básico do dano indenizável.

Portanto, para que surja a obrigação de reparar o dano é indispensável que na conduta do agente tenha ocorrido uma falha que se possa enquadrar no conceito jurídico de culpa em alguma de suas modalidades, ou seja, imprudência, negligência, imperícia ou dolo.

O atual Código Civil em seu artigo 186 adotou a teoria da culpa elencando os requisitos básicos para a reparação do dano como sendo: a) a ação ou omissão violadora do direito de outrem; b) o dano produzido por este ato ou omissão; c) a relação de causalidade entre o ato ou a omissão e o dano e d) a culpa.

Conforme explica Sérgio Severo:

O ocaso da culpa marca a terceira revolução do direito geral da responsabilidade na história do direito, precedida pela pena de talião constante da Bíblia e da Lei das XII Tábuas (421 a.C.), que estabelecia, em grau absoluto, a necessidade de proporção entre o dano e a reparação (vingança); bem como pela *Lex Aquilia* (286-287 a.C.), que inaugurou o período da responsabilidade culposa. [...] Pois é justamente essa terceira revolução, já no plano de um direito social e solidário, que transforma a solução moral, atribuindo a determinadas atividades, eleita pela sociedade, uma responsabilidade que se centra no resultado danoso, concentrando-se substancialmente na figura da vítima e não mais na pessoa do autor do dano¹¹.

Porém, cumpre ressaltar que haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei ou quando a atividade

¹¹ SEVERO, Sérgio. **Tratado da responsabilidade pública**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 61.

desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem na forma do artigo 927, parágrafo único do Código Civil de 2002.

b.2) Teoria da Responsabilidade Objetiva

A responsabilidade objetiva, teoria também chamada de “teoria do risco” tem como fundamento a atividade exercida pelo agente, criando risco de dano à vida, à saúde ou outros bens para terceiros.

Assim, com a entrada em vigor do Código Civil de 2002 a teoria da responsabilidade objetiva passou a integrar o ordenamento jurídico pátrio de maneira mais abrangente, pois antes estava mais explícita na legislação de maneira espaça.

O § único do artigo 927 do Código Civil de 2002 adotou a presente teoria ao dispor que "independentemente de culpa" responde aquele que causar dano a outrem por ato ilícito.

Ponto importante e que advém com a adoção da teoria da responsabilidade objetiva é que os fornecedores ou prestadores de serviços passaram a responder pelos danos causados, independentemente de agirem com culpa, tendo responsabilidade direta por seus produtos ou serviços, ainda mais, quando a atividade desenvolvida por eles, implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

C) PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Aprofundando na matéria, o atual Código Civil em seus artigos 186 e 927 enumera os elementos ou os pressupostos necessários à configuração da responsabilidade civil.

A doutrina elenca o “dano” e o “nexo de causalidade” como imprescindíveis ao dever de reparação, sendo a “culpa do agente”, apesar de ser a regra básica na obrigação de reparar pela prática de atos ilícitos, não é pressuposto indispensável da responsabilidade civil, pois em diversas ocasiões não se questiona sua ocorrência para advir à indenização, sendo a mesma presumida.

No entanto, para que a responsabilidade civil seja caracterizada é necessário que se verifiquem todos os seus pressupostos, ou seja, desde que se concretizem

todos os seus elementos a seguir: o fato ilícito, a culpa, o dano, e o nexo de causalidade entre o fato e o dano.

c.1) Fato Ilícito

As relações em sociedade geram o chamado “contato social”, sendo que, em sua efetiva interação social ao atingir direitos de terceiro, ou ferir valores basilares da coletividade, deve o agente arcar com as conseqüências, sendo esse um princípio básico que deve ser respeitado em prol de uma convivência pacífica em sociedade. Muitos defendem ser essa a principal razão que motivou o surgimento da responsabilidade civil, ou seja, foi idealizada para regulamentar as ações praticadas em contrário ao direito¹².

Nesse contexto Fernando de S. P. Jorge distingue a ilicitude em objetiva e subjetiva, sendo que a questão, segundo ele, consiste em saber se a antijuridicidade deve conceber-se em plano objetivo, como conduta ou fato considerado em si mesmo contrário à norma, sem que interesse averiguar se houve ou não uma vontade consciente e livre de dar-lhe origem, ou se, pelo contrário, a ilicitude só é admissível em relação às condutas voluntárias enquanto tais, portanto em plano subjetivo.

Assim, pode-se constatar que das ações que interessam ao direito, umas são de acordo e outras em desacordos com o respectivo ordenamento, surgindo assim, os atos jurídicos de um lado e os atos ilícitos de outro lado¹³.

Conforme salienta Rui Stoco “na conceituação do ilícito, ingressam diferentes elementos, tendo-se por pacífico que apenas os atos resultantes de ação consciente pode ser definidos como ilícitos”, e depois conclui que “à antijuridicidade deve-se a

¹² A ordem jurídica constitui reflexo da ordem pública vigente em um dado momento, numa determinada sociedade. O conceito de ordem pública, por sua vez, constitui um desafio para os juristas, envolvendo aspecto da soberania nacional. Nas palavras de Maria Helena Diniz, ordem pública “interessa à vida, à incolumidade da prosperidade da comunidade, à organização da vida social, sendo, por isso, oficialmente reconhecida pela ordenação jurídica. [...] A ordem pública, por ser um critério axiológico, caracteriza-se pela sua apreciação de conformidade com o forum no momento atual. Como a noção de ordem pública é ambígua, imprecisa e variável no tempo e no espaço, ao órgão judicante caberá, caso por caso, averiguar se a ordem pública está ou não em jogo.” (DINIZ, Maria Helena. **Lei de introdução ao Código Civil Brasileiro interpretada**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 365.)

¹³ JORGE, Fernando de Sandy Lopes Pessoa. **Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil**. Coimbra: Almedina, 1972. p. 64.

subjetividade, cumprindo perquirir-se a vontade do agente, a culpa *lato sensu* é, neste caso, o fundamento da responsabilidade”¹⁴.

c.2) Culpa

Pode se verificar que muitos doutrinadores reconhecem que não é tarefa das mais fáceis conceituar a questão da “culpa” em decorrência do seu uso relativamente freqüente, ora no sentido de reprimenda ou censura moral que se faz ao agente, ora na acepção objetiva de infração a determinada estrutura ou ordenamento.

Uma das definições mais trabalhadas pela doutrina, pelo menos a pesquisada como fonte para este artigo, é a noção de Aguiar Dias que afirma:

[...] a culpa é a falta de diligência na observância da norma de conduta, isto é, o desprezo, por parte do agente, do esforço necessário para observá-la, com resultado, não objetivado, mas previsível, desde que o agente se detivesse na consideração das conseqüências eventuais da sua atitude¹⁵.

Assim, como mencionado nos tópicos anteriores, na teoria da responsabilidade subjetiva a culpa é fator preponderante sendo o elemento que a distingue da responsabilidade objetiva.

O elemento objetivo da culpa é o dever violado, sendo que, como regra geral no Código Civil o dever ressarcitório pela prática de atos ilícitos decorre da culpa, ou seja, da reprovabilidade ou censurabilidade da conduta do agente.

Assim, será reprovado ou censurado o comportamento do agente quando, diante das circunstâncias concretas, verifica-se que ele poderia ou deveria ter agido de modo diverso, a culpa é caracterizada comparando-se a conduta do agente ao comportamento de um indivíduo médio, fixado como padrão, e resultar que, diante desta comparação, o causador do dano agiu com imprudência, negligência ou imperícia, nos quais não incorreria o homem-padrão.

¹⁴ STOCO, Rui. Defesa do consumidor e responsabilidade pelo risco do desenvolvimento. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 855, p. 46-53, jan. 2007. p. 49.

¹⁵ DIAS, Aguiar. **Da responsabilidade civil**. São Paulo: Saraiva, 1979. p. 123. Citado por STOCO, Rui. Defesa do consumidor e responsabilidade pelo risco do desenvolvimento. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 855, p. 46-53, jan. 2007. p. 51.

Não se pode ignorar para conceituar a culpa, os elementos previsibilidade e comportamento do homem médio, ou seja, só se pode cogitar de culpa quando o evento é previsível, o que não acontece se for imprevisível.

Nesse aspecto Caio Mario Pereira ao analisar algumas definições encontrada na doutrina conceitua a culpa como, “[...] um erro de conduta, cometido pelo agente que, procedendo contra direito, causa dano a outrem, sem a intenção de prejudicar, e sem a consciência de que seu comportamento poderia causá-lo”¹⁶.

Assim, tratando-se de um fato ilícito é necessário que se estabeleça um certo nexó psicológico entre o fato e a vontade do lesante, ou seja, a culpa exprime o juízo de reprovabilidade pessoal da conduta do agente, que assenta no nexó existente entre o fato e a vontade deste.

Dessa forma, o conceito de culpa tanto pode envolver um caso de dolo ou intenção de praticar o fato ilícito, como um caso de negligência, traduzida numa falta de diligência e zelo a que os órgãos e agentes estão adstritos em razão do cargo ou atividade que exercem¹⁷.

c.3) Dano

Uma vez que não se pode cogitar ou pensar em reparação sem prejuízo, a verificação do dano é elemento essencial da responsabilidade civil, estando o mesmo, entre um dos principais elementos constitutivos da responsabilidade civil, assim, o mesmo não suscita tantas discussões doutrinária, pois a mesma enuncia que, “[...] pois que se trata de reparar, é preciso que haja alguma coisa a ser reparada [...]”¹⁸, podendo afirmar que existe uma profunda relação entre o dano e a responsabilidade civil, não podendo esta haver sem a existência daquele.

Assim, o requisito do dever de reparação não se subordina ao elemento quantitativo, sendo o dever de reparação devido tanto para prejuízos reduzidos como para prejuízos em grandes proporções, pois o fator de relevância para o

¹⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993. p. 69.

¹⁷ VARELA, João de Matos Antunes. **Das obrigações em geral**. 8. ed. Coimbra: Almedina, 1994. p. 443.

¹⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993. p. 38.

ressarcimento é a lesão ao direito e ao interesse da vítima, e não somente sua extensão pecuniária.

O conceito de dano e sua abrangência vêm sofrendo considerável abalo face aos avanços tecnológicos e à maior preocupação em proteger a vítima, observando o princípio da reparação integral, partindo de um dano certo e atual para um dano potencial, futuro.

De maneira geral, o dano pode ser conceituado como sendo a subtração ou diminuição de um bem jurídico, seja patrimonial, seja moral, referente à personalidade da vítima (honra, imagem, liberdade etc.). O dano patrimonial é também chamado de dano material e é suscetível de avaliação pecuniária, podendo ser reparado diretamente ou por meio de equivalente (indenização pecuniária).

A doutrina classifica o dano patrimonial em: a) emergente (quando atinge o patrimônio da vítima e consiste em prejuízo efetivamente sofrido); b) lucro cessante (aquilo que a vítima deixou de ganhar em face do ato ilícito, perda do ganho esperado); c) dano direto (aquele que advém imediatamente da conduta ilícita do agente); d) dano indireto (decorrente de circunstâncias posteriores à conduta que aumentam o prejuízo); e) dano previsível (aquele que poderia ser previsto na data da celebração do negócio jurídico) e f) dano imprevisível (não era possível sua previsão antecipadamente).

Questão relevante que tem sido objeto de estudo é o dano futuro, como o da radioatividade, verificável de forma diferida, e o dano injusto, como por exemplo, a perda de uma chance, e nesse ponto, Sérgio Severo aduz que, a

[...] questão da perda de uma chance está inserida na esfera da certeza do dano, visando à indenização do dano causado quando a vítima vê frustrada, por ato de terceiro, uma expectativa séria e provável, no sentido de obter um benefício ou de evitar uma perda que a ameaça¹⁹.

Desse modo, o objetivo da reparação é restituir à vítima, se possível, o estado que se encontrava antes do ilícito, ou seja, como muitas vezes isso se torna impossível, busca-se uma compensação em forma de reparação, novamente aqui, verifica-se ser o dano o fundamento principal da responsabilidade civil na visão da doutrina moderna.

¹⁹ SEVERO, Sérgio. **Os danos extrapatrimoniais**. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 11.

c.4) Nexa de Causalidade

No âmbito da responsabilidade civil para a reparação do dano não é suficiente que o agente tenha agido apenas de forma contrária ao direito, eis que não se define a responsabilidade pelo fato de cometer um erro de conduta.

Sendo assim, não basta que a vítima sofra um dano, elemento objetivo do dever de indenizar, pois se não ocorrer um prejuízo a conduta antijurídica ou ilícita não gera a obrigação de indenizar, necessitando que exista claramente uma ligação entre a ilicitude do ato e o dano causado por este.

Desse modo, tem-se que o liame entre a ação e o dano é denominado pela doutrina de nexa causal, não podendo a responsabilidade civil existir sem a relação de causalidade entre o dano e a ação que o provocou, sendo necessário haver a certeza de que sem o fato não existiria o prejuízo.

A relação de causalidade consiste na determinação de elementos objetivos (externos), consistentes na atividade ou inatividade do sujeito e atentatórios ao direito alheio, não podendo ser confundido com imputabilidade que é o elemento subjetivo (interno).

Pode se verificar que a teoria do nexa causal encontra dificuldades na busca e definição da verdadeira causa do dano, devido o aparecimento de outras causas que por muitas vezes podem ser sucessivas ou simultâneas, sendo que, nas causa simultânea há um só dano ocasionado por várias causas, podendo o dano ser atribuído a várias pessoas, o que não ocorre nas causas sucessivas, em que se verifica a existência de uma cadeia de causas e efeitos dificultando o aferimento de qual delas é responsável pelo dano.

Por fim, não sendo o objetivo do presente trabalho aprofundar-se nesse ponto, cumpre registrar, que na maioria das vezes a doutrina apresenta três teorias a respeito do nexa de causalidade: a da equivalência das condições, a da causalidade adequada e a que exige que o dano seja consequência imediata do fato que o produziu²⁰.

²⁰ Pela teoria da equivalência das condições, toda e qualquer circunstância que contribuir para produzir o dano considera-se causa, sem as quais o dano não se verificaria. Tal teoria não é aceita, pelo que levaria a resultados absurdos, remontando a fatos em que o liame é irrelevante. A teoria da causalidade adequada, somente considera como causadora do dano as condições que por si só são aptas a produzi-lo. A terceira teoria, requer a relação de causa e efeito direta e imediato tendo sido adotada pelo nosso Código Civil. A obrigação de ressarcimento, em regra, não

D) O ATO ILÍCITO NA SISTEMÁTICA DO ATUAL CÓDIGO CIVIL

Conforme mencionado nos itens anteriores, o Código Civil de 1916 regulava o ato ilícito no artigo 159 o qual dispunha: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligencia, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano”; assim, a verificação da culpa e a avaliação da responsabilidade eram reguladas pelo disposto no antigo Código nos artigos 1.518 a 1.532 e 1.537 a 1.553.

Rui Stoco apontava a existência de um equívoco conceitual na definição do ato ilícito pelo artigo 159 do Código Civil de 1916, pois a violação do direito por si só não pode ensejar o dever de reparação se não houver efetivamente um dano²¹.

O problema estava no texto do referido dispositivo que tanto poderia indicar que bastaria um comportamento voluntário, por negligência ou imprudência, violador de direito, para que o agente ficasse obrigado a reparar, ou que bastaria causar prejuízo, ainda que não tivesse a violação de direito, para que surgisse o dever de indenizar, assim, o problema era em razão da possibilidade de praticar ato ilícito sem dano, mas com repercussão indenizatória, diferentemente da responsabilidade civil que não prescinde do prejuízo, sendo dano elemento essencial e indispensável à responsabilização do agente, seja na responsabilidade objetiva ou aquiliana.

O Código Civil em vigor alterou o referido dispositivo estabelecendo no seu artigo 186 o conceito de ato ilícito nos seguintes termos: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

Além disso, inclui como ato ilícito o abuso de direito no artigo 187: “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”.

ultrapassa os limites da conexão causal, mas o dever de reparação não requer que o ato do responsável seja a única causa do dano. Se o autor é responsável por uma causa, sempre que desta derivar um dano, estabelece-se sua relação com as demais. (GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 385.)

²¹ STOCO, Rui. Defesa do consumidor e responsabilidade pelo risco do desenvolvimento. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 855, p. 40-53, jan. 2007. p. 40.

Em ambos os dispositivos o artigo 159 do Código Civil de 1916 e o artigo 186 do Código Civil de 2002, omitiram-se em relação à imperícia como uma das formas da culpa, o que não permite desconsiderar como conduta punível a atuação incompetente do agente cuja causa eficiente do dano seja a imperícia, assim, a imperícia ao lado da negligência e da imprudência, é um dos atributos e características da culpa em sentido estrito, e pode ser agrupada tanto como imprudência, quanto como negligência.

A doutrina aponta três alterações significativas nesse aspecto a) substituição da conjunção “ou” pela conjunção “e” (violar direito e causar prejuízo); b) exclusão da expressão “fica obrigado a reparar o dano” da parte final do artigo 159 do Código Civil de 1916 com o deslocamento para um dispositivo autônomo referente a obrigação de indenizar, responsabilidade civil (artigo 927 do Código Civil de 2002); c) ampliação do conceito de ato ilícito para os casos de abuso de direito.

Nesse sentido, da leitura dos referidos dispositivos legais alguns doutrinadores concluem que para a caracterização do ato ilícito devem-se conjugar alguns elementos como: a) conduta voluntária, ação, ou omissão de alguém; b) culpa do agente, realização intencional ou meramente previsível de um resultado exterior; c) violação de norma jurídica do direito privado; d) dano a outrem, atingindo a esfera jurídica alheia; e) nexos de causalidade entre a conduta e o dano.

Entretanto, tem-se verificado na doutrina também alguns argumentos contrários à presença do elemento culpa e dano como configuradores do ato ilícito, Rui Stoco e Judith Martins Costa²² defendem que o dano não constitui elemento integrante do ilícito, sendo plenamente possível haver um ato ilícito sem que haja prejuízo a outrem e que gere outro efeito que não o dever de indenizar.

²² A consequência mais comum da ilicitude será o nascimento do dever de indenizar. Porém, essa não será a única e exclusiva consequência só o será quando à ilicitude somar-se, por relação de causa e efeito, a ocorrência de um dano ressarcível. Há, porém, hipóteses de ilicitude civil sem dano, como a ameaça a direito de personalidade, ou a ocorrência de atos enquadráveis no enriquecimento sem causa, por exemplo, quando, ao deslocamento patrimonial indevido para A não se soma, necessariamente, o dano para B. Como precebem os processualistas antes dos civilistas, no movimento de revisão da categoria do ilícito está, em primeiro lugar, a distinção entre ato ilícito e fato danoso e, em segundo lugar, as novas necessidades de tutela processual de direitos não adequadamente tutelados pela via ressarcitória: anota com razão Marinoni – fundado nas recentes “descobertas dogmáticas” da civilista italiana – que a identificação entre ilícito e dano “deixou no escuro outras possíveis formas de sanção civil do ilícito.” (COSTA, Judith Hofmeister Martins. A ilicitude derivada do exercício contraditório de um direito: o renascer do venire contra factum proprium. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 100, n. 376, p. 126, nov./dez. 2004.)

Nesta seara destaca-se o papel das tutelas inibitórias cuja tarefa é prevenir o dano, diferentemente da tutela reparatória cujo objetivo é a recomposição do patrimônio da vítima, o retorno ao *status quo ante*, sendo oportuna às palavras de Paulo Ricardo Pazzolo que divide em duas as formas de tutela do ato ilícito:

A tutela contra os atos ilícitos tem dois aspectos: a prevenção e a reparação. A tutela de prevenção, chamada também de preventiva ou inibitória, é voltada para o futuro, tendo por objetivo impedir a prática, a repetição e a continuação de uma conduta ilícita. A tutela reparatória ou ressarcitória é voltada para o passado, visando à recomposição do dano causado pela prática do ilícito²³.

Na visão de Rui Stoco a violação do direito por si só já caracteriza o ilícito, independentemente do dano, ou seja, o ato ilícito é aquele praticado com infração de um dever legal ou contratual, bastando à transgressão da norma para haver ilicitude, assim, pode-se praticar um ato ilícito sem repercussão indenizatória caso não se verifique a ocorrência de um dano.

Assim, a redação do artigo 186 do Código Civil no seu entendimento, ao mencionar o dano, deve ser lida como mero equívoco de redação, haja vista o disposto no artigo 927 do Código, segundo o qual nascerá o dever de indenizar com o binômio ato ilícito-dano.

A presença do dano se faz necessária, portanto, para fazer nascer o dever de indenizar, cabendo a indagação se o elemento dano compõe ou não o ilícito civil. Judith Martins Costa interpreta a alteração feita pelo legislador de 2002 como um rompimento radical com a construção dogmática e ideológica do ilícito civil, servindo de base para a elaboração de uma nova noção de ilicitude civil, isto porque, com a exclusão da parte final do artigo 159 do Código Civil de 1916, fica obrigado a reparar o dano, e sua transferência para título próprio da responsabilidade civil no artigo 927 do Código Civil de 2002 ficou cortada à ligação feita tradicionalmente entre a ilicitude e o dever de indenizar.

Assim, essa alteração teria demonstrado ruptura da lógica proprietária, que constituía categoria central do direito civil clássico, e que via na ilicitude ligada à culpa e ao seu mais corriqueiro efeito, a obrigação de indenizar por dano ao

²³ POZZOLO, Paulo Ricardo. Ato ilícito civil. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná**, Curitiba, v. 32, n. 33, p. 241-251, 2000.

patrimônio, deixando espaço para o nascimento do dever de indenizar independentemente da prática de um ato ilícito.

Porém, a respeito dessa indagação, não existem relevantes alterações, pois essa omissão não implicaria a exclusão do elemento culpa dentro do conceito de ato ilícito estabelecido para os fins do artigo 186 do Código Civil de 2002, pois faz referência às suas modalidades, imprudência e negligência, além de ser a voluntariedade elemento essencial para caracterizar o ato ilícito.

O elemento intencional é indispensável uma vez que sem este não haverá conduta, ato de vontade, assim, as alterações do artigo 186 do Código Civil de 2002 não excluem do ato ilícito a presença da culpa e do dano, pois se trata de ilícito em sentido estrito e não antijuridicidade no sentido amplo, pelo contrário, o Código Civil atual reforçou a inclusão do dano como elemento do ato ilícito, o que se verifica na expressão “violação de direito e dano”. Sendo assim, não há como afastar o elemento culpa e dano do ato ilícito, sendo que este tem como efeito o dever de reparar os danos sofridos.

Entretanto, a consequência do ato ilícito é amplamente tratada pelo instituto da responsabilidade civil, que garante a reparação integral do dano, pois tradicionalmente, a responsabilidade civil era dividida em responsabilidade extracontratual decorrente da prática de ato ilícito (previsto no artigo 159 do Código Civil de 1916, atualmente artigo 186 do Código Civil de 2002) e responsabilidade contratual, quando o ilícito decorria de descumprimento de obrigação.

Se preexistente um vínculo obrigacional, e o dever de indenizar é consequência do inadimplemento, falta do cumprimento de qualquer obrigação ou de um dever geral, temos a responsabilidade contratual, também chamada de ilícito contratual ou relativo; se esse dever surge em virtude de lesão a direito subjetivo, violação de um dever genérico de abstenção ou dever jurídico geral, sem que entre o ofensor e a vítima preexista qualquer relação jurídica que o possibilite há responsabilidade extracontratual, responsabilidade de ilícito aquiliano ou absoluto.

Essa distinção mantém-se mais por questões didáticas do que por um efeito jurídico necessário, principalmente diante de novas regras de responsabilidade civil. A lei consumerista, por exemplo, superou essa divisão clássica entre responsabilidade contratual e extracontratual no que diz respeito à responsabilidade do fornecedor de produtos e serviços, pois estende o conceito de consumidor a todos aqueles que forem vítimas do acidente de consumo, sendo indiferente haver

relação direta, isto porque o fundamento da responsabilidade é o dever de segurança.

Ao lado da responsabilidade por ato ilícito há a responsabilidade que decorre de imposição legal como no caso do dever de indenizar quando a simples atividade do agente for capaz de gerar dano, responsabilidade objetiva.

E) AS CONSEQÜÊNCIAS DO ATO ILÍCITO E A REPARAÇÃO INTEGRAL DO DANO

Dada às considerações anteriores, e dado o fato de que a responsabilidade civil constitui efeito do ato ilícito, e não causa, podendo existir ilícitos, em sentido amplo, que não produzem o dever de indenizar²⁴.

A conseqüência jurídica do ato ilícito é, portanto, claramente o dever de indenizar, muito embora também possa haver o dever de indenizar por ato lícito nos casos previstos em lei, como exemplo, o artigo 929 do atual Código Civil e a responsabilidade civil objetiva do Estado por ato lícito.

Portanto, o ato ilícito ao gerar dano, elemento indispensável da responsabilidade civil, impõe ao seu causador o dever de reparar, o que deve se dar de forma ampla, integral, nos termos do princípio *restitutio in integrum*, que passa a ter relevante atribuição no âmbito da responsabilidade civil.

A idéia de reparação muito mais ampla do que a do ato ilícito (em sentido estrito), sendo que, a reparação plena encontra fundamento no artigo 5º, incisos V e X da Constituição Federal de 1988, dispositivo constitucional que garantiu a reparação do dano não só material, mas também moral (Superior Tribunal de Justiça no ano de 1992 publicou a Sumula 37 no sentido da possibilidade de cumulação das indenizações por danos morais e materiais resultantes de fato único)²⁵.

Portanto, verifica-se que o princípio da reparação integral engloba a plena reparação dos danos materiais e morais sofridos, incluindo em seu alcance o papel

²⁴ Sendo o ato ilícito, conforme já assinalado, o conjunto de pressupostos da responsabilidade, quais seriam esses pressupostos na responsabilidade subjetiva? Há primeiramente um elemento formal, que é a violação de um dever jurídico mediante conduta voluntária; um elemento subjetivo, que pode ser o dolo ou a culpa; e, ainda, um elemento causal-material, que é o dano e a respectiva relação de causalidade. (CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 17.)

²⁵ STJ - Súmula 37: São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato.

da culpa, a necessidade ou não de sua comprovação, e a fixação do *quantum indenizatório*.

Assim, indenização por danos morais, fundada na proteção da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III da Constituição Federal de 1988) tem enfrentado grandes dificuldades por parte da doutrina e da jurisprudência e por basicamente dois motivos: a) dificuldade na identificação das hipóteses de configuração do dano moral; b) falta de critério de aferição do *quantum debeatur*, ou seja, a quantificação dos danos extrapatrimoniais.

O conceito de dano moral há muito vem sendo discutido, e ultrapassada a fase de sua negação, por algumas correntes, uma conhecida como subjetiva, que o define como efeito da lesão a um interesse juridicamente protegido, normalmente traduzido na consagrada expressão: dor, tristeza, vexame, humilhação; e outra objetiva, que prefere definir como a lesão a direitos da personalidade, e uma terceira corrente, mais moderna, que vê no dano moral a violação da cláusula geral de tutela da pessoa humana²⁶.

A doutrina aponta alguns critérios objetivos a respeito da verificação dos danos a) a gravidade do dano; b) o grau de culpa do ofensor; c) a capacidade econômica da vítima; e d) a capacidade econômica do ofensor.

Os danos materiais, suscetíveis de avaliação pecuniária, são de mais simples quanto a sua apuração, pois, a despeito da liquidação, na prática ser objeto de alguma dificuldade, teoricamente, a indenização mede-se exatamente pelo montante dos prejuízos e podem ser matematicamente reduzidos, englobando juros legais e correção monetária, nesse sentido, os prejuízos sofridos de ordem material abrangem os danos emergentes, também chamados por Sérgio Cavalieri de dano positivo, e para garantir ampla reparação inclui os lucros cessantes.

Aqueles se referem à efetiva e imediata diminuição no patrimônio da vítima, e os lucros cessantes englobam aquilo que se deixou de ganhar pelo evento danoso, ou seja, é o reflexo futuro do ato ilícito sobre o patrimônio da vítima, a perda de um ganho esperável, uma frustração e conseqüentemente também diminuição do patrimônio, mas em potencial.

²⁶ Constitui dano moral a lesão a qualquer dos aspectos componentes da dignidade humana – dignidade esta que se encontra fundada em quatro substratos e, portanto, corporificada no conjunto dos princípios da igualdade, da integridade psicofísica, da liberdade e da solidariedade.” (MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana**: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 327.)

Porém, se exige para os lucros cessantes uma probabilidade objetiva, pois não basta lucro imaginário, hipotético ou remoto, atualmente, com a evolução da noção de ato ilícito para dano injusto, sendo este um conceito mais amplo, permite-se que a perda de uma chance, ou seja, a perda de uma oportunidade de obter determinada vantagem, ou de evitar um prejuízo que seja passível de indenização.

Desse modo, com base no princípio da reparação integral do dano, o problema é como enquadrar essa espécie de dano já que está arraigada a noção de que somente danos reais podem dar origem ao dever de indenizar e não “danos hipotéticos”, decorrentes de presunções ou probabilidades, para os adeptos da corrente tradicional, como inexistente possibilidade de se determinar qual seria o resultado final, não se cogita dano pela perda da chance, pois esta recairia na seara do dano hipotético, eventual.

De acordo com esta corrente, a indenização deste prejuízo “eventual” configuraria um enriquecimento sem causa.

Já a doutrina mais moderna sobre o tema caracteriza a perda de uma chance não como dano futuro, mas um dano em si mesmo, um dano presente, pois a chance é perdida no momento em que ocorre o fato lesivo, embora seja de difícil avaliação, já que não é mais possível a recolocação da vítima na mesma situação em que se encontrava.

A perda de uma chance ocorre em situações em que há um processo em andamento que propicia a chance de obter o resultado almejado, e que é rompido pela ação ou omissão do agente. Se não fosse o ofensor, a vítima teria uma chance séria e real de conseguir o resultado esperado, logo, não há que equiparar a perda de uma chance aos lucros cessantes, pois naquela não se sabe efetivamente se a vítima iria adquirir o benefício.

Em outras palavras, a diferença entre eles é que nos lucros cessantes há certeza de um dano do que se deixou de ganhar, podendo ser este valor apurado e determinado. Outra diferença é que a perda de uma chance decorre de uma violação a um mero interesse de fato, enquanto o lucro cessante deriva de uma lesão a um direito subjetivo, sendo que, o dano da perda de uma chance deve ser qualificado como uma subespécie de dano emergente e não como lucro cessante.

A verificação do fato determinante do prejuízo experimentado pela vítima é procedida, basicamente, por três critérios: a) o da equivalência das condições; b) o da causalidade adequada; e c) o da causalidade direta e imediata.

A teoria da equivalência das condições considera como causa do dano qualquer evento considerado, por si só, capaz de gerá-lo, portanto, havendo mais de uma causa possível qualquer delas é eficiente para gerar o dever de indenizar.

Já a teoria da causalidade adequada busca identificar, na presença de mais de uma possível causa, qual aquela que tem potencial para produzir os efeitos danosos, independentemente das demais circunstâncias que, no caso em concreto, operam em favor de determinado resultado.

Pelo critério da causalidade imediata, também chamada de teoria da interrupção do nexa causal, considera-se causa do dano o fato de que deriva mais proximamente.

Segundo a doutrina, o Código Civil teria adotado essa última teoria em razão do disposto no antigo artigo 1.060 do Código de 1916, atual artigo 403 do Código Civil de 2002, devido à expressão “efeito direto e imediato”.

Também, sustenta a doutrina, por sua vez, que o Direito Civil acolheu a teoria da causalidade adequada, definindo causa como o antecedente, não só necessário, mas também adequado à produção do resultado, logo, nem todas as condições serão causa, mas apenas aquela que for a mais apropriada a produzir o evento.

No entendimento de Gustavo Tepedino a interpretação literal do citado dispositivo legal excluiria qualquer hipótese de dano indireto no direito brasileiro, por este motivo, adota a teoria da necessariedade causal decorrente da construção evolutiva da teoria da causa imediata, segundo a qual o dever de reparar surge quando o evento danoso é efeito necessário de certa causa, sendo assim, possível verificar, na mesma série causal, danos indiretos passíveis de ressarcimento, desde que consequência direta²⁷.

Se outra forma, a culpa durante muito tempo constitui obstáculo para reparação integral, pois era difícil para vítima comprovar a falta do agente, mormente com o avanço industrial e o consumo de massa.

No Código Civil de 1916 o dever de indenizar era baseado na conduta culposa do agente causador do dano, inspirado no Código Civil Napoleônico, cuja responsabilidade era quase que exclusivamente fundada no ato ilícito, que tinha como elemento central a culpa *lato sensu*.

²⁷ TEPEDINO, Gustavo José Mendes (coord.). **A parte geral do Novo Código Civil**: estudos na perspectiva civil-constitucional. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 415.

Todavia, esse mecanismo foi sendo objeto de diversas críticas pela doutrina, eis que em determinados casos o subjetivismo, ou seja, a necessidade de a vítima provar a culpa acabava por gerar a irressarcibilidade do ofendido, mormente diante da complexidade das práticas industriais e do progressivo aumento dos riscos de acidentes.

Essa transformação social fez com que a teoria da responsabilidade civil passasse por uma evolução, partindo da teoria da culpa, para culpa presumida relativa ou absoluta, até a teoria do risco, em que não mais se leva em conta a culpabilidade do agente, mas o risco da atividade por ele desenvolvida, passando a responsabilidade objetiva.

A responsabilidade objetiva não substitui, nem elimina a responsabilidade por ato ilícito, o risco e a culpa são duas fontes de responsabilidade, que apesar de distintas convivem com harmonia. A responsabilidade subjetiva se aplica mais às relações interindividuais, deixando a responsabilidade objetiva para as hipóteses especificadas em lei, quando houver desequilíbrio entre as partes e a atividade desenvolvida for de elevado potencial lesivo.

O atual Código Civil consagrou duas cláusulas gerais de responsabilidade, a da responsabilidade objetiva prevista no artigo 927, § único, ao lado da responsabilidade subjetiva, artigo 186, contudo, há quem ainda sustente, como Rui Stoco que o parágrafo único do artigo 927 traz exceção e não regra geral, sendo as hipóteses de responsabilidade objetiva taxativas, *numerus claussus*.

Assim, o Código Civil em vigor não afastou a culpa como elemento fundamental, pressuposto do ato ilícito e um dos elementos básicos da responsabilidade civil, todavia, admite-se a tendência da despatrimonialização do Código Civil e o abandono da culpabilidade como elemento único e indispensável para que nasça a obrigação de reparar, de modo a caminhar mais rapidamente para a verdadeira socialização dos encargos.

A obrigação de indenizar deve ter como antecedente os pressupostos fundamentais da responsabilidade civil, ou seja, os elementos formadores daquela obrigação: um comportamento (ação ou omissão) do agente, o elemento subjetivo (dolo ou culpa), o nexo de causalidade entre a conduta e o resultado e a ocorrência de um dano efetivo, seja de ordem patrimonial ou extrapatrimonial (moral).

Na hipótese de responsabilidade objetiva é que se pode prescindir do elemento subjetivo, assim, mudou-se o foco da noção de identificar e responsabilizar

o culpado para o amplo ressarcimento da vítima, para sua reparação, distribuindo os prejuízos experimentados pela pessoa para a sociedade, eis que o risco aparentemente assumido pelo empreendedor é repassado para os destinatários finais através da reavaliação dos custos do empreendimento.

A teoria do risco busca beneficiar a vítima, sendo mais humano e ligado ao sentimento de solidariedade, repartindo com maior dose de equidade, principalmente diante da vida em sociedade que se tornou mais complexa, assim, a responsabilidade civil, ao contrario da penal e administrativa que visam punir o agente por condutas ilícitas, numa nova interpretação, preocupa-se exclusivamente, com a reparação do dano causado a outrem.

Assim, o foco volta-se para a vítima do dano injusto e não para o agente, por isso também que o direito civil abandonou há muito tempo à distinção entre culpa leve, grave, e vem aumentando as hipóteses de responsabilidade objetiva, que se fundamente na solidariedade.

O fim maior da responsabilidade civil é, portanto, a restituição do lesado ao estado em que se encontraria se não tivesse havido o dano, indenizar significa tornar indene a vítima, reparar todo o dano por ela sofrido.

O dano causado pelo ato ilícito rompe o equilíbrio jurídico-econômico anteriormente existente entre o agente e a vítima, por isso, busca-se restabelecer o equilíbrio, recolocando o prejudicado no *status quo ante*.

Aplica-se o princípio *restitutio in integrum*, indenizar pela metade seria fazer a vítima suportar o dano, os prejuízos, pois de maneira diferente do Código Civil de 1916, o atual Código no artigo 944, caput, positivou o princípio da reparação integral, segundo o qual o valor da indenização mede-se pela extensão do dano.

Uma primeira indagação a respeito deste artigo é se este estaria restrito aos danos materiais ou se também inclui os danos morais, pois a extensão do dano compreenderia tudo aquilo que a vítima perdeu e o que deixou de ganhar (danos emergentes e lucros cessantes), e, em se tratando de dano moral não há que se falar em caráter ressarcitório ou reparatório, pois a fixação de indenização visa compensar a vítima, por essas razões Rui Stoco²⁸ limita a aplicação aos danos patrimoniais.

²⁸ Sabe-se que o princípio firmado no âmbito da responsabilidade civil é o da *restitutio in integrum*, de modo a não se dar menos do que o efetivo prejuízo sofrido (lucros cessantes e dano emergente), sendo certo que estamos falando apenas de dano patrimonial, por força da limitação

Assim, de acordo com a redação expressa do artigo 944, caput do Código Civil de 2002 é vedada à interferência de considerações acerca das características do agente ou de sua conduta, sendo o único critério a extensão do dano, se afastando, portanto, do caráter punitivo.

Porém, a regra da reparação integral do dano pode ser abrandada pelo juiz, que em prol da equidade reduz o valor da indenização se houver desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, consoante artigo 944, § único do Código Civil de 2002, assim, a legislação civil concedeu ao juiz através dessa cláusula aberta, importante papel na aplicação do direito diante do caso concreto.

A vítima, no entanto, permanece com o ônus de provar a existência e a extensão do dano, prova esta dispensável em se tratando de dano moral o qual é *in re ipsa*²⁹, entretanto, tem se consolidado o entendimento de que este dispositivo não afastaria o caráter punitivo-pedagógico³⁰.

Assim, a norma aberta acabou por mitigar o princípio da reparação integral, mas impõe uma interpretação restritiva, visto que este princípio é conquista fundamental do direito brasileiro que deve está em consonância com fins sociais e valores fundamentais do ordenamento.

Dessa forma, como se tem sustentado, na sua inaplicabilidade aos casos de fixação de dano moral porquanto despido de natureza ressarcitória ou reparatória, pois o dano que se prefere denominar extrapatrimonial consubstancia vulneração a direitos da personalidade e reclama fixação indenizatória que represente uma compensação à vítima, da forma que, simultaneamente, deve representar um desestímulo ao ofensor, ainda que, no caso concreto, se pondere o grau de

imposta pelo próprio canos legal. (STOCO, Rui. Defesa do consumidor e responsabilidade pelo risco do desenvolvimento. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 855, p. 40-53, jan. 2007. p. 50.)

²⁹ Neste ponto a razão se coloca ao lado daqueles que entendem que o dano moral está ínsito na própria ofensa, decorre da gravidade do ilícito em si. Se a ofensa é grave e de repercussão, por si só justifica a concessão de uma satisfação de ordem pecuniária ao lesado. Em outras palavras, o dano moral existe *in re ipsa*; deriva inexoravelmente do próprio fato ofensivo, de tal modo que, provada a ofensa, *ipso facto* está demonstrado o dano moral à guisa de uma presunção natural, uma presunção *hominis* ou *facti*, que decorre das regras de experiência comum; provado que a vítima teve o seu nome aviltado, ou a sua imagem vilipendiada, nada mais ser-lhe-á exigido provar, por isso que o dano moral *in re ipsa*; decorre inexoravelmente da gravidade do próprio fato ofensivo, de sorte que, provado o fato, provado está o dano moral. (CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 83.)

³⁰ Enunciado n. 379 do Conselho de Justiça Federal: O art. 944, caput, do Código Civil não afasta a possibilidade de se reconhecer a função punitiva ou pedagógica da responsabilidade civil.

culpabilidade do agente, se afinal não se arbitra o quantum indenizatório pela extensão de um prejuízo que não é materialmente mensurável³¹.

Ao aplicar esse dispositivo, é necessário observar, a despeito dos requisitos legais da excessiva desproporcionalidade entre o grau de culpa do agente e o dano provocado, a equidade permeada pelos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e solidariedade social que incidem na responsabilidade civil, voltando os olhos para a figura da vítima e do ofensor.

Carlos Nelson Konder afirma que:

[...] duas advertências devem guiar o intérprete que pretenda fazer uso do dispositivo. Primeiro, a importância de respeitar os limites que estão contidos no próprio dispositivo: somente se autoriza a redução, jamais à majoração (ela não franqueia a imposição de caráter positivo), e somente se reduzirá a indenização em situações excepcionais, quando a desproporção entre a gravidade e a culpa e do dano for excessiva. Segundo, além de respeitar estes limites, para fazer uso do dispositivo o intérprete deve estar amparado pela aplicação do princípio da reparação integral do dano em virtude das circunstâncias especiais que cercam aquele caso concreto, tal como a tutela do patrimônio mínimo necessário [...]³²

Assim, não pode o montante da indenização privar o ofensor dos bens necessários à manutenção de uma vida digna, do mínimo existencial.

O outro limite à reparação integral do dano está amparado na convivência social, devendo alguns riscos serem compartilhados, principalmente quando a própria conduta da vítima gera um risco de dano superior ao risco médio que vem embutido no convívio social.

A intenção do legislador do Código Civil de 2002 ao estabelecer essa exceção foi evitar que a indenização servisse de enriquecimento sem causa do lesado e

³¹ Outro problema que a norma suscita está, como se tem sustentado, na sua inaplicabilidade aos casos de fixação de dano moral, porquanto despido de natureza ressarcitória ou reparatória. Com efeito, o dano que se prefere denominar extrapatrimonial consubstancia vulneração a direitos da personalidade e reclama fixação indenizatória que represente uma compensação à vítima, da mesma maneira que, simultaneamente, deve representar um desestímulo ao ofensor, ainda que, no caso concreto, se pondere o grau de culpabilidade do agente, se afinal não se arbitra o quantum indenizatório pela extensão de um prejuízo que não é materialmente mensurável. (PELUSO, Antônio Cezar (Coord.). **Código Civil comentado**: doutrina e jurisprudência. 3. ed. Barueri: Manole, 2009. p. 884.)

³² KONDER, Carlos Nelson. A redução eqüitativa da indenização em virtude do grau de culpa: apontamentos acerca do parágrafo único do art. 944 do Código Civil. **Revista Trimestral de Direito Civil**, São Paulo, v. 29, p. 34, jan./mar. 2007.

insolvência do causador do dano, visando reduzir o ônus excessivo que recairia sobre o agente³³.

Dessa forma, nitidamente pretende-se corrigir, *in casu*, as situações em que uma culpa mínima possa pela extensão do dano, acarretar ao ofensor o mesmo infortúnio que acometeu a vítima, sendo relevante apreciar as condições pessoais do agente, por essa razão, alguns doutrinadores defendem que o critério do legislador deveria ter sido a condição econômica e financeira de quem dá e de quem recebe, o que se mostraria mais adequado.

De acordo com o dispositivo legal, após verificada a presença dos pressupostos da responsabilidade civil pela prática do ato ilícito e fixado o *quantum* indenizatório, o julgador verificará o grau de culpa do ofensor, a extensão do dano e a condição patrimonial tanto do causador do dano quanto da vítima, diminuindo a medida da indenização, sendo que, essa redução se dará de forma eqüitativa, justa, em respeito à igualdade das partes a fim de impor uma condenação suficiente à reparação do dano.

Esse é o posicionamento de Cláudio Luiz Bueno de Gody, que ao comentar o artigo 944 do Código Civil de 2002 assevera, que:

[...] cumpridos esses pressupostos, considera-se, com ressalva que adiante se fará, que seja imperativa a redução eqüitativa da indenização, ao menos no sentido de que não contida na simples discricionariedade do juiz. E isso a despeito da utilização, no preceito, do verbo poder, mas a rigor erigindo-se verdadeiro direito subjetivo do lesante. Por outra, quer-se dizer que não se permite ao juiz, se preenchidos os requisitos legais, indeferir a redução, frise-se, apenas com base na suposição de que ela encerre uma pura faculdade, uma potestade³⁴.

³³ Essa é a posição de Carlos Alberto Menezes Direito e Sérgio Cavalieri Filho que ao comentarem o artigo 944 do Código Civil e seu parágrafo afirmam: "O dispositivo é salutar tanto para permitir a reparação integral do dano como para impedir o excesso na condenação, que tem acontecido com razoável e indesejável freqüência. O juiz deve considerar todas as circunstâncias de fato evitando que a indenização seja transformada em panacéia com o enriquecimento sem causa do lesado e a insolvência do causador do dano. O princípio da reparação integral não conduz ao despautério de uma condenação exorbitante, absurda, ou também, mesquinha, irrisória. O que o juiz deve levar em conta, reforçado com o novo dispositivo, é a realidade da reparação integral, a consequência efetiva do ato lesivo para a vítima, tendo presente a extensão do dano, podendo, se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, reduzir eqüitativamente, a indenização. (DIREITO, Carlos Alberto Menezes. **Comentários ao novo Código Civil**: (arts. 927 a 965). Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. 13, p. 351.)

³⁴ PELUSO, Antônio Cezar (Coord.). **Código Civil comentado**: doutrina e jurisprudência. 3. ed. Barueri: Manole, 2009. p. 883.

A mitigação do princípio da reparação integral do dano foi analisada pela doutrina de forma bem diferente, alguns doutrinadores como Claudio Luiz Bueno Gody³⁵ ressalta a importância da observância do grau de culpa para fixação da indenização, e com isso a aproximação do sistema civil ao penal. Enquanto outros como Thomas Bustamante e Denis Franco Silva³⁶ entendem ter sido um retrocesso, suscitando até mesmo a inconstitucionalidade do parágrafo único do artigo 944 do Código Civil, pelo menos no que tange ao arbitramento de indenizações por danos materiais, por violar frontal e diretamente o art. 5º, XXII, da Constituição, o qual veicula a garantia do direito de propriedade³⁷.

Razão pela qual, em nome da equidade, reduz-se o valor da indenização em detrimento da vítima, preocupando-se mais com o grau de culpa do sujeito ativo do que com o efetivo ressarcimento da vítima, voltando a confundir a responsabilidade penal com a civil, mudando o enfoque de que o parâmetro para a fixação de reparação do dano é a sua extensão.

³⁵ O artigo representa importante inovação no sistema da responsabilidade civil, muito embora não no seu caput, que continua a acentuar a indiferença do grau de culpa para a fixação da indenização, cuja função é recompor a lesão sofrida pela vítima, na extensão do prejuízo que lhe foi causado, com as observações, a que se remete, contidas no comentário ao art. 947. Mas justamente esse princípio da indiferença do grau de culpa, estabelecido desde a Lei Aquílica (*Lex Aquilia et levíssima culpa venit*), é que agora passa a encontrar mitigação, contida no parágrafo único, aproximando, inclusive, o sistema civil do penal, em que o grau de culpa influencia a dosagem da pena." (PELUSO, Antônio Cezar (Coord.). **Código Civil comentado**: doutrina e jurisprudência. 3. ed. Barueri: Manole, 2009. p. 883.)

³⁶ No entanto, nem todas as modificações merecem aplauso. É o que podemos dizer acerca do art. 944, que contém um problemático parágrafo único. [...] Levando adiante a idéia de se conferir o máximo de poderes possíveis ao juiz, o Código acaba permitindo que, supostamente em nome da equidade, seja reduzido o valor da indenização nos atos ilícitos em prejuízo da vítima. A exata correspondência entre o dano e a reparação cede lugar a uma cláusula geral que está mais preocupada com o grau de culpa do sujeito ativo do dano do que com o efetivo ressarcimento da vítima. Dois mil anos depois da Lei Aquiliana, o legislador volta a confundir a responsabilidade penal com a civil, mudando o enfoque do prejuízo da vítima para a culpa do agente, o que, em tese, poderia desconstruir a orientação doutrinária, amplamente aceita no mundo ocidental, de que o parâmetro para a fixação da reparação do dano é a sua extensão. Além de entrar em contradição com o restante do Código (pois aos casos de responsabilidade objetiva – sem culpa nenhuma – não se aplica a possibilidade de redução da indenização, por impossibilidade lógica), o dispositivo legal padece de irremediável defeito jurídico, pois das duas uma: ou ele é inconstitucional (por violar, em especial, o direito de propriedade) ou é trivial (pois deveria ser interpretado em sentido idêntico ao teor literal de outros dispositivos do mesmo código)." (BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de; SILVA, Denis Franco. *Neminem laedere: o novo código civil brasileiro e a integral responsabilidade dos danos materiais decorrentes de ato ilícito*. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v. 20, p. 247-258, out./dez. 2004. p. 249-250.)

³⁷ A garantia do direito de propriedade impede que se venha a dar tratamento diferente ao direito das indenizações: estas devem, pelo menos no momento da sua fixação, ser equivalentes ao prejuízo sofrido pela vítima – nem maiores e nem menores que este. (BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de; SILVA, Denis Franco. *Neminem laedere: o novo código civil brasileiro e a integral responsabilidade dos danos materiais decorrentes de ato ilícito*. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v. 20, p. 247-258, out./dez. 2004. p. 254.)

Assim, o critério da culpabilidade para redução da indenização vai encontrar resistência por parte da doutrina que o vê como um retrocesso, não só por não ser a culpa o critério de fixação da indenização e sim a extensão do dano, como diante das hipóteses que afasta por completo a análise da culpa para ensejar o dever de indenizar, responsabilidade objetiva.

Por esse motivo, de acordo com parte da doutrina, não se aplica à possibilidade de redução da indenização para os casos de responsabilidade objetiva por uma questão de impossibilidade lógica³⁸, já que nesta não considera a culpa, consoante Enunciado número 46³⁹ da I Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Jurídicos da Justiça Federal, revisto posteriormente na IV Jornada realizada nos dias 25 e 26 de outubro de 2006 pelo Enunciado n. 380⁴⁰.

Certo é que independentemente do tipo de responsabilidade civil, seja subjetiva ou objetiva, a redução da indenização deve estar pautada no critério equitativo e nos princípios assegurados pela Constituição Federal, podendo ser feita uma ponderação entre o princípio da reparação integral do dano, seja ele material ou moral, que se preocupa com a figura da vítima e o princípio da dignidade da pessoa humana e solidariedade social. Caberá ao julgador essa árdua tarefa de analisar o caso concreto e decidir de forma fundamentada pelo afastamento do princípio da reparação integral do dano.

O que se pretende com essa interpretação constitucional é evitar que a redução da indenização transfira para a vítima o ônus de arcar com a parcela do dano correspondente à redução procedida pelo juiz ao mesmo tempo que também se preocupa com o ofensor. Outra questão que cabe ressaltar, apesar de não pretender esgotar, mas tão somente levar a indagação é a aplicação da redução com a observância dos limites legais e até mesmo com seu temperamento pelos princípios constitucionais e fins sociais quando o ofensor for pessoa jurídica. Neste

³⁸ Por fim, tratando-se a regra do parágrafo único, ora em comento, como de interpretação restritiva, tal qual se viu, e contemplativa de redução em caso de culpa mínima do agente, nega-se sua aplicação às hipóteses de responsabilidade objetiva, porquanto independente de culpa mínima do agente, tal como se levou a enunciado da Jornada de Direito Civil, realizada no Superior Tribunal de Justiça em 11 de setembro de 2002 (Enunciado n. 46). (PELUSO, Antônio Cezar (Coord.). **Código Civil comentado**: doutrina e jurisprudência. 3. ed. Barueri: Manole, 2009. p. 884.)

³⁹ Enunciado CJF – 46 - “Art. 944: 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, não se aplicando às hipóteses de responsabilidade objetiva.

⁴⁰ Enunciado CJF – 380 - “Atribui-se nova redação ao Enunciado n. 46 da I Jornada de Direito Civil, com a supressão da parte final: não se aplicando às hipóteses de responsabilidade objetiva.

caso, não se aplicaria à dignidade da pessoa humana, pelo que ficaria restrito ao critério culpa e o dano, podendo refletir quanto à observância da função social da empresa, o interesse em sua conservação. O importante é sempre a preocupação com o bem jurídico tutelado, os interesses protegidos pelo ordenamento, cabendo ao julgador, ao intérprete fazer as devidas ponderações nos casos concretos.

III) CAPÍTULO II – ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA (LIMITE PARA A QUANTIFICAÇÃO DO DANO)

O Código Civil de 2002 disciplinou o enriquecimento sem causa entre os atos obrigacionais unilaterais, desse modo, conforme salientado por parte da doutrina, a lei civil reconheceu o enriquecimento sem causa como fonte autônoma e unilateral de obrigações.

Pode-se perceber na prática jurídica muitas vezes uma parte enriquece em detrimento de outra, isto é, tenha um aumento patrimonial indevido e ou injusto, sendo função primordial do direito a de manter o equilíbrio social, como fenômeno de adequação social.

Desse modo, pode-se verificar que existe enriquecimento injusto sempre que houver uma vantagem de cunho econômico em detrimento de outrem, sem justa causa, pois a noção de enriquecimento antepõe-se a noção de empobrecimento da outra parte, sendo termos que se usam em sentido eminentemente técnico e não vulgar.

A relação de imediatidade, o liame entre o enriquecimento e o empobrecimento fechará o círculo dos requisitos para a ação específica, pois da vantagem de um patrimônio deverá resultar a desvantagem de outro, devendo ser entendido como “sem causa” o ato jurídico desprovido de razão albergada pela ordem jurídica.

A causa poderá existir, mas, sendo injusta, estará configurado o locupletamento indevido.

Outro aspecto a salientar é o fato de que na doutrina a própria denominação do instituto não existe uma unanimidade, pois às vezes, fala-se em enriquecimento sem causa, restituição, enriquecimento injusto ou enriquecimento injustificado como sinônimo.

No presente trabalho adotou-se a denominação “enriquecimento sem causa” por ser a expressão consagrada no Capítulo IV, Título VII, Livro I da Parte Especial do Código Civil nos artigos 884 a 886.

Conforme Cláudio Michelin Junior⁴¹ atualmente encontra-se superada a concepção clássica que apontava a lei e o contrato como as únicas fontes de obrigações, pois, modernamente, a sistematização das fontes de obrigações não goza de unanimidade perante a doutrina e os diversos ordenamentos jurídicos, mas quatro institutos são invariavelmente apontados como fontes obrigacionais: o contrato, a responsabilidade civil, o enriquecimento sem causa e a gestão de negócios.

Oportuno também citar o entendimento de Fernando Noronha que afirma ser o mais acertado é a tripartição das obrigações, a partir de suas funções, obrigações negociais, de responsabilidade civil e de enriquecimento sem causa, ou seja,

na verdade, a cada uma dessas categorias de obrigações corresponde um princípio ético-jurídico diferente, que assinala claramente a diversa finalidade de cada uma. As obrigações negociais têm na sua base o princípio de que quem assume livremente uma obrigação, deve cumpri-la: *pacta sunt servanda*, os pactos têm de ser acatados. É princípio que tem por pressupostos essenciais os princípios da autonomia privada, da boa-fé e da justiça contratual, não deixando, aliás, de estar contido na expressão de Ulpiano *honeste vivere*, viver honestamente. As obrigações de responsabilidade civil baseiam-se essencialmente no princípio *neminem laedere*, não lesar ninguém: quem causa dano a outrem, deve repará-lo. As obrigações de enriquecimento sem causa assentam no princípio *sum cuique tribuere*, dar a cada um o que é seu: quem beneficiou com algo alheio, deve restituir o valor do benefício⁴².

A presente classificação, assim como as demais classificações dogmáticas tem por objetivo sistematizar o pensamento jurídico, embora se tenha a consciência de que ela não tem o condão de aprisionar a realidade fática nos limites das categorias que incide, pois a sua melhor finalidade é organizar estas diversas categorias que guardam entre si similitudes, comungam de princípios gerais e geram conseqüências semelhantes sem com isso perder suas características peculiares.

Pode-se dizer que o enriquecimento sem causa é um instituto que cria para o enriquecido a obrigação de devolver a parcela do patrimônio de outrem, que foi retirada sem uma causa justificável, assim, considerando que a principal conseqüência do enriquecimento sem causa é criar uma obrigação de restituir, vem

⁴¹ MICHELON JUNIOR, Cláudio Fortunato. O enriquecimento sem causa e a administração pública. **Revista do Tribunal de Contas [Do] Estado do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, v. 36, n. especial, p. 45-53, maio 2004.

⁴² NORONHA, Fernando. Tripartição fundamental das obrigações: obrigações negociais, responsabilidade civil e enriquecimento sem causa. **Jurisprudência Catarinense**, Florianópolis, v. 72, p. 93-108, 1993. p. 105.

tornando-se muito difundido na doutrina atual a linha de pensamento de que o enriquecimento sem causa é uma fonte de obrigações.

O Código Civil Brasileiro de 2002 no Livro I, Parte Especial que trata do Direito das Obrigações, Título VII que regula os Atos Unilaterais dedica o Capítulo IV ao tema do Enriquecimento sem Causa, sendo que, da leitura feita do ponto de vista de quem analisa o direito civil por uma ótica sistemática torna-se claro a locação do instituto no direito obrigacional, sendo que as obrigações por ele geradas não derivam de um acordo de vontades, mas de um ato unilateral em que nem sempre intervém a vontade dos envolvidos.

Desse modo, o artigo 884 ao dispor que: “Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários”, consagrando assim, uma cláusula geral ou conceito indeterminado.

Esse dispositivo nitidamente reflete a intenção de o legislador em inserir um modelo jurídico inovador, aberto e flexível que se mova sob a perspectiva da construção e reconstrução do direito privado na contemporaneidade⁴³.

Pode se perceber nos fundamentos doutrinários que os conceitos jurídicos têm um núcleo e uma zona periférica distintos, o núcleo seria um nódulo conceitual fixo e determinável por mera interpretação e a zona periférica surgiria como uma auréola conceitual indeterminada que só seria delineável progressivamente mediante a decisão dos casos concretos.

O enriquecimento sem causa, em comparação com outros institutos jurídicos, apresenta um grau de indeterminação bastante elevado dado à vacuidade de seu conceito, esta indeterminação não é tanto conseqüência da imprecisão das palavras que o exprimem, mas sim da necessidade de um esclarecimento da zona periférica do conceito que só pode ser obtido pela aplicação numerosa e sucessiva da norma a casos concretos.

⁴³ As cláusulas gerais, constituem as janelas, pontes e avenidas dos modernos códigos civis. Isto porque conformam o meio legislativamente hábil para permitir o ingresso, no ordenamento jurídico codificado, de princípios valorativos, ainda inexpressos legislativamente, de standards, máximas de conduta, arquétipos exemplares de comportamento, de deveres de conduta não previstos legislativamente (e, por vezes, nos casos concretos, também não advindos da autonomia privada), de direitos e deveres configurados segundo os usos do tráfico jurídico, de diretivas econômicas, sociais e políticas, de normas, enfim, constantes de universos metajurídicos, viabilizando a sua sistematização e permanente ressystematização no ordenamento positivo”. (COSTA, Judith Hofmeister Martins. O direito privado como um sistema em construção: as cláusulas gerais no projeto do Código Civil brasileiro. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 753, p. 24-48, 1998. p. 26-27.)

Desse modo, o enriquecimento sem causa como fonte de obrigações depende da aplicação da norma em uma constante re-elaboração referenciada nos critérios axiológico-normativos que fundamentam a norma.

Porém, definir o enriquecimento sem causa como fonte de obrigações apesar de satisfatório parece não ser suficiente, pois, remete a uma sensação de superficialidade pelo fato de adequar o instituto ao esquema legal que preside o direito civil patrimonial, mas, não explicita sua natureza e tampouco seu sentido funcional.

Assim, a boa compreensão do enriquecimento sem causa, que atualmente tende a ser reconhecido como fonte de obrigações, pressupõe apontar suas relações com as demais fontes de obrigações, que apesar de guardarem regulamentações próprias se inserem num mesmo sistema jurídico e, muito freqüentemente, se inter-relacionam pelo motivo que de um mesmo fato jurídico podem ser originadas obrigações de espécies distintas.

Nesse sentido afirma Sergio Severo que “[...] no entanto, a despeito das críticas, parece-nos inegável a importância da noção de enriquecimento sem causa, não como fundamento teleológico da responsabilidade pública, mas como elemento que exerce influencia em muitas ocasiões”⁴⁴.

Sendo assim, para continuar nessa linha de argumentação, torna-se necessário realizar uma breve contextualização histórica do instituto e apontar alguns modelos que ele ocupa a fim de fundamentar e justificar a concepção do instituto que orienta a segunda parte deste estudo.

A) BREVE LINEAMENTO HISTÓRICO DO ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA

Nesse item oportuno se faz, que o enriquecimento sem causa como princípio do Direito não esta pacificado na doutrina, sendo discutido se de fato essa questão se deu no direito romano, ou até mesmo anteriormente a ele, com a filosofia grega, mais especificamente no período helenístico.

Porem, no presente trabalho não se dará grande enfoque aos detalhes da origem do instituto, citando apenas os pressupostos históricos básicos que compreendo serem suficientes para a continuação do seu estudo.

⁴⁴ SEVERO, Sérgio. **Tratado da responsabilidade pública**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 79.

Alguns afirmam que sua origem está intimamente ligada à necessidade de manutenção e proteção de valores básicos a serem respeitados para a vida em sociedade, quais sejam, o respeito ao próximo e ao seu patrimônio, que então ensejaram princípios norteadores do instituto e do próprio Direito em si, como por exemplo a velha máxima do não faça ao outro aquilo que não queira que seja feito com você, valores e princípios esses já praticados a época das Leis de Hamurabi.

Pode-se identificar a influência do direito natural sobre o direito romano, caracterizando o surgimento da necessidade de intervenção do Direito para satisfazer a proteção e manutenção de valores existentes na sociedade romana, que se solidificaram e fizeram presentes na codificação de Justiniano.

Importante se faz ressaltar que o “princípio do enriquecimento sem causa” não surgiu de um conjunto único de idéias de caráter uniforme, muito pelo contrário, desde seus primórdios, onde existiam apenas meros pressupostos do instituto, até os dias atuais, pode-se dizer que a formação do conceito se deu por diversas aplicações ao longo da história, sem um método comum entre elas, e que a partir de tal diversidade chegou-se a concretização de um conceito para o princípio atualmente em evidência.

Uma das principais influências na formação do instituto sem dúvida foram as *condictiones*, que correspondiam na época às formas efetivas de cumprimentos de obrigações, restituições, enfim, era um dos principais instrumentos do direito das obrigações.

Verifica-se então que as *condictiones* no direito romano eram segundo Giovanni Ettore Nanni “[...] indispensável remédio para recuperar os bens indevidamente transferidos a outrem, ou seja, sem justa causa, quando não observados os procedimentos designados para cada situação específica”⁴⁵.

No mesmo sentido, outra contribuição do direito romano para a formação do enriquecimento sem causa foi a “*actio de in rem verso*” surgida diante da necessidade de garantir ressarcimento àqueles que celebravam negócios com incapazes na sociedade da época, filhos ou escravos por exemplo, e se viam impossibilitados de recorrer seu crédito, tendo em vista não ser possível na época tal obrigação contraída atingir o *pater familias*.

⁴⁵ ETTORE NANNI, Giovanni. **Enriquecimento sem causa**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 10.

Diante de tal panorama, ocorria que o *pater familias* se beneficiava de obrigação contraída por aquele incapaz de cumpri-la, daí então foi criado procedimento especial, para que o *pater familias* pudesse responder pelo exato enriquecimento obtido em razão dos incapazes, a chamada *actio de in rem verso*.

Todavia, com a queda do Império Romano no Ocidente, verifica-se uma obstrução quanto ao desenvolvimento do estudo do referido instituto, tal interrupção no desenvolvimento do Direito Romano se deu pelas invasões bárbaras, vez que os invasores baseavam-se nas regras consuetudinárias, impondo então seus costumes e regras sociais, reprimindo desta maneira a cultura Romana.

Posteriormente, com o declínio Romano, surge uma nova sociedade, com diferentes conceitos e costumes, influenciada diretamente pelas invasões bárbaras e a diversidade cultural resultante das mesmas, na qual as relações obrigacionais não se regulavam mais por princípios inerentes a sociedade na época clássica de Roma, mas sim pelas regras e costumes das relações feudais que passaram a vigorar desde então.

Dessa forma, cada feudo determinava as próprias regras de direito para dirimir conflitos e divergências, ficando a ordem jurídica da Idade Média baseada quase que exclusivamente aos costumes, excluindo-se as noções até então trazidas pelo Direito Romano.

Verifica-se ao longo do desenvolvimento histórico, diversas outras contribuições importantíssimas para o instituto, todavia, o contexto acima mencionado evidencia que o enriquecimento sem causa sempre teve como preceito fundamental a vedação a uma situação injusta na relação entre indivíduos, em diversas sociedades e ordenamentos.

a.1) O Instituto do Enriquecimento Sem Causa no Sistema Jurídico Brasileiro

Pode-se verificar na doutrina que o enriquecimento sem causa não foi expressamente regulamentado pelo primeiro Código Civil Brasileiro, tampouco, considerado instituto autônomo, pois restou ao mesmo implicitamente no referido diploma de maneira esparsa, ou seja, sua principal referencia foi em relação ao pagamento indevido.

Para Clóvis Beviláqua, autor do anteprojeto do Código de 1916 o presente tema não necessitava de previsão expressa no Código, de acordo com suas

palavras, “[...] por mais que variemos as hipóteses, veremos que o direito e a equidade se podem plenamente satisfazer, sem criarmos, nos Códigos Civis, mais esta figura de causa geradora de obrigação, ou seja, uma relação obrigacional abstrata e genérica”⁴⁶.

Nota-se que à época não se considerava indispensável à previsão expressa do instituto na Lei Civil, uma vez que o pensamento majoritário até então era de que a noção de equidade, bem como, equilíbrio eram valores suficientes para vedação ao enriquecimento sem causa.

Entretanto não se pode considerar que em tal época não existiam casos nos quais alguns indivíduos se enriqueciam injustamente a custas de outros, todavia, considerava-se de bom grado tratar tais situações levando-se em conta apenas princípios gerais do direito como o equilíbrio, equidade, sendo que, tal pensamento por sua vez, dava margem para a ocorrência do enriquecimento sem causa sem que a vítima da situação prejudicial fosse devidamente amparada por norma expressa no ordenamento jurídico.

Diferentemente, o Código Civil de 2002 já demonstrou uma maior preocupação em evidenciar ou expressar o instituto do enriquecimento sem causa, e de uma maneira geral, passando o instituto a ser caracterizado como uma cláusula geral, não podendo ser meramente limitada apenas ao conteúdo expresso na Lei, muito pelo contrário, sua aplicação agora se dá por meio da interpretação do caso concreto, observando-se sempre a unidade do ordenamento, a luz da Constituição Federal como referência.

B) FUNDAMENTOS DO ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA

A doutrina tem apontado três fundamentos sob os quais se sustenta à obrigação advinda do enriquecimento sem causa: a) o fundamento moral; b) o fundamento como princípio geral de direito e c) o fundamento na equidade.

b.1) Fundamento Moral

⁴⁶ BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito das obrigações**. Rio de Janeiro: Paulo de Azevedo, 1954. p. 100.

O fundamento moral se justifica em razão da íntima relação entre a Moral e o Direito, do mínimo ético exigido nas relações jurídicas, e da ideologia de justiça.

Assim, é moralmente inadmissível, aos olhos da sociedade a situação de alguém se enriquecer às expensas de outrem.

b.2) Fundamento como Princípio Geral de Direito

De outro modo, existe o fundamento do enriquecimento sem causa como Princípio Geral de Direito, sob esse aspecto, impõe-se afirmar que o enriquecimento sem causa exerce função diretiva dentro do ordenamento jurídico.

É nesse sentido que a maioria da doutrina se posiciona, ademais, esse fundamento, além de doutrinário, é também jurídico, pois é assente no artigo 4º, da Lei de Introdução ao Código Civil.

b.3) O Fundamento na Eqüidade

O fundamento da eqüidade remonta ao direito romano, quando a restituição era fundada na ausência de eqüidade do ato de possuir consigo algo que pertence à outra pessoa, atualmente entende-se que o fundamentado assentado na eqüidade visa, acima de tudo, assegurar o equilíbrio entre os indivíduos da sociedade.

O enriquecimento sem causa é, em verdade, um ato imoral, entretanto, não se pode olvidar que, por si só, é incapaz a dar azo à antijuridicidade do ato.

O locupletamento, consoante a análise do artigo 884, do Código Civil, possui elementos jurídicos suficientes para caracterizá-lo, consoante se passa a analisar.

C) REQUISITOS DO ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA

No mesmo sentido quanto aos requisitos do enriquecimento à doutrina não é unânime, sendo que Agostinho Alvim⁴⁷ e Caio Mário apontam cinco requisitos

⁴⁷ O requisito do empobrecimento é exigido pelos doutrinadores, em geral. Querem alguns que haja uma deslocação patrimonial, isto é, a transferência de um valor econômico de um patrimônio para outro. Neste sentido Planiol, que defende empenhadamente este ponto de vista. Outros há que fazem referência a essa deslocação de valor, de um patrimônio para outro, mas sem lhe dar um sentido, ao pé da letra". (ALVIM, Agostinho Neves de Arruda. Do enriquecimento sem causa. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 173, p. 47-67, 1957.)

adotando a linha sistemática da doutrina francesa, sendo eles: a) o empobrecimento de um indivíduo; b) o enriquecimento de outro; c) o nexo de causalidade existente entre o enriquecimento e o empobrecimento; d) a ausência de justa causa; e por ultimo, e) o caráter de subsidiariedade da ação de enriquecimento ilícito.

Por outro lado, outra parte da doutrina, o qual o presente trabalho adotará, destaca apenas a existência de três requisitos que estariam elencados no próprio texto do artigo 884 do Código Civil de 2002 estabelecendo que: “Aquele que, sem justa causa, se enriquecer a custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários”, ou seja, seriam eles: a) a existência de um enriquecimento; b) a obtenção do enriquecimento à custa de outrem e c) ausência de causa justificadora para o enriquecimento.

Assim, nos termos do artigo citado acima, quando todos esses elementos se fizerem presentes em um caso concreto, nascerá à pretensão para uma possível propositura da ação de restituição fundada no enriquecimento indevido, sendo essa, no entendimento dessa parte da doutrina subsidiária, pois a finalidade do instituto não é a ação propriamente dita, mas sim, gerar a obrigação que justificará o surgimento ao direito à ação.

Oportuno salientar, não ser a propositura desta ação obrigatória, visto que as partes podem compor o litígio extrajudicialmente, incidindo assim, o que dispõe o artigo 886 do Código Civil de 2002: “Não caberá a restituição por enriquecimento, se a lei conferir ao lesado outros meios para se ressarcir do prejuízo sofrido”.

c.1) A Existência do Enriquecimento

Pode se dizer que o enriquecimento é toda vantagem auferida e ou apreciável em dinheiro, o ato de enriquecer não é imoral ou ilegal, mas desde que fundado em causa jurídica legítima, quando terá assim, a ampla proteção do direito⁴⁸.

Assim, sendo legítimo o enriquecimento da pessoa, não há que se falar em restituição, portanto, possível imaginar-se a tutela pelo direito.

c.2) A Obtenção do Enriquecimento à custa de Outrem

⁴⁸ A juridicidade da causa torna o enriquecimento digno de amparo da ordem jurídica. De outro lado, a falta de fundamento jurídico para a causa do enriquecimento afasta a proteção da lei. (COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil**. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 243.)

Por outro lado, o empobrecimento é o lado inverso do enriquecimento, ou seja, é qualquer diminuição de patrimônio ou elevação do passivo, sendo o mesmo, requisito essencial para compor o instituto do enriquecimento sem causa, que consiste em enriquecer as custas de outra pessoa, que via de conseqüência, sofre uma diminuição patrimonial.

O liame de causalidade também é de suma importância, e deve estar presente no mesmo fato, numa relação direta de causa e efeito.

c.3) Ausência de Causa Justificadora para o Enriquecimento

No mesmo sentido, a ausência de causa justificadora é um requisito essencial de ordem jurídica e, ao mesmo tempo, moral, sendo que, para a configuração do enriquecimento como vantagem a expensas de outrem é necessário que não tenha havido causa que o justificasse, sem que o referido proveito e ou ganho tenha se fundado em lei ou negócio jurídico lícito.

Assim, o artigo 885 do Código Civil de 2002 dispõe que: “A restituição é devida, não só quando não tenha havido causa que justifique o enriquecimento, mas também se esta deixou de existir [...]”, dessa forma, mesmo que tenha havido uma causa justificadora, mas essa tenha deixado de existir, o recebimento passa a ser considerado vantagem indevida e, o motivo, antes lícito, passa a ser ilícito, pois infundado em título legítimo.

Essa exigência de haver causa justificativa, a fim de não configurar o enriquecimento, se dá em razão de a grande maioria dos negócios ou atos jurídicos obrigacionais exigir uma contraprestação, ou seja, só assim, a função econômico-social estabelecida pelo legislador será plenamente satisfeita ou terá eficácia.

D) O ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA COMO FONTE DAS OBRIGAÇÕES

No presente tópico, necessário se faz traçar alguns aspectos da evolução das fontes das obrigações, bem como, a atuação dos princípios gerais do direito das obrigações, como fontes destas, sob a ótica da atual doutrina civilista, pois com a evolução da sociedade, das culturas, da economia e da política, foram surgindo

novas causas geradoras de vínculos obrigacionais que não eram enquadrados dentro das teorias das fontes tradicionais.

Essa análise inicial a respeito das fontes se faz necessária para uma melhor compreensão do conceito de obrigação, obrigação esta, que hoje é tida como totalidade, como um processo, como também a necessidade da abordagem dos princípios a elas relacionados, já que estes são conforme Clóvis V. do Couto e Silva, os que comandam o nascimento de deveres e direitos (fontes) e o desenvolvimento das obrigações⁴⁹.

No dicionário Aurélio, fonte é explicada como nascente de água, procedência, proveniência, origem, o verbete fonte vem do latim *fons, fontis*, nascente, significando tudo àquilo que origina, que produz algo, assim, a expressão “Fonte do Direito” indica as formas pelas quais o Direito se manifesta.

Já a fonte jurídica seria a origem inicial do Direito, ou seja, o elemento ou fato que lhe dá nascimento, e no âmbito do direito, o vocábulo fonte tem o significado de causa ou origem dos institutos. É todo fato jurídico de onde nasce ou surge o vínculo obrigacional, fonte de obrigação constitui, assim, o ato ou fato que lhe dá origem, tendo em vista as regras do direito.

Pode-se dizer, desse modo, que constituem fontes das obrigações os fatos jurídicos que dão origem aos vínculos obrigacionais, em conformidade com as normas jurídicas, ou melhor, os fatos jurídicos que condicionam o aparecimento das obrigações.

Cabe ressaltar que existem divergências doutrinárias acerca das fontes das obrigações, pois Código Civil de 2002 manteve o critério do Código de 1916, não disciplinando as fontes das obrigações em dispositivo específico, deixando a cargo da doutrina e da jurisprudência o seu estudo.

Todavia, reordenou a matéria, introduzindo vários contratos novos e regulamentando as seguintes declarações unilaterais da vontade, sob o título ‘Dos Atos Unilaterais’: promessa de recompensa, gestão de negócios, pagamento indevido e enriquecimento sem causa (artigos 854 a 886), seguindo, nesse ponto, o modelo do Código Suíço das Obrigações⁵⁰.

Ainda como fonte das obrigações tem-se os fatos jurídicos que dão origem aos vínculos obrigacionais, sendo a lei a fonte primária ou imediata de todas as

⁴⁹ SILVA, Clóvis V. Couto e. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: FGV, 2011.

⁵⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 31.

obrigações e a vontade humana também como sendo fonte das obrigações, assim sendo, as obrigações decorrem da lei e da vontade humana, e em ambas trabalha o fato humano, pois de nada valeria a vontade sem a lei, e a lei sem um ato volitivo.

O Código Civil de 2002 traz como fonte das obrigações, além da Lei, obviamente, os contratos, os atos unilaterais e os atos ilícitos, bem como o enriquecimento sem causa e o abuso de direito.

Dessa forma, o enriquecimento sem causa pode ser analisado sob dois aspectos jurídicos, sendo em primeiro lugar quando a expressão referir-se a um princípio que serve tanto como fundamento quanto como critério interpretativo para diversas regras que tratam de aspectos específicos de institutos de direito privado ou em outros casos regras de direito público, e em segundo lugar, poderá ser analisado especificamente como instituto que regula a constituição de certas relações obrigacionais, ou seja, como fonte de obrigação.

Conforme Cláudio Michelon Junior

[...] como princípio, o enriquecimento sem causa é o fundamento, por exemplo, dos regimes eficazes da anulação de negócio jurídico e da resolução dos contratos. A noção que rege ambos os regimes é claramente a de retorno das partes ao estado anterior a constituição da relação jurídica anulada ou resolvida. Esse retorno ao *status quo ante* é inspirado no princípio de que certas migrações patrimoniais só podem ser justificadas a partir da existência de certos atos ou negócios jurídicos, ou seja, em um princípio que comanda o desfazimento de qualquer enriquecimento sem causa⁵¹.

d.1) Definição de Obrigação

A palavra ou expressão obrigação vem do latim *obligatio*, onde *ob* dava a idéia de sujeição e *ligatio* a idéia de vínculo, pois nas Institutas de Justiniano a obrigação já era definida como "[...] o vínculo jurídico ao qual nos submetemos coercitivamente, sujeitando-nos a uma prestação, segundo o direito de nossa cidade"⁵².

⁵¹ MICHELON JUNIOR, Cláudio Fortunato. **Direito restitutivo**: enriquecimento sem causa, pagamento indevido, gestão de negócios. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. (Biblioteca de Direito Civil. Estudos em homenagem ao Professor Miguel Reale; v. 8). p. 176.

⁵² PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. v. 2, p. 03.

Na lição Washington de Barros Monteiro⁵³ este conceito ressalta em demasia o lado passivo da relação obrigacional, e ainda, dada a célebre lição de Clóvis Beviláqua esta definição não estabelece uma diferença entre obrigação no sentido técnico, de qualquer outro dever juridicamente exigível⁵⁴.

Porém, já com o advento da *Lex Poetelia Papiria* no século IV a.C., a responsabilidade pelo cumprimento da obrigação passou da pessoa do devedor para os seus bens, o vínculo, então, passou a ser de sujeição patrimonial⁵⁵.

Assim, segundo Caio Mário a obrigação é um vínculo jurídico em virtude do qual uma pessoa pode exigir de outra uma prestação economicamente apreciável, entretanto, a definição de Washington de Barros Monteiro se apresenta mais completa na medida em que afirma que a obrigação é um relação jurídica, de caráter transitório, estabelecida entre devedor e credor e cujo objeto consiste numa prestação pessoal econômica, positiva ou negativa, devida pelo primeiro ao segundo, garantindo-lhe o adimplemento através do seu patrimônio⁵⁶.

Sendo assim, a obrigação pode ser conceituada e dividida em sentido lato e em sentido estrito ou técnico, ou seja, em sentido lato obrigação designa todos os deveres e ônus de natureza jurídica ou extrajurídica, apresentando-se assim como sinônimo de dever jurídico, e quanto ao sentido estrito ou técnico, a obrigação é o vínculo jurídico por virtude do qual uma pessoa fica adstrita para com outra à realização de uma prestação, sendo o dever jurídico de prestar com caráter patrimonial.

Dados os conflitos sociais, os interesses econômicos e as diferentes valorações dadas ao direito obrigacional e a relação jurídica obrigacional, atualmente, a mesma não é mais entendida como uma relação estática, polarizada, mas sim como uma relação dinâmica⁵⁷.

⁵³ MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. v. 4, p. 04-05.

⁵⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. v. 2, p. 03-04.

⁵⁵ Estabeleceu que o inadimplemento passaria a ensejar não mais a execução pessoal, mas tão somente a execução patrimonial do devedor, com exceção do inadimplemento das dívidas provenientes de delitos, que permitia a execução da própria pessoa. (PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. v. 2, p. 03-04.)

⁵⁶ MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. v. 4, p. 08.

⁵⁷ A relação obrigacional tem sido visualizada, modernamente, sob o ângulo da totalidade. O exame do vínculo como um todo não se opõe, entretanto, à sua compreensão como processo, mas, antes, o complementa. Como totalidade, a relação obrigacional é um sistema de processos. [...] A relação obrigacional pode ser entendida em sentido amplo ou em sentido estrito. Lato sensu,

Portanto, a obrigação hoje é entendida na sua totalidade, como um processo, assim, a moderna doutrina examina a relação tanto sob o seu aspecto externo (débito e crédito, credor e devedor) como no seu aspecto interno (vínculo que liga o credor ao devedor).

Pode-se dizer que a concepção de obrigação como totalidade e como processo, foi influenciada pela teoria do conceito geral concreto, formulada por Larenz, onde tudo aquilo que se observa numa relação obrigacional deveria compor o seu conceito, que ao contrário da teoria do conceito geral abstrato proposto por Savigny, onde o método utilizado era o dedutivo, o método utilizado por Larenz era o de incorporação.

Sendo assim, a obrigação consiste em um quadro abstrato que se pode visualizar o fenômeno jurídico, obrigação é a totalidade de um processo, totalidade pelo fato dos elementos que constituem este quadro jurídico podem variar e que a obrigação continuará existindo como processo, pois ela é um fenômeno jurídico que se desenvolve no tempo (nasce, desenvolve-se e extingue-se).

d.2) A Obrigação Como Processo

Conforme menciona Clóvis V. do Couto e Silva

[...] a relação obrigacional tem sido visualizada, modernamente, sob o ângulo da totalidade. O exame do vínculo como um todo não se opõe, entretanto, à sua compreensão como processo, mas, antes, o complementa. Como totalidade, a relação obrigacional é um sistema de processos⁵⁸.

Por vezes, o nascimento e o adimplemento de uma obrigação ocorrem num único ato, impedindo que se possa perceber a obrigação como um processo, a expressão "obrigação como processo", como já mencionado anteriormente, pretende grifar a característica dinâmica das obrigações, em todas as suas fases, desde seu nascimento até o adimplemento, que é a finalidade da obrigação. Todos esses atos

abrange todos os direitos, inclusive os formativos, pretensões e ações, deveres (principais e secundários, dependentes e independentes), obrigações, exceções e, ainda, posições jurídicas. Stricto sensu, dever-se-á defini-la tomando em consideração os elementos que compõe o crédito e o débito, como faziam os juristas romanos. (SILVA, Clóvis V. Couto e. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: FGV, 2011. p. 19.)

⁵⁸ SILVA, Clóvis V. Couto e. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: FGV, 2011. p. 19.

que compõe as fases da obrigação tendem a esse fim: o adimplemento, e é exatamente essa também a finalidade da obrigação como um processo.

Sendo assim, percebemos que a obrigação como um processo só se aplica às obrigações que possuem, na finalidade, uma posição relevante,

Importante perceber também que a obrigação como um processo está intimamente ligada com as fontes e com o desenvolvimento do vínculo obrigacional, principalmente no que tange as fontes não enumeradas pela doutrina tradicional (teoria da crise das fontes)⁵⁹.

Por fim, pode-se verificar que o enriquecimento sem causa possui nitidamente um caráter dúplice, o dispositivo pode ser considerado uma obrigação, que está presente nos atos unilaterais, com previsão legal nos artigos 884, 885 e 886 do Código Civil de 2002, consubstanciada na ação de enriquecimento que objetiva a compensação financeira do empobrecido em face do desequilíbrio patrimonial sofrido na relação jurídica.

Podendo também ser considerado como um princípio informador do direito obrigacional, sob o qual se denota seu caráter de cláusula geral, como um modelo jurídico aberto que possibilita uma alternativa para que se possam atender as exigências ético-sociais, ou seja, pode-se dizer então que ao mesmo tempo em que é um princípio, o enriquecimento sem causa é uma cláusula geral que visa assegurar a garantia de equilíbrio e comutatividade nas relações obrigacionais, reservando ao juiz, ou interprete, adaptar a normas as situações cotidianas que ocorrem de fato na sociedade.

E) APLICAÇÃO JUNTO AOS TRIBUNAIS

Para fins de demonstrar a posição atual da jurisprudência nacional envolvendo o referido instituto, tendo o mesmo hoje no direito brasileiro um caráter mais forte no seu sentido de principiológico, sendo usado em diversos julgados como um princípio do direito, podendo assim, concluir-se que o instituto vem sendo aplicado como meio de evitar-se enriquecimento, e não como uma ação que tenha intuito de agir sobre o desequilíbrio causado em face do enriquecimento de um indivíduo ocorrido injustificadamente em face do empobrecimento de outro.

⁵⁹ COSTA, Judith Hofmeister Martins. O direito privado como um "sistema em construção". **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, Porto Alegre, v. 5, p.147-153, 1998.

Seguem algumas ementas consultadas junto ao Egrégio Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Egrégio Tribunal Regional Federal da Quarta Região, Egrégio Superior Tribunal de Justiça e o Egrégio Supremo Tribunal Federal:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL EM ACIDENTE DE TRÂNSITO. CONTRATO DE TRANSPORTE DE PASSAGEIROS. AÇÃO ORDINÁRIA. DANOS MATERIAIS. DANOS MORAIS. 1. RESPONSABILIDADE CIVIL. Demonstrado que a vítima, hoje falecida, encontrava-se no interior do coletivo no momento do acidente de trânsito, é a transportadora responsável pela reparação dos prejuízos causados. Cláusula de incolumidade. Inteligência do artigo 14, do CDC, e 734 e 735, do CC/2002. 2. DANOS MATERIAIS. Reparação pelos prejuízos efetivamente comprovados. Ilegitimidade para pedir ressarcimento por gastos havidos por terceiros. 3. DANOS MORAIS. [...] 3.2. *A reparação de dano moral deve proporcionar a justa satisfação à vítima e, em contrapartida, impor ao infrator impacto financeiro, a fim de dissuadi-lo da prática de novo ilícito, porém de modo que não signifique enriquecimento sem causa do ofendido.* Ponderação que recomenda a majoração da verba indenizatória. [...]. (APELAÇÃO CÍVEL Nº 70042954735, DÉCIMA SEGUNDA CÂMARA CÍVEL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RS, RELATOR: MÁRIO CRESPO BRUM, JULGADO EM 01/09/2011). (grifo).⁶⁰

EMENTA: APELAÇÕES CÍVEIS. RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. CONTRATO DE EMPRÉSTIMO MEDIANTE FRAUDE DE TERCEIRO. DESCONTO EM FOLHA DE PAGAMENTO. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS DEVIDA. 1. [...]. 3. Revela-se adequada a majoração da indenização a título de dano moral para R\$ 5.450,00 (cinco mil quatrocentos e cinqüenta reais), patamar usualmente adotado por este Colegiado em situações análogas. *Esta quantia assegura o caráter repressivo e pedagógico da indenização e, também, não pode ser considerada elevada a configurar enriquecimento sem causa da parte autora.* [...]. 5. Não se desincumbindo do ônus de demonstrar que a cobrança indevida ocorreu por engano justificável, deve o demandado restituir em dobro os valores descontados indevidamente. Inteligência do artigo 42, parágrafo único, do CDC. 6. Pedido de majoração da verba honorária indeferido CONHECERAM PARCIALMENTE DO APELO DO RÉU E, NO PONTO, NEGARAM-LHE PROVIMENTO. DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO DO AUTOR. (APELAÇÃO CÍVEL Nº 70039338108, QUINTA CÂMARA CÍVEL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RS, RELATOR: ISABEL DIAS ALMEIDA, JULGADO EM 31/08/2011). (grifo).⁶¹

EMENTA: DUPLICATA. IMPUGNAÇÃO DO SACADO. ÔNUS DA PROVA DO SACADOR DE COMPROVAR A REGULARIDADE DA EMISSÃO DO TÍTULO. PROTESTO INDEVIDO. DANO MORAL CONFIGURADO. INDENIZAÇÃO. CRITÉRIOS DE ARBITRAMENTO. [...] 4.- O protesto indevido de título de crédito enseja indenização por danos morais, sendo dispensável a prova do prejuízo. 5.- *O arbitramento do valor da indenização*

⁶⁰ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação cível nº 70042954735**. Relator: Mário Crespo Brum. Porto Alegre, 01 de setembro de 2011. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/download/exibe_documento_att.php?ano=2011&codigo=1627717>. Acesso em: 12 set. 2011.

⁶¹ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação cível nº 70039338108**. Relator: Isabel Dias Almeida. Porto Alegre, 31 de agosto de 2011. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/download/exibe_documento_att.php?ano=2011&codigo=1549764>. Acesso em: 12 set. 2011.

pelo dano moral é ato complexo para o julgador que deve sopesar, dentre outras variantes, a extensão do dano, a condição sócio-econômica dos envolvidos, a razoabilidade, a proporcionalidade, a repercussão entre terceiros, o caráter pedagógico/punitivo da indenização e a impossibilidade de se constituir em fonte de enriquecimento indevido. (TRF4 5002693-90.2010.404.7009, D.E. 02/09/2011). (grifo).⁶²

EMENTA: RESPONSABILIDADE CIVIL. ACIDENTE FATAL. QUEDA DE COMPOSIÇÃO FERROVIÁRIA. VALORAÇÃO DE ELEMENTOS PROBATÓRIOS. ART. 333 DO CPC. SÚMULA 7/STJ. REGRAS DE EXPERIÊNCIA. ART. 335 DO CPC. DANOS MORAIS. MAJORAÇÃO DO VALOR ATRIBUÍDO A TÍTULO DE COMPENSAÇÃO PELOS PREJUÍZOS SUPOSTOS. POSSIBILIDADE. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA. ART. 21 DO CPC. 1. Inexiste erro na valoração que, dentro dos critérios legais e com fundamento no princípio do livre convencimento, leva em consideração as provas que o julgador considera mais enfáticas e relevantes para o deslinde do feito. 2. As regras de experiência de que trata o art. 335 do CPC não permitem a ilação de que a abertura da porta de um vagão de trem em movimento é ordinariamente causada pela imprudência das próprias vítimas. 3. *A fixação do valor da compensação pelos danos morais deve balizar-se entre a justa composição dos prejuízos emocionais e a vedação ao enriquecimento ilícito.* 4. Na distribuição dos ônus da sucumbência, considera-se o número de pedidos formulados e o número de pedidos efetivamente julgados procedentes ao final da demanda. Precedentes. 5. Recurso especial de FRANCISCO SACRAMENTO MENDES parcialmente provido. (RESP 1119933/RJ, REL. MINISTRA NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, JULGADO EM 01/03/2011, DJE 21/06/2011). (grifo).⁶³

EMENTA: ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL. CDC. APLICÁVEL ÀS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS. SÚMULA 297/STJ. SAQUE INDEVIDO DO VALOR DEPOSITADO NA CONTA VINCULADA DO FGTS. INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS. REVISÃO SÚMULA 7/STJ. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. ART. 29-C DA LEI 8.036/90. NÃO APLICÁVEL À ESPÉCIE DOS AUTOS. AÇÃO AJUIZADA ANTES DA MP 2.164-41/01. [...] 2. O acórdão recorrido estabeleceu o valor correspondente aos danos materiais com esteio nos elementos existentes de prova nos autos. O atendimento da pretensão da recorrente importaria, necessariamente, no seu reexame, o que é defeso nos termos da Súmula 07/STJ. 3. *Segundo entendimento pacífico do Superior Tribunal de Justiça, somente é possível a modificação da indenização por danos morais e materiais, se o valor arbitrado for manifestamente irrisório ou exorbitante, de modo a causar enriquecimento sem causa e vulnerar os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, o que não ocorre na espécie.* [...] 6. Recurso especial conhecido em parte e não provido. (RESP 1165199/PE,

⁶² RIO GRANDE DO SUL. Tribunal Regional Federal. 4ª Região. **Processo n. 5002693-90.2010.404.7009**. Relator: Maria Lúcia Luz Leiria. Porto Alegre, 02 de setembro de 2011. Disponível em: <http://www.trf4.jus.br/trf4/processos/acompanhamento/resultado_pesquisa.php?txtValor=50026939020104047009&selOrigem=TRF&chkMostrarBaixados=&todasfases=S&selForma=NU&todaspartes=&hdnRefId=f51efe5d51d99a1a329a73196944663c&txtPalavraGerada=GOeM&PHPSESSID=67f05ea11378e1c7ec840d8dc630d8c1>. Acesso em: 12 set. 2011.

⁶³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial n. 1119933/RJ. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, DF, 01 de março de 2011. **Diário da Justiça Eletrônico**, 21 jun. 2011. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/Acordaos/IntegraAcordao.asp?num_registro=200900157120&dt_publicacao=21/06/2011>. Acesso em: 12 set. 2011.

REL. MINISTRO CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, JULGADO EM 05/05/2011, DJE 12/05/2011). (grifo).⁶⁴

EMENTA: RECURSO ESPECIAL. OFENSA AO ARTIGO 535 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. NÃO OCORRÊNCIA. MULTA CONTRATUAL. REDUÇÃO PARA 2% OCORRIDA NAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. INVIABILIDADE. RESTABELECIMENTO DO ÍNDICE PACTUADO. CONTRATO CELEBRADO ANTES DA VIGÊNCIA DA LEI N. 9.298/96. CLÁUSULA PENAL. REDUÇÃO COM BASE NO 924 DO CC/1916. POSSIBILIDADE. PRETENSÃO DE ALTERAR O PATAMAR DEFINIDO NAS INSTÂNCIAS DE ORIGEM. IMPOSSIBILIDADE. ÓBICE NO ENUNCIADO SUMULAR N. 7 DESTE TRIBUNAL SUPERIOR. [...] 2. A multa contratual só pode ser reduzida ao percentual de 2% (dois por cento) nos contratos celebrados após a vigência da Lei n. 9.298/96. 3. *O artigo 924 do Código Civil de 1916 facultava ao Juiz a redução proporcional da cláusula penal às hipóteses de cumprimento parcial da obrigação, sob pena de afronta ao princípio da vedação do enriquecimento sem causa.* 4. Hipótese em que a obrigação foi parcialmente cumprida pelo devedor, a justificar a redução. 5. Inocorrência de aplicação retroativa do art. 413 do CC/02 que, ao contrário da faculdade trazida pela regra anterior, passou a estabelecer um dever ao juiz. [...] 8. Doutrina e jurisprudência acerca das questões discutidas. 9. Recurso Especial parcialmente provido. (RESP 887.946/MT, REL. MINISTRO PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, JULGADO EM 10/05/2011, DJE 18/05/2011). (grifo).⁶⁵

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL E DIREITO CIVIL. PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE TERRENO. INADIMPLEMENTO. RESOLUÇÃO DO CONTRATO. CONSTRUÇÃO DE CASA. PEDIDO DE INDENIZAÇÃO DA CONSTRUÇÃO FEITO APÓS A CONTESTAÇÃO. ACOLHIMENTO EM SEDE DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ALEGAÇÃO DE PRECLUSÃO. INOCORRÊNCIA. 1 - O pedido de indenização por benfeitorias, ainda que formulado após a contestação, é consequência lógica da procedência do pedido de resolução do contrato, cujo resultado prático é o retorno das partes ao "status quo ante". 2 - Com a retomada do imóvel pela promitente-vendedora, esta não pode locupletar-se, recebendo seu terreno com a construção realizada pelos promitentes-compradores sem a correspondente indenização. 3 - Inocorrência de ofensa ao art. 303 do CPC. 4 - *Vedação do enriquecimento sem causa.* 5 - Recurso especial a que se nega provimento. (RESP 764.529/RS, REL. MINISTRO PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, JULGADO EM 26/10/2010, DJE 09/11/2010). (grifo).⁶⁶

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. MORTE. DENGUE HEMORRÁGICA. CONFIGURAÇÃO DA RESPONSABILIDADE

⁶⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial n. 1165199/PE. Relator: Ministro Castro Meira. Brasília, DF, 05 de maio de 2011. **Diário da Justiça Eletrônico**, 12 maio 2011. Disponível em:

<http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/Acordaos/IntegraAcordao.asp?num_registro=200902122784&dt_publicacao=12/05/2011>. Acesso em: 12 set. 2011.

⁶⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial n. 887.946/MT. Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Brasília, DF, 10 de maio de 2011. **Diário da Justiça Eletrônico**, 18 maio 2011. Disponível em:

<http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/Acordaos/IntegraAcordao.asp?num_registro=200602063760&dt_publicacao=18/05/2011>. Acesso em: 12 set. 2011.

⁶⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial n. 764.529/RS. Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Brasília, DF, 26 de outubro de 2010. **Diário da Justiça Eletrônico**, 09 nov. 2010. Disponível em:

<http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/Acordaos/IntegraAcordao.asp?num_registro=200501098246&dt_publicacao=09/11/2010>. Acesso em: 12 set. 2011.

SUBJETIVA DO ESTADO PELO TRIBUNAL A QUO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. MAJORAÇÃO DO QUANTUM INDENIZATÓRIO. VALOR IRRISÓRIO. CONFIGURADO. 1. *Os danos morais na sua expressão econômica devem assegurar a justa reparação e a um só tempo vedar o enriquecimento sem causa do autor, mercê de considerar a capacidade econômica do réu, por isso que se impõe seja arbitrado pelo juiz de forma que a composição do dano seja proporcional à ofensa, calcada nos critérios da exemplariedade e da solidariedade.* 2. A modificação do quantum arbitrado a título de danos morais, em sede de recurso especial é excepcional e admitida na hipótese de fixação em valor irrisório ou abusivo. Precedentes do STJ: REsp 860099/RJ, DJ 27.02.2008; AgRg no Ag 836.516/RJ, DJ 02.08.2007 e REsp 960.259/RJ, DJ 20.09.2007. 3. In casu, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro considerando a responsabilidade subjetiva e demonstrado o nexo de causalidade entre a omissão do Estado do Rio de Janeiro e do Município do Rio de Janeiro no combate à epidemia de dengue e a ocorrência do evento morte, em razão de estar a vítima acometida por dengue hemorrágica e, o dano moral advindo da mencionada omissão do agente estatal, fixou o pagamento de indenização, a título de danos morais, no valor equivalente a R\$ 30.000,00 (trinta mil reais), com correção monetária a contar da decisão e juros de mora desde o evento fatal, nos moldes delineados no acórdão às fls. 360/362. 4. A análise das especificidades do caso concreto e dos parâmetros adotados por esta Corte, no exame de hipóteses análogas, conduz à conclusão de que o valor arbitrado a título de indenização por danos morais, R\$ 30.000,00 (trinta mil reais), revela-se irrisório, ante a evidente desproporcionalidade entre o quantum indenizatório e a lesão suportada pelo autor, em razão da morte de sua filha e considerada a omissão do Estado, consoante assentado pelo Tribunal local: "Com efeito, na época em que a filha do recorrente veio a óbito a imprensa escrita e falada noticiou epidemia de dengue no Município do Rio de Janeiro e outros adjacentes. Contra o fato, a municipalidade alega ter procedido a eficiente programa de combate. Entretanto, todos os documentos por ela acostados aos autos se referem a exercícios posteriores ao do evento sub judice. [...] Conseqüentemente, a constatação de irrisoriedade do quantum indenizatório impõe a sua majoração de maneira que a composição do dano seja proporcional à ofensa, razão pela qual a indenização a título de danos morais deve ser majorada para R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais). Precedentes do STJ: REsp 1021992/RN, PRIMEIRA TURMA, julgado em 02/10/2008, DJe 13/10/2008; REsp 976059/SP, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/06/2009, DJe 23/06/2009; AgRg no REsp 932561/RS, SEGUNDA TURMA, julgado em 28/10/2008, DJe 25/11/2008 6. Recurso Especial provido para majorar o valor da indenização, a título de danos morais, para R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais). (REsp 1133257/RJ, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 27/10/2009, DJe 02/02/2010). (grifo).⁶⁷

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA INDIRETA. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. CONCURSO PÚBLICO. INOBSERVÂNCIA. NULIDADE DO CONTRATO DE TRABALHO. EFEITOS. SALDO DE SALÁRIO. 1. *Após a Constituição do Brasil de 1988, é nula a contratação para a investidura em cargo ou emprego público sem prévia aprovação em concurso público. Tal contratação não gera efeitos trabalhistas, salvo o pagamento do saldo de salários dos dias efetivamente trabalhados, sob pena de enriquecimento sem causa do Poder Público.* Precedentes. 2. A regra constitucional que

⁶⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial n. 1133257/RJ. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, DF, 27 de outubro de 2009. **Diário da Justiça Eletrônico**, 02 fev. 2010. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/Acordaos/IntegraAcordao.asp?num_registro=200501098246&dt_publicacao=09/11/2010>. Acesso em: 12 set. 2011.

submete as empresas públicas e sociedades de economia mista ao regime jurídico próprio das empresas privadas --- art. 173, §1º, II da CB/88 --- não elide a aplicação, a esses entes, do preceituado no art. 37, II, da CB/88, que se refere à investidura em cargo ou emprego público. 3. Agravo regimental a que se nega provimento. (AI 680939 AGR, RELATOR(A): MIN. EROS GRAU, SEGUNDA TURMA, JULGADO EM 27/11/2007, DJE-018 DIVULG 31-01-2008 PUBLIC 01-02-2008 EMENT VOL-02305-29 PP-06444). (grifo).⁶⁸

Nessas decisões pode se verificar que o enriquecimento sem causa serviu como parâmetro para mensuração do valor a ser pago a título de indenização fixado pelo magistrado, ou seja, claramente o instituto foi aplicado como princípio, e não como uma ação autônoma.

Diante do caráter princípio lógico tratado nos referidos julgados, percebe-se a posição dos Tribunais em adotarem o referido instituto como uma ferramenta a ser usada para impedir que um indivíduo obtenha vantagem indevida ou incompatível, em face do empobrecimento de outrem.

Portanto na comparação entre os dois aspectos do referido instituto, com a presente pesquisa conclui-se que de fato, atualmente, se verifica quanto a aplicabilidade judicial do enriquecimento sem causa é que o mesmo não vem sendo usado como uma ação autônoma, com intuito de evitar-se situação injusta conforme disposto no Código Civil de 2002, mas sim, por forte influencia de julgados dos principais Tribunais do Brasil servindo como um fundamento, ou princípio, para evitar-se situação injusta, notadamente no âmbito das ações de indenização por responsabilidade civil extracontratual, dano moral ou material, sempre buscando evitar um enriquecimento injustificado à custa de um empobrecimento alheio.

⁶⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo regimental em agravo de instrumento n. 680939/RS. Relator(A): Min. Eros Grau. Brasília, DF, 27 de novembro de 2007. **Diário da Justiça Eletrônico**, 01 fev. 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDecisao.asp?numDj=18&dataPublicacao=01/02/2008&incidente=3640681&capitulo=5&codigoMateria=3&numeroMateria=1&texto=2621181>>. Acesso em: 12 set. 2011.

IV) CONCLUSÃO

Dado o exposto no presente trabalho, verifica-se que o “instituto do enriquecimento sem causa” no ordenamento jurídico brasileiro, por força de sua caracterização subsidiária enquanto ação, e dúplice, quanto a princípio geral de direito e cláusula geral, vem revelando como principal aspecto na sua aplicação o caráter principiológico, podendo tal fato ser percebido em diversas decisões sobre variados temas dentro do direito das obrigações fazendo menção ao instituto como princípio fundamental do ordenamento jurídico.

Assim, o que pode se perceber é o enriquecimento sem causa vem ganhando força como princípio geral do ordenamento, norteador de diversas decisões pelos tribunais do país, e independente do caráter da ação proposta, tratando-se de indenização por dano moral ou material, enfim, em inúmeros casos distintos, o enriquecimento sem causa serve como parâmetro hermenêutico, servindo assim como ponto de referência para o uso da interpretação, oferecendo ao intérprete critérios valorativos e limites para a aplicação de demais disposições normativas.

Dessa forma, não cabe ao magistrado unicamente julgar as ações baseado única e exclusivamente no texto de Lei, mas sim, fazendo do texto uma interpretação adequada uma vez que o Código Civil de 2002 permite ao aplicador do direito tal liberdade, com suas cláusulas gerais de caráter aberto, não existindo mais um sistema jurídico fechado, irredutível e determinista.

Atualmente, o grande problema enfrentado pelos aplicadores do direito é a inexistência de critérios objetivos a serem utilizados na quantificação do dano tanto na esfera patrimonial como na esfera não patrimonial do lesado, sendo a tarefa de mensurar o *quantum debeatur*, ante a ausência de critérios objetivos, está a cargo do julgador, que se vale de critérios gerais e específicos.

Entre esses critérios estão à prudência, a razoabilidade, o livre convencimento motivado e a equidade, sendo que, os critérios específicos guardam relação com o caso concreto, ou seja, o magistrado analisa, dentre outros aspectos, a gravidade e o caráter anti-social da conduta, os sentimentos ofendidos da vítima, bem como a sua colaboração para a concretização do dano, bem como, a situação econômica de ambos no ordenamento.

Porém, a falta de critérios objetivos e claro tem gerado alguns problemas para o sistema judiciário, dentre os quais pode-se apontar a necessidade de um

consenso acerca da quantia devida a título de indenização, a falta de segurança jurídica e a falta de coerência das decisões.

É em razão da inexistência de um regime objetivo e claro que se constata decisões indenizatórias ora vultosas, ora ínfimas, as primeiras, na grande maioria das vezes, injustificadas, gerando o enriquecimento sem causa, que é sancionado pelo sistema jurídico brasileiro, e as outras, sequer servem para conscientizar o agente a não reincidir.

Essa questão tem causado ao Poder Judiciário um grande descrédito, pois é inaceitável a prolação de decisões diametralmente opostas para casos semelhantes.

Algumas leis previam forma tarifada de indenização de acordo com a gravidade da ofensa. porém, apesar de ser um critério prático, esbarra na inconstitucionalidade, pois tarifar a indenização equivaleria a impor um teto de indenizações, o que fere incisivamente o dispositivo constitucional que prevê a integral compensação do dano, bem como, a tarifação implicaria em banalizar o instituto do dano moral, pois o ofensor conhecendo a conseqüência de sua conduta, analisaria friamente sobre as vantagens e desvantagens da prática do ilícito.

Sendo assim, a indenização não pode servir como pena ao agente, seria inconstitucional ante a falta de critérios objetivos a quantificar o dano, pois afrontaria o princípio da legalidade, contudo, também não pode ser tão desprezível, que estimule o agressor a cometer novas infrações dessa ordem, do mesmo modo, o valor fixado não pode ser tão excessivo, pois o injusto enriquecimento deve ser evitado.

Assim, pode-se concluir do estudo a que se propôs inicialmente no presente trabalho, que a quantificação do dano tanto na esfera patrimonial como na esfera não patrimonial do lesado, deveria partir de um critério idêntico para casos idênticos, admitindo-se, de acordo com o caso concreto, que tais critérios sejam flexibilizados caso a caso para se chegar as compensações justas (conservação estática dos patrimônios), ou seja, compensando o dano sofrido sem entretanto, provocar o enriquecimento sem causa, só assim, poderá o magistrado concretizar a norma dando-lhe integral cumprimento.

REFERÊNCIAS

ALVIM, Agostinho Neves de Arruda. Do enriquecimento sem causa. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 173, p. 47-67, 1957.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito das obrigações**. Rio de Janeiro: Paulo de Azevedo, 1954.

BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2006**. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 12 jul. 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial n. 1119933/RJ. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, DF, 01 de março de 2011. **Diário da Justiça Eletrônico**, 21 jun. 2011. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/Acordaos/IntegraAcordao.asp?num_registro=200900157120&dt_publicacao=21/06/2011>. Acesso em: 12 set. 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial n. 1133257/RJ. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, DF, 27 de outubro de 2009. **Diário da Justiça Eletrônico**, 02 fev. 2010. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/Acordaos/IntegraAcordao.asp?num_registro=200501098246&dt_publicacao=09/11/2010>. Acesso em: 12 set. 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial n. 1165199/PE. Relator: Ministro Castro Meira. Brasília, DF, 05 de maio de 2011. **Diário da Justiça Eletrônico**, 12 maio 2011. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/Acordaos/IntegraAcordao.asp?num_registro=200902122784&dt_publicacao=12/05/2011>. Acesso em: 12 set. 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial n. 764.529/RS. Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Brasília, DF, 26 de outubro de 2010. **Diário da Justiça Eletrônico**, 09 nov. 2010. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/Acordaos/IntegraAcordao.asp?num_registro=200501098246&dt_publicacao=09/11/2010>. Acesso em: 12 set. 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial n. 887.946/MT. Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Brasília, DF, 10 de maio de 2011. **Diário da Justiça Eletrônico**, 18 maio 2011. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/Acordaos/IntegraAcordao.asp?num_registro=200602063760&dt_publicacao=18/05/2011>. Acesso em: 12 set. 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula n. 37**. São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato. Disponível em: <http://www.dji.com.br/normas_inferiores/regimento_interno_e_sumula_stj/stj__0037.htm>. Acesso em 12 set. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo regimental em agravo de instrumento n. 680939/RS. Relator(A): Min. Eros Grau. Brasília, DF, 27 de novembro de 2007.

Diário da Justiça Eletrônico, 01 fev. 2008. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDecisao.asp?numDj=18&dataPublicacao=01/02/2008&incidente=3640681&capitulo=5&codigoMateria=3&numeroMateria=1&exto=2621181>>. Acesso em: 12 set. 2011.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de; SILVA, Denis Franco. Neminem laedere: o novo código civil brasileiro e a integral responsabilidade dos danos materiais decorrentes de ato ilícito. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v. 20, p. 247-258, out./dez. 2004.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **O problema da responsabilidade por actos ilícitos**. Coimbra: Almedina, 1974.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil**. São Paulo: Saraiva, 2004.

COSTA, Judith Hofmeister Martins. A ilicitude derivada do exercício contraditório de um direito: o renascer do venire contra factum proprium. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 100, n. 376, p. 126, nov./dez. 2004.

COSTA, Judith Hofmeister Martins. O direito privado como um "sistema em construção". **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, Porto Alegre, v. 5, p.147-153, 1998.

COSTA, Judith Hofmeister Martins. O direito privado como um sistema em construção: as cláusulas gerais no projeto do Código Civil brasileiro. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 753, p. 24-48, 1998.

CRETELLA JÚNIOR, José. **O estado e a obrigação de indenizar**. São Paulo: Saraiva, 1980.

DINIZ, Maria Helena. **Lei de introdução ao Código Civil Brasileiro interpretada**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

DIREITO, Carlos Alberto Menezes. **Comentários ao novo Código Civil**: (arts. 927 a 965). Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. 13.

ETTORE NANNI, Giovanni. **Enriquecimento sem causa**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

JORGE, Fernando de Sandy Lopes Pessoa. **Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil**. Coimbra: Almedina, 1972.

KONDER, Carlos Nelson. A redução eqüitativa da indenização em virtude do grau de culpa: apontamentos acerca do parágrafo único do art. 944 do Código Civil. **Revista Trimestral de Direito Civil**, São Paulo, v. 29, p. 34, jan./mar. 2007.

LEMOS, Paula M. F. de. **Ato ilícito e reparação por dano**. Disponível em: <http://www.ugf.br/editora/pdf/voxjuris_2/artigo1.pdf>. Acesso em: 12 set. 2011.

MICHELON JUNIOR, Cláudio Fortunato. **Direito restitutivo**: enriquecimento sem causa, pagamento indevido, gestão de negócios. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. (Biblioteca de Direito Civil. Estudos em homenagem ao Professor Miguel Reale; v. 8).

MICHELON JUNIOR, Cláudio Fortunato. O enriquecimento sem causa e a administração pública. **Revista do Tribunal de Contas [Do] Estado do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, v. 36, n. especial, p. 45-53, maio 2004.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. v. 4.

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

NORONHA, Fernando. Tripartição fundamental das obrigações: obrigações negociais, responsabilidade civil e enriquecimento sem causa. **Jurisprudência Catarinense**, Florianópolis, v. 72, p. 93-108, 1993.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. **O imoral nas indenizações por dano moral**. Disponível em: <http://www.tjmg.jus.br/jesp/jurisprudencia_doutrina/doutrina_004.html>. Acesso em: 12 set. 2011.

PELUSO, Antônio Cezar (Coord.). **Código Civil comentado**: doutrina e jurisprudência. 3. ed. Barueri: Manole, 2009.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. v. 2.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

POZZOLO, Paulo Ricardo. Ato ilícito civil. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná**, Curitiba, v. 32, n. 33, p. 241-251, 2000.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação cível nº 70039338108**. Relator: Isabel Dias Almeida. Porto Alegre, 31 de agosto de 2011. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/download/exibe_documento_att.php?ano=2011&codigo=1549764>. Acesso em: 12 set. 2011.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação cível nº 70042954735**. Relator: Mário Crespo Brum. Porto Alegre, 01 de setembro de 2011. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/download/exibe_documento_att.php?ano=2011&codigo=1627717>. Acesso em: 12 set. 2011.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal Regional Federal. 4ª Região. **Processo n. 5002693-90.2010.404.7009**. Relator: Maria Lúcia Luz Leiria. Porto Alegre, 02 de setembro de 2011. Disponível em: <http://www.trf4.jus.br/trf4/processos/acompanhamento/resultado_pesquisa.php?txtValor=50026939020104047009&selOrigem=TRF&chkMostrarBaixados=&todasfases=S&selForma=NU&todaspartes=&hdnRefId=f51efe5d51d99a1a329a73196944663c&xtPalavraGerada=GOeM&PHPSESSID=67f05ea11378e1c7ec840d8dc630d8c1>. Acesso em: 12 set. 2011.

RODRIGUES, Silvio. A responsabilidade aquiliana no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor. In: Tubenchlak, James (Coord.). **Livro de estudos jurídicos**. Rio de Janeiro: Instituto de Estudos Jurídicos, 1991. p. 11.

SEVERO, Sérgio. **Os danos extrapatrimoniais**. São Paulo: Saraiva, 1996.

SEVERO, Sérgio. **Tratado da responsabilidade pública**. São Paulo: Saraiva, 2009.

SILVA, Clóvis V. Couto e. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: FGV, 2011.

STOCO, Rui. Defesa do consumidor e responsabilidade pelo risco do desenvolvimento. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 855, p. 40-53, jan. 2007.

TEPEDINO, Gustavo José Mendes (coord.). **A parte geral do Novo Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

VARELA, João de Matos Antunes. **Das obrigações em geral**. 8. ed. Coimbra: Almedina, 1994.