revistaIBERC

v. 9, n. 2, p. 116-133, maio/agosto 2026
DOI: https://doi.org/10.37963/iberc.v9i2.383

MODELOS REPARATÓRIOS EM RESPONSABILIDADE CIVIL: LOSS BASED DAMAGES, GAIN BASED DAMAGES E PUNITIVE/EXEMPLARY DAMAGES E A REFORMA DO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO

REPAIR MODELS ON CIVIL LIABILITY: LOSS BASED DAMAGES, GAIN BASED DAMAGES AND EXEMPLARY/PUNITIVE DAMAGES AND THE REFORM OF THE BRAZILIAN CIVIL CODE

Iuri Bolesina[*]

Resumo: O presente artigo debruça-se sobre os modelos reparatórios em responsabilidade civil, analisando as lógicas: compensatória (*loss based damages*), restituitória (*gain based damages*) e retributiva (*punitive/exemplary damages*), bem como a sua inserção na reforma do Código Civil brasileiro. Para tanto, a questão que norteia o estudo é: como se configuram os modelos de reparação compensatório, restitutório e retributivo e eles podem ser aplicados no sistema de responsabilidade civil brasileiro? A metodologia aplicada se dá por meio do método de abordagem indutivo, buscando-se a interpretação da realidade a partir dos aportes eleitos. Parte-se do vivenciado ao lado de conceitos, resgatando, questionando e reinterpretando os sentidos atribuídos, aplicando-se princípios gerais sobre o contexto específico. Como método de procedimento valeu-se do monográfico. E, por fim, no que tange à técnica de pesquisa, adota-se a documentação indireta. O desenvolvimento divide-se em três momentos, sendo que, em cada qual, aprofundou-se um dos modelos de reparação. Como conclusão geral, denota-se que o Brasil, hoje, adota expressamente o modelo compensatório (*loss based damages*), mas não os demais. O cenário poderá mudar com a aprovação do projeto de reforma do Código Civil, o qual positiva os três modelos. Sobre o modelo restitutório (*gain based damages*), não há previsão expressa no Brasil (salvo em hipótese prevista na Lei de Propriedade Intelectual), embora haja julgados acerca do lucro da intervenção. No projeto de reforma, tal modelo está positivado como alternativa aos danos patrimoniais. Por seu turno, o modelo retributivo se trata de uma pena civil e, hoje, carece de prévia cominação legal para sua aplicação, não obstante os tribunais o utilizem como um “dano moral punitivo”. Na reforma do Código Civil, prevê-se a sanção pedagógica, um complemento condenatório em casos altamente reprováveis. Por fim, entende-se como vanguarda o acolhimento sinérgico dos modelos compensatório,

Abstract: This paper focuses on reparatory models in civil liability, analyzing the logics: compensatory (loss based damages), restitutory (gain based damages) retributive (punitive/exemplary damages), as well as its inclusion in the reform of the Brazilian Civil Code.. Therefore, the question that guides the study is: how are the compensatory, restitutory and retributive reparation models configured and can they be applied in the Brazilian civil liability system? The applied methodology is through the inductive approach method, seeking the interpretation of reality from the elected contributions. It starts from what is experienced alongside concepts, rescuing, questioning and reinterpreting the assigned meanings, applying general principles about the specific context. As method of procedure it used the monographic. And, finally, regarding the research technique, the indirect documentation was adopted. The development is divided into three moments, and in each of them work on one of the repair models. In general conclusion, it is noted that Brazil currently expressly adopts the compensatory model (loss-based damages), but not the others. This scenario may change with the approval of the Civil Code reform project, which enshrines all three models. Regarding the restitutory model (gain-based damages), There is no express provision in Brazil (except in cases provided for in the Intellectual Property Law), although there are judgments regarding the profit from the intervention. In the reform project, this model is enshrined as an alternative to patrimonial damages. In turn, the retributive model is a civil penalty and, today, lacks prior legal provision for its application, although the courts use it as a "punitive moral damage". The Civil Code reform provides for a pedagogical sanction, a condemnatory complement in highly reprehensible cases. Finally, the synergistic integration of compensatory, restitutive, and retributive models in the Civil Code reform project is understood as a vanguard, as it would represent a true recognition of

[*] Doutor e Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC. Especialista em Direito Civil pela Faculdade Meridional - IMED. Graduado em Direito pela Universidade de Passo Fundo - UPF. Advogado. Professor do Curso de Direito na Atitus Educação. Tem experiência na área do Direito Civil e Processo Civil, com ênfase em Responsabilidade Civil, Direito do Consumidor e Direito Digital. Autor de obras. E-mail: iuribolesina@gmail.com
ORCID: https://orcid.org/0000-0001-5290-152X

restitutório e retributivo no projeto de reforma do Código Civil, pois representaria verdadeiro reconhecimento de uma "responsabilidade civil plena", um modelo tridimensional capaz de oferecer proteção contra danos, atos ilícitos e riscos.

of a "full civil liability", a three-dimensional model capable of offering protection against damages, unlawful acts and risks.

Palavras-chave: Responsabilidade Civil. Modelos reparatórios. Modelo compensatório. Modelo restitutório. Modelo retributivo.

Keywords: Civil liability. Reparatory models. Loss based damages. Gain based damages. Punitive/exemplary damages.

Sumário: Introdução. **1**. *Loss Based Damages*: o modelo focado nos danos da vítima. **2**. *Gain Based Damages*: o modelo voltado à remoção dos benefícios obtidos pelo ofensor com o ilícito lucrativo. **3**. *Exemplary/Punitive Damages*: o modelo baseado na retribuição do mal causado pela conduta altamente reprovável. **4**. Considerações finais. Referências.

INTRODUÇÃO

A formatação contemporânea das estruturas de responsabilidade civil tem, habitualmente, como desiderato primordial a reparação integral da vítima, elegendo-se o dano como grande vilão. Nesse sentido, os diversos mecanismos legais previstos no direito material e no âmbito processual articulam-se de modo a privilegiar que o ofendido possa alcançar a devida reparação. Nessas hipóteses, intenta-se que a vítima seja devolvida ao status quo, isto é, à situação existencial ou patrimonial anterior ao dano sofrido. Em variadas hipóteses, alcançar o status quo é impossível, e a questão resolve-se por meio de compensação monetária.

Por sua vez, outros sistemas de responsabilidade civil têm demonstrado como, em certas ocorrências, os prolongamentos do ato ilícito em si alimentam situações nefastas em paralelo aos efeitos nocivos do dano. Nesses casos, o ofensor tende a obter vantagens a partir de sua conduta antijurídica, a despeito de valores socialmente relevantes e desejáveis. Diante disso, tais sistemas de responsabilidade civil optam por ampliar seu alcance, a fim de que a atenção também recaia sobre o ofensor, evitando que ele se beneficie de seus erros (sem prejuízo da reparação da vítima). Assim, não se falaria apenas em compensação dos danos, mas também em restituição dos benefícios do ilícito ou em retribuição pelo mal causado por comportamento altamente reprovável. Ter-se-iam três possíveis caminhos reparatórios, não necessariamente excludentes entre si: compensação, restituição ou retribuição, ou seja, respectivamente, loss-based damages, gain-based damages ou punitive/exemplary damages.

Em face desse cenário, que agora também é debatido no projeto de reforma do Código Civil, o presente artigo debruça-se sobre o seguinte problema: como se configuram os modelos de reparação compensatório, restitutório e retributivo, e se podem ser aplicados no sistema de responsabilidade civil brasileiro? Para tanto, o desenvolvimento aprofundar-se-á em cada um dos três modelos, para, ao final, na conclusão, apresentar uma possível resposta ao problema.

Utilizar-se-á, como metodologia, o método de abordagem indutivo, buscando-se a interpretação da realidade a partir dos aportes eleitos. Parte-se do vivenciado ao lado de conceitos, resgatando, questionando e reinterpretando os sentidos atribuídos, com a aplicação de princípios gerais ao contexto específico. Como método de procedimento, valer-se-á do monográfico. E, por fim, no que tange à técnica de pesquisa, será adotada a documentação indireta.

1. *LOSS BASED DAMAGES*: O MODELO FOCADO NOS DANOS DA VÍTIMA

É lugar-comum reconhecer que a função primeira da responsabilidade civil é a reparação dos danos suportados pela vítima. As transformações históricas vivenciadas pela responsabilidade civil, direcionaram-se à vítima. O ofendido e a sua reparação integral ficam em foco. Assim, não sem fundamento, a responsabilidade civil estimula a criação de mecanismos jurídicos que facilitem o retorno da vítima ao estado anterior ao dano (status quo). Tal lógica é fruto das bases primordiais de sua estrutura: o princípio da reparação integral e o princípio da indenidade.

Até meados do século XX, sobressaía o modelo subjetivo de responsabilidade civil, exigindo-se a comprovação da culpa do ofensor. Em muitos casos, como aponta Schreiber[1], a culpa representava um rígido filtro que obstava a reparação da vítima, tornando os danos experimentados meras fatalidades[2]. A vítima acabava desamparada, prevalecendo a ideia de não indenização.

Desde então, mudaram-se os paradigmas a partir dos princípios da indenidade e da reparação integral. Em concreto, a busca pela reparação da vítima passa a ser o padrão (princípio da indenidade[3]), e essa reparação deve ocorrer na exata medida de todos os danos suportados pela vítima, restabelecendo o estado anterior (princípio da reparação integral). Esses princípios enaltecem, ainda, um dos grandes deveres nascidos da responsabilidade civil, qual seja, o *neminem laedere* (dever de a ninguém lesar ou de não lesar ninguém)[4], que atua como um dever jurídico geral, uma cláusula geral de responsabilidade civil[5].

---

[1] SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição de danos.* 6. Ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 15-16.

[2] "Até o início da segunda revolução industrial (1860-1914), os acidentes que vitimavam os operários em seu contato diário com as máquinas não eram considerados indenizáveis. Mesmo hoje, com constantes campanhas educativas e desenvolvimento de tecnologias de segurança do trabalho, há uma margem estatística de inevitabilidade nestes acidentes. O operário muitas vezes se desconcentra e sofre a lesão por descuido dele mesmo. No passado, em que as medidas preventivas não existiam e o empregador não se dera conta dos prejuízos que ele próprio sofre com os acidentes de trabalho, estes se multiplicavam matando ou ferindo milhares de operários. A inevitabilidade afastava a hipótese de culpa ou dolo do empregador e classificava o evento como caso fortuito: ninguém respondia pelos danos. O operário arcava sozinho com as consequências do acidente; se perdia a capacidade laborativa ficava condenado à miséria" (COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito civil: obrigações – responsabilidade civil.* V.2, 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 276).

[3] Assim, "pelo princípio da indenidade, a elaboração, interpretação e aplicação das normas de responsabilidade civil devem ser feitas com o objetivo de facilitar o acesso da vítima à indenização" (COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito civil: obrigações – responsabilidade civil.* V.2, 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 277)

[4] Disto decorrem outros deveres como o dever de cuidado (ou diligência) e o dever de segurança.

[5] FARIAS, Cristiano Chaves de; FIGUEIREDO, Luciano; EHRHARDT JÚNIOR, Marcos; DIAS, Wagner Inácio. *Código Civil para concursos: doutrina, jurisprudência e questões de concursos.* 6.ed. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 273).

Essa articulação, que se resume em reconhecer que a função primordial da responsabilidade civil é a reparação dos danos suportados pela vítima, é denominada, em sentido amplo, como "modelo baseado nas perdas" (*loss-based damages*). Trata-se do modelo clássico, segundo o qual a reparação[6] ocorrerá a partir dos danos da vítima e com base neles, independentemente dos ganhos obtidos pelo ofensor. Cuida-se da visão tradicional sobre a função reparatória da responsabilidade civil, há muito enaltecida pela doutrina francesa nos brocardos: "*pas de préjudice, pas de responsabilité civile*" (sem dano, sem responsabilidade civil) e "*tout le dommage, mais rien que le dommage*" (todo o dano, mas não mais que o dano). Em suma, o dano é o grande vilão[7].

A legislação brasileira expressa o "modelo baseado nas perdas" por meio do art. 944, o qual dispõe que "a indenização mede-se pela extensão do dano". Em complemento, o art. 947 estabelece que "se o devedor não puder cumprir a prestação na espécie ajustada, substituir-se-á pelo seu valor, em moeda corrente", deixando clara a opção compensatória ou indenizatória *in pecúnia* (equivalente em bens monetários), quando a reparação *in natura* (o bem em si ou determinada tutela específica) não for possível[8]-[9]. Na proposta de reforma do Código Civil, o modelo baseado nas perdas segue como *standard*, sendo observado nos *caputs* dos arts. 944, 944-A e 947 do relatório final apresentado.

Nessa lógica, ao final de cada demanda judicial, a decisão, se procedente, deverá limitar-se materialmente ao teto dos danos sofridos pela vítima (e, processualmente, aos seus pedidos). Não poderá, assim, condenar o ofensor/réu a valor superior àquele suportado pelo ofendido/autor. Isso, entretanto, é muito mais simples em demandas envolvendo perdas patrimoniais do que prejuízos extrapatrimoniais. Nos danos extrapatrimoniais, em regra, é impossível ou muito difícil mensurar com precisão os valores que representem os danos da vítima[10]. Neste sentido, o cálculo da reparação admite abordagens diversas em cada caso[11].

Na verdade, o que ditará o nível de complexidade é o fato de o prejuízo ser mais ou menos aferível de modo preciso. Em certas hipóteses, como nos danos emergentes (a efetiva diminuição no patrimônio), a complexidade é menor, pois o critério utilizado — o "critério da diferença", que compara

---

[6] Destaca-se que a expressão damages pode ser reduzida ao significado de indenização. Pode, assim ser considerada como o valor em dinheiro recebido em um processo judicial.

[7] FARIAS, Cristiano Chaves de; NETTO, Felipe Peixoto Braga; e ROSENVALD, Nelson. *Novo Tratado de Responsabilidade Civil.* Atlas. São Paulo, 2015. p. 30).

[8] Enunciado n. 589, do CJF: "A compensação pecuniária não é o único modo de reparar o dano extrapatrimonial, sendo admitida a reparação in natura, na forma de retratação pública ou outro meio".

[9] GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: responsabilidade civil*. V.4, 12.ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 509-510.

[10] Nos danos extrapatrimoniais, onde o puro cálculo matemático é insuficiente para medir a extensão dos danos, a reparação não pretende "alcançar uma equivalência de índole patrimonial, mas proporcionar ao lesado algum tipo de satisfação ou de compensação, ainda que imperfeita [...] não há possibilidade de estabelecer uma exata equivalência entre o dano moral e a sua respectiva reparação, fato que não justifica a negação da indenização devida (SANTANA, Hector Valverde. *Dano moral no direito do consumidor*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 162/164).

[11] Note-se inicialmente que, a natureza do dano não se confunde com as consequências do dano. Danos, em regra, tem natureza material ou pessoal. Seus efeitos, todavia, podem ser patrimoniais e/ou extrapatrimoniais. Um pet – em tese um bem de natureza material – que é morto por ato ilícito de outrem terá, por exemplo, o efeito patrimonial (seu valor enquanto "bem móvel") e também o efeito extrapatrimonial (o dano moral ao seu dono que perde o querido animal).

o que a vítima tinha antes e depois do evento danoso — fornece uma base matematicamente acessível para análise. Já nos lucros cessantes (aquilo que a vítima razoavelmente deixou de lucrar), a complexidade aumenta e a certeza matemática diminui, pois o critério se altera, passando a ser o da razoabilidade, com análise da probabilidade de ocorrência e da proporcionalidade dos lucros[12]. Algo semelhante ocorre nas hipóteses de pensionamento decorrentes de responsabilidade civil, como reparação de danos à saúde ou em caso de homicídio (arts. 948, 949 e 950 do Código Civil).

Por sua vez, nos danos de natureza extrapatrimonial, a complexidade é ainda maior, pois os interesses lesados não possuem valor econômico em si, mas apenas valores atribuídos[13], sendo, assim, inauferíveis. Em regra, o dano extrapatrimonial é reparado por arbitramento judicial, a partir do critério da razoabilidade. Os tribunais brasileiros afirmam adotar o "método bifásico"[14], a fim de controlar a discricionariedade do arbitramento. No projeto de reforma do Código Civil, buscou-se positivar o método bifásico já aplicado pelos tribunais, como se observa ao longo do art. 944-A e de seus parágrafos.

O modelo baseado nas perdas da vítima (*loss-based damages*) vê o dano como inimigo a ser combatido e privilegia a ideia de justiça corretiva, buscando reposicionar a vítima no *status quo* anterior às perdas. Todavia, em diversos casos, as circunstâncias conduzem ao resultado de uma reparação compensatória em dinheiro. Ocorre que muitas lesões geram prejuízos para os quais o dinheiro é ineficaz como mecanismo de justiça. Isso se dá porque certas perdas são irrecuperáveis, e outras deixam consequências insuperáveis para a vítima.

Ao lado disso, tecem-se críticas às limitações do modelo *loss-based damages*. A principal delas reside no fato de que determinados ofensores, a partir de uma análise econômica das condutas e de suas consequências, optam por caminhos antijurídicos. A razão é simples: seus ganhos superam os

---

[12] CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil.* 12. ed., rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2015. p. 105).

[13] Quando se diz que "tudo tem um preço", não significa que tudo pode/deve ser comercializado. Na verdade, a ideia é que, em regra, tudo pode ser apreciado economicamente, mediante a aplicação de regras pré-definidas – ainda que mais ou menos arbitrárias –, a fim de ser estipulado um valor conforme as lógicas do mercado. Quando um tribunal define que a vida humana vale R$ 100 mil ou quando um estudo econômico entende que a vida humana vale R$ 300 mil, isso apenas significa que, segundo certos critérios, este é o valor de mercado de uma vida humana. Obviamente que isto não se refere ao valor ontológico da vida humana. Igualmente tem-se que estipular um preço para determinadas coisas – como a vida humana – pode ser, por fortes e justificados fundamentos, uma imoralidade, uma indignidade ou algo antiético.

[14] "O método mais adequado para um arbitramento razoável da indenização por dano extrapatrimonial resulta da reunião dos dois últimos critérios analisados (valorização sucessiva tanto das circunstâncias como do interesse jurídico lesado). Na primeira fase, arbitra-se o valor básico ou inicial da indenização, considerando-se o interesse jurídico lesado, em conformidade com os precedentes jurisprudenciais acerca da matéria (grupo de casos). Assegura-se, com isso, uma exigência da justiça comutativa que é uma razoável igualdade de tratamento para casos semelhantes, assim como que situações distintas sejam tratadas desigualmente na medida em que se diferenciam. Na segunda fase, procede-se à fixação definitiva da indenização, ajustando-se o seu montante às peculiaridades do caso com base nas suas circunstâncias. Partindo-se, assim, da indenização básica, eleva-se ou reduz-se esse valor de acordo com as circunstâncias particulares do caso (gravidade do fato em si, culpabilidade do agente, culpa concorrente da vítima, condição econômica das partes) até se alcançar o montante definitivo. Procede-se, assim, a um arbitramento efetivamente equitativo, que respeita as peculiaridades do caso. Chega-se, com isso, a um ponto de equilíbrio em que as vantagens dos dois critérios estarão presentes. De um lado, será alcançada uma razoável correspondência entre o valor da indenização e o interesse jurídico lesado, enquanto, de outro lado, obter-se-á um montante que corresponda às peculiaridades do caso com um arbitramento equitativo e a devida fundamentação pela decisão judicial" (Brasil. STJ. REsp n. 1152541-RS, 2011).

danos causados à vítima. Tais agentes "jogam" com as regras, cientes de que elas limitam a condenação ao teto dos danos da vítima, sem, contudo, afetar os frutos obtidos da conduta antijurídica: são, de fato, ilícitos lucrativos[15].

Atualmente, o Brasil adota predominantemente o modelo baseado nas perdas da vítima (*loss-based damages*). Opta, assim, por não acolher, ao menos de forma geral, o modelo baseado nos ganhos do ofensor (*gain-based damages*) e o modelo baseado na retribuição do mal causado pela conduta indesejada (*exemplary/punitive damages*). Trata-se de uma opção político-jurídica que pode ser revista oportunamente, permitindo que tais modelos convivam em paralelo no âmbito da responsabilidade civil. Nas linhas que seguem, serão analisados os modelos ainda não acolhidos pelo Brasil e sua (im)pertinência jurídica.

Assim, sob ponto de vista crítico, o modelo compensatório apresenta relevantes vantagens, como a segurança jurídica decorrente da limitação da condenação à extensão do dano e a aderência à lógica da justiça corretiva. Contudo, revela limitações importantes: (i) não desestimula adequadamente ilícitos lucrativos; (ii) permite que o ofensor retenha ganhos indevidos; e (iii) mostra-se insuficiente em hipóteses de danos não substanciais ou, o oposto, de difícil mensuração.

2. *GAIN BASED DAMAGES*: O MODELO VOLTADO À REMOÇÃO DOS BENEFÍCIOS OBTIDOS PELO OFENSOR COM O ILÍCITO LUCRATIVO

Muito recentemente, tem-se discutido no Brasil uma revisão do alcance das diversas funções da responsabilidade civil, conjugando remédios jurídicos que levem a sério a ideia de responsabilização. Classicamente, o dever de não lesar (*neminem laedere*) impede que o ofensor saia imune ao dever de reparar os danos que causou à vítima. Entretanto, tal dever não alcança os benefícios que o ofensor obteve para si com o ilícito, colocando-o em situação de enriquecimento ilícito. Assim, o outro lado da moeda da reparação deveria obstar que o ofensor lucre com sua ilicitude (para além do dano causado), sob o argumento segundo o qual "*people should not be allowed to profit from their wrongs*" (não se deve permitir que as pessoas lucrem com seus erros)[16]. Trata-se de uma tendência que, no Brasil, ganhou fôlego a partir da discussão sobre a remoção do "lucro da intervenção"[17].

Essa perspectiva é a que inspira o modelo de responsabilização baseado na remoção dos benefícios obtidos pelo ofensor com seu ilícito lucrativo (*gain-based damages*). O inimigo combatido, portanto, é a conduta ilícita lucrativa do ofensor (e não o dano sofrido pela vítima). Duas vertentes

[15] FORTES, Pedro Rubim Borges. *O fenômeno da ilicitude lucrativa.* In: Revista Estudos Institucionais, v. 5, n.1. p. 104-132, jan./abr. 2019. p. 107).
[16] MCBRIDE, Nicholas. *Restitution for Wrongs. In: Legal Studies Resarch Paper Series* (University of Cambridge – Faculty of Law), paper n. 23/2015, april 2015. p. 14.
[17] SAVI, Sérgio. *Responsabilidade civil e enriquecimento sem causa: o lucro da intervenção*. São Paulo: Atlas, 2012.

decorrem do *gain-based damages*: (a) a expropriação dos benefícios obtidos com o ilícito lucrativo (*disgorgement damages – give up*); e (b) o pagamento do valor equivalente ao uso não consentido de direito da vítima (*restitutionary damages / reasonable fee – give back*)[18]. Esse remédio é conhecido em certos ordenamentos jurídicos da *common law*, como EUA e Inglaterra, mas ainda incipiente nos de *civil law*, como demonstrou amplo estudo capitaneado por Ewoud Hondius e André Janssen[19].

Sobre a reparação em si, no caso de expropriação dos benefícios obtidos com o ilícito lucrativo (*give up*), o critério seria o "critério da diferença", observando-se, em termos de nexo causal, quanto o ofensor lucrou com seu ilícito (*disgorgement*). Por seu turno, quando a hipótese for de pagamento do valor equivalente ao uso não consentido de direito da vítima (*give back*), o critério será o da razoabilidade, arbitrando-se uma quantia razoável (*reasonable fee*).

Note-se que, enquanto no modelo baseado nas perdas da vítima (*loss-based damages*) há uma lógica "compensatória", aqui, no modelo baseado nos ganhos do réu com o ilícito (*gain-based damages*), há uma lógica "restitutória". Em certo sentido, este começa onde aquele termina, suprindo suas limitações. Muito se fala em "indústria do dano moral"[20] das vítimas, mas pouco se trilhou sobre os "ilícitos lucrativos" dos ofensores e o "parasitismo econômico"[21]. Visando evitar uma inversão ideológica da responsabilidade civil[22] ou, ao menos, promover um equilíbrio entre essas perspectivas, o *gain-based damages* intenta enviar a mensagem de que não serão tolerados lucros obtidos de fonte ilícita[23]. Também é possível a ocorrência de um ato ilícito que não cause danos a ninguém ou cujo dano

---

[18] EDELMAN, James. Gain-Based Damages: *Contract, Tort, Equity and Intellectual Property.* Portland: Hart Publishing, 2002. p. 1).

[19] HONDIUS, Ewoud; JANSSEN, André (ORGs). *Disgorgement of Profits: Gain-Based Remedies throughout the World.* Switzerland: Springer, 2015.

[20] "Não há indústria sem matéria-prima, de sorte que, se os domínios da responsabilidade civil são assim tão abrangentes, com o crescimento das demandas judiciais, é porque os danos injustos aumentaram e se tornaram mais frequentes. E, sobretudo, a consciência da cidadania ganhou um enorme impulso, provocando a busca da prestação jurisdicional" (CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil.* 12. ed., rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2015. p. 2-3).

[21] Parasitismo econômico (ou clandestinidade econômica) pode ser entendida como a conduta das empresas de se beneficiarem de recursos, serviços, bens ou direitos alheios sem o devido pagamento ou contraprestação. Na língua inglesa este agente é chamado de "free rider" (caroneiro gratuito). Ana Clara Azevedo de Amorim (2009), afirma que "o parasitismo econômico constitui um fenómeno cada vez mais frequente nas relações de mercado. Ao aproveitar a reputação dos elementos distintivos ou os investimentos realizados por outro agente económico, o concorrente-parasita beneficia, sem assunção de risco próprio, do esforço material e intelectual alheio" (AMORIM, Ana Clara Azevedo de. *Parasitismo econômico e direito.* Almedina. 2009).

[22] Sustenta Alfaro que a inversão ideológica tem como pai o discurso e como mãe a ideologia. Ela pode ser sintetizada como a inversão que se realiza, a partir da ideologia, sobre os fundamentos de um determinado objeto, visando certos objetivos ideológicos. Note-se, para ilustrar, como quer Chauí (2012. p. 96-97), a questão da família sob a ideologia liberal-burguesa no Brasil. Família é retratada menos como uma realidade sócio-histórica que assume variadas formatações e significações (as vezes em torno do amor, da utilidade, da proximidade etc.) e mais como uma realidade natural, eterna, sagrada, moral e pedagógica. Em outros termos, no lugar da "família" está a "ideia de família". A mesma linha sobre o trabalho. O trabalho e o trabalhar são repassados como algo nobre e enobrecedor, digno e dignificante, salutar, ao tempo que não trabalhar é tido como preguiça, problema, doença, falta de caráter, etc. Por detrás daquelas relações positivas endereçadas ao trabalho e ao ato de trabalhar escondem-se as reais condições de trabalho envolvidas em cenários neocapitalistas como exploração, entorpecimento e práticas brutais físicas e/ou psicológicas. Logo, novamente, está-se diante da "ideia de trabalho" e não do "trabalho" (ALFARO, Norman José Solórzano. *Derecho moderno e inversión ideológica: una mirada desde los derechos humanos.* In: RÚBIO, David Sánches; FLORES, Joaquín Herrera; CARVALHO, Salo de (Orgs). *Novos pressupostos para a temática de direitos humanos.* 2. ed. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2010. p. 31).

[23] "Imaginemos duas situações: a) um periódico especializado no ramo de "fofocas" ofende a honra ou a vida privada de uma celebridade; b) uma empresa utiliza uma marca famosa em sua publicidade sem pedir a

seja tão ínfimo que desmotive a vítima a ingressar em juízo[24-25]. Essas situações não passaram despercebidas no projeto de reforma do Código Civil, que atualiza não apenas a responsabilidade civil, mas também a própria figura e o posicionamento dos fatos ilícitos[26].

Por focar no antijurídico (e não no dano), o modelo do *gain-based damages* coaduna-se com os institutos preventivos do direito processual que enfrentam a ilicitude independentemente de dano. Seria o caso, no Brasil, por exemplo, da tutela contra o ilícito (inibitória e de remoção) prevista no art. 497, parágrafo único, do Código de Processo Civil vigente. Ambas atingem diretamente a responsabilidade civil, pois, ao se fundarem exclusivamente na conduta ilícita, independentemente de dano, revisitam o próprio conceito de ilícito ao cindirem seus elementos, desvinculando a necessária associação entre ilícito e dano para sua configuração[27]. No mesmo campo, também as *astreintes* e outras medidas atípicas de execução atuam como mecanismos de tutela.

No Brasil, o *leading case* sobre o modelo baseado nos ganhos ilícitos é o famoso caso da atriz Giovanna Antonelli, julgado pelo STJ em 2018, no REsp 1.698.701/RJ. Em síntese, a farmácia de manipulação Dermo utilizou, sem autorização e sem qualquer remuneração, o nome e a imagem da atriz em publicidades de um produto de emagrecimento. As propagandas foram veiculadas na internet e vinculavam a imagem da atriz a um suposto uso do produto para perda de peso no período pós-gravidez. O STJ entendeu que, além da reparação dos danos morais e materiais decorrentes da utilização não autorizada da imagem de pessoa com finalidade econômica ou comercial (*loss-based damages*), o titular do bem jurídico violado tem o direito de exigir do infrator a restituição do lucro

autorização da titular da propriedade imaterial. No plano do direito positivo, pelo olhar da responsabilidade civil, a resposta será a condenação do infrator pelos danos patrimoniais e extrapatrimoniais sofridos pela vítima. Vale dizer, o teto da reparação será o prejuízo experimentado pelo ofendido em sua órbita econômica e existencial. [...] Contudo, em comum aos dois exemplos, os dois ofensores obtiveram ganhos financeiros como resultado de práticas ilícitas, que extrapolam sobremaneira o valor dos danos experimentados pelo autor da demanda. Portanto, a técnica compensatória é idealmente capaz de reequilibrar o patrimônio da vítima sem, contudo, exercer qualquer função de desestímulo perante o réu, que, ilustrativamente, lucrou 100 ilicitamente e pagará apenas 10, ao final de um longo e custoso processo" (ROSENVALD, Nelson. *Responsabilidade civil pelo ilícito lucrativo: o disgorgement e a indenização restitutória.* Salvador: JusPodivm, 2019. p. 222).

[24] No cenário da common law, fala-se em nominal damages, que seria uma pequena indenização concedida ao autor. Se aplicam aos casos em que não há danos substanciais a serem compensados, mas ainda assim o Judiciário reconhece uma lesão aos seus direitos ou uma violação de algum dever do réu. Não se confundem, então, com os chamados meros dissabores, hipóteses nas quais o dano sequer é reconhecido.

[25] Sobre esta situação, recorda Fortes o caso da C-TV, que realizava cobrança de seus consumidores do valor de R$ 10,00, referente a "taxa de boleto", mesmo ciente da ilicitude da sua conduta. Como o valor do dano, individualmente considerado, era pequeno, provavelmente muitos lesados não ajuizaram ações reparatórias (e a empresa lucrou com isso). Ao lado disso, a empresa trabalhava com a alta probabilidade de que não seria condenada por "danos morais punitivos", tendo em conta o histórico jurisprudencial. Assim, conclui Fortes que a C-TV possuía incentivos econômicos para lesar, gerando ciclos de ilicitude lucrativa, que não seriam resolvidos apenas com a reparação dos danos (FORTES, Pedro Rubim Borges. *O fenômeno da ilicitude lucrativa.* In: Revista Estudos Institucionais, v. 5, n.1. p. 104-132, jan./abr. 2019. p. 126).

[26] BRAGA NETTO, Felipe. *Os ilícitos civis no projeto de reforma do Código Civil.* Revista IBERC, Belo Horizonte, v. 8, n. 1. p. 30-79, jan./abr. 2025.

[27] O dano é um sintoma da conduta ilícita: "[...] o dano não é uma consequência necessária do ato ilícito. O dano é requisito indispensável para o surgimento da obrigação de ressarcir, mas não para a constituição do ilícito [...] Na verdade, se o ilícito é compreendido na perspectiva da responsabilidade civil, torna-se natural não só a confusão entre ilícito e dano, mas também a exigência da culpa ou do dolo como componente do ilícito [em específico na responsabilidade civil subjetiva]" (MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela contra o ilícito: inibitória e de remoção. Art. 497, parágrafo único, CPC/2015.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 24/28).

obtido em razão da intervenção ilícita em direitos e interesses jurídicos alheios (*gain-based damages*). Do contrário, admitir-se-iam ilícitos lucrativos e o enriquecimento sem causa.

Atualmente, no Brasil, o lucro da intervenção tem sido posicionado por parte dos juristas não campo do enriquecimento sem causa e não da responsabilidade civil. O enriquecimento sem causa dispõe 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". Por todas as posições, tem-se a síntese do Enunciado 620, do CJF: "A obrigação de restituir o lucro da intervenção, entendido como a vantagem patrimonial auferida a partir da exploração não autorizada de bem ou direito alheio, fundamenta-se na vedação do enriquecimento sem causa". Ademais, o CJF, no Enunciado n. 35, orientou que a expressão "à custa de outrem" não exige, necessariamente, empobrecimento correlato, de modo que alguém pode enriquecer ao utilizar direito alheio sem consentimento, isto é, a partir da própria conduta, ainda que a vítima não tenha experimentado dano efetivo. Ocorre que os remédios jurídicos do enriquecimento sem causa (e em certo sentido também do pagamento indevido) alcançam apenas o valor indevidamente obtido, mas não os frutos ou lucros dele decorrentes[28].

Por outro lado, a proposta de reforma do Código Civil propõe a positivação do *gain-based damages*, com a criação de mecanismos de retirada dos lucros e vantagens ilícitas obtidas pelo ofensor. Na versão final do relatório, o modelo está previsto no art. 944, § 2º, do Código Civil, com a seguinte redação: "Em alternativa à reparação de danos patrimoniais, a critério do lesado, a indenização compreenderá um montante razoável correspondente à violação de um direito ou, quando necessário, a remoção dos lucros ou vantagens auferidos pelo lesante em conexão com a prática do ilícito".

Portanto, vê-se tratar de uma opção alternativa à reparação dos danos, fundada na vedação ao enriquecimento ilícito. Ademais, obsta-se a cumulação do pedido de reparação dos danos materiais (*loss-based damages*) com o pedido de retirada dos lucros ilícitos (*gain-based damages*), sem prejuízo da cumulação com danos extrapatrimoniais[29]. e a proposta vingar, os modelos coexistirão no ordenamento jurídico, mas não se sobreporão na mesma causa de pedir patrimonial. Isso porque não se deve olvidar que, na lógica restitutória (*gain-based damages*), o ofensor restitui à vítima os benefícios obtidos com o ilícito (*give back*) ou deles abre mão (*give up*)[30].

A organização proposta no projeto de reforma do Código Civil visa impedir que a cumulação de pedidos gere suposto enriquecimento imotivado da vítima[31]. Uma alternativa que contornaria esse

---

[28] FARIAS, Cristiano Chaves de; FIGUEIREDO, Luciano; EHRHARDT JÚNIOR, Marcos; DIAS, Wagner Inácio. *Código Civil para concursos: doutrina, jurisprudência e questões de concursos.* 6.ed. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 885).

[29] ROSENVALD, Nelson. *Responsabilidade civil pelo ilícito lucrativo: o disgorgement e a indenização restitutória.* Salvador: JusPodivm, 2019. p. 522-524.

[30] "[...] poderemos enfrentar os fenômenos da ilicitude lucrativa por três vias: a) restituição do demandante a situação anterior ao dano injusto pelo remédio compensatório; b) restituição de ambas as partes à situação anterior ao ilícito por meio do remédio da fixação de um preço peça intervenção inconsentida no bem do demandante; c) restituição do demandado à situação anterior ao ganho ilícito por meio da remoção dos lucros decorrentes da violação de interesses protegidos do demandante (ROSENVALD, Nelson. *Responsabilidade civil pelo ilícito lucrativo: o disgorgement e a indenização restitutória.* Salvador: JusPodivm, 2019. p. 533).

[31] Parte da doutrina tece elaboradas criticas sobre o discurso do "enriquecimento sem causa da vítima". Por todos, a posição de Marinangelo: "A nosso ver, a questão é resolvida pelo pressuposto da causa, ou seja, há justa causa para a atribuição de bens do patrimônio do ofensor para o ofendido, ainda que tais bens impliquem valor

problema seria direcionar os lucros ou vantagens obtidos com o ilícito lucrativo para fundos públicos, reconhecendo que a conduta antijurídica, além de constituir uma ofensa individual à vítima, representa também lesão a interesses coletivos ou difusos. Tal alternativa teria como vantagem conjugar os dois modelos (*loss* e *gain*), reconhecendo que cada qual possui remédios jurídicos próprios para suas funções específicas. Assim, o círculo reparatório estaria completo, pois seriam restaurados, ao *status quo*, tanto a vítima quanto o ofensor: *neminem laedere* de mãos dadas com *tort must not pay*.

Atualmente, contudo, a estrutura da responsabilidade civil no ordenamento jurídico brasileiro não prevê dispositivo legal que autorize, de forma geral, a adoção do modelo baseado nos benefícios obtidos do ilícito. A Lei de Propriedade Industrial (Lei n. 9.279/96) é uma das poucas exceções que prevê expressamente o modelo do *gain-based damages*. Em seu art. 210, II, faculta-se à vítima despojar o ofensor dos benefícios que obteve com sua conduta ilícita. Assim, diante da violação de direitos de propriedade industrial e de atos de concorrência desleal, o prejudicado poderá, alternativamente, optar entre: (I) os benefícios que teria auferido se a violação não tivesse ocorrido; (II) os benefícios auferidos pelo autor da violação; ou (III) a remuneração que o autor da violação teria pago ao titular do direito violado pela concessão de uma licença que lhe permitisse explorar legitimamente o bem.

Por tudo, vê-se que o modelo restitutório apresenta como principal virtude a eliminação dos incentivos econômicos à prática de ilícitos, promovendo maior eficiência preventiva. Por outro lado, enfrenta dificuldades operacionais relevantes, como a quantificação dos ganhos ilícitos, a delimitação do nexo causal econômico e o risco de sobreposição com institutos como o enriquecimento sem causa.

3. *EXEMPLARY/PUNITIVE DAMAGES*: O MODELO BASEADO NA RETRIBUIÇÃO DO MAL CAUSADO PELA CONDUTA ALTAMENTE REPROVÁVEL

Parte da doutrina nacional[32] afirma que uma das funções da responsabilidade civil é atuar como mecanismo punitivo-pedagógico, isto é, viabilizar, a seu modo, a dissuasão de comportamentos repudiados pelo Direito. Nesse âmbito, ganharam espaço os debates em torno das chamadas "condenações punitivas", "indenizações exemplares" ou *punitive/exemplary damages*[33].

supostamente superior ao do dano. [...] o arbitramento de quantias módicas para compensar as vítimas de danos extrapatrimoniais, se não constitui enriquecimento sem causa para o lesado, certamente constituirá para o ofensor. Ademais, o arbitramento de valores irrisórios ou insignificantes torna a prática lesiva interessante, economicamente vantajosa, transformando o que deveria ser fonte de desestímulo, na verdade, motivo de estímulo à prática de condutas danosas no campo da extrapatrimonialidade" (MARINANGELO, Rafael. *Indenização punitiva e o dano extrapatrimonial na disciplina contratual*. 2016. 306p. Tese (Doutorado em Direito) – PUC/SP, São Paulo, 2016, p. 144/147).

[32] GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: responsabilidade civil.* V. 3, 15. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 70; CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil.* 12. ed., rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2015. p. 137.

[33] Um interessante estudo sobre o tema, nos EUA, foi elaborado por SUNSTEIN, Cass R.; Hastie, R., Payne, J. W., Schkade, D. A., & Viscusi, W. K. *Punitive damages: How juries decide.* University of Chicago Press, 2008.

Na lógica estadunidense[34], as condenações punitivas ou exemplares são concedidas como penas civis[35], para punir e desestimular condutas altamente reprováveis, com dolo ou culpa grave, que sejam danosas, ilícitas ou antiéticas. As *punitive/exemplary damages* configuram um modelo baseado na retribuição do mal causado pela conduta indesejada, elegendo, portanto, essa conduta como seu principal alvo. O termo *punitive* enfatiza o caráter punitivo, enquanto a expressão *exemplary* ressalta a função dissuasória[36]. Tais condenações surgem ao lado da reparação da vítima ou da remoção dos benefícios obtidos com o ilícito lucrativo praticado pelo ofensor, constituindo uma terceira espécie.

Desse modo, as condenações punitivas/exemplares (*punitive/exemplary damages*) coexistem, em paralelo, com as condenações reparatórias (*compensatory damages*) e com as condenações restitutórias (*restitutionary damages*). Cada qual, contudo, possui características, funções e remédios de tutela jurídica próprios, como se observa:

	Condenações reparatória (Compensatory damages)	**Condenações restitutória (Restitutory damages)**	**Condenações punitivas (Punitive damages)**
Finalidade	Reparação da vítima	Remoção dos benefícios obtidos com o ilícito lucrativo	Educação do ofensor ou inibição da conduta[37]
Protagonista	Vítima	Ofensor	Ofensor
Foco	Dano	Conduta ilícita lucrativa	Conduta ilícita altamente reprovável
Perspectiva	Retrospectiva	Retrospectiva	Prospectiva
Condenação (valores)	Limitada ao teto dos danos	Limitada aos benefícios do ilícito lucrativo	Arbitrado judicialmente[38]

Tabela 1 - Modelos reparatórios e suas características diferenciais (autoria própria).

[34] Narra Schreiber: "De longa tradição nos Estados Unidos, o instituto foi aplicado pela primeira vez em 1784, na condenação de um médico que, após haver aceitado um desafio para participar de um duelo de pistolas, inseriu secretamente na taça de vinho do seu adversário uma dose considerável de cantaridina e propôs um drinque de reconciliação. A substância provocou dores extremas na vítima. A Suprema Corte da Carolina do Sul entendeu que a malícia do médico merecia, naquelas circunstâncias, uma 'punição exemplar' (Genay v. Norris, 1 S.C.L. (1 Bay) 6 (1784)" (SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade.* 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 19).

[35] É crucial não confundir as "penas privadas" com as "penas civis". As penas privadas têm finalidade executiva-garantidora, são acessórios, de caráter instrumental, previstas previamente para neutralizar os efeitos do dano, quando e se este ocorrer. Já as penas civis têm finalidade punitiva, visando retribuir o mal causando e desestimular sua repetição (ROSENVALD, Nelson. *As funções da responsabilidade civil: a reparação e a pena civil*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 74).

[36] ROSENVALD, Nelson. *As funções da responsabilidade civil: a reparação e a pena civil.* 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 193-194.

[37] "We have seen that the judges insist that the purpose of a claim for damages is compensation and not punishment. So the way in which the damages are calculated has all to do with what the plaintiff has lost or suffered, and has nothing to do with how badly the defendant has behaved. Provided that the basic threshold of negligence is passed the plaintiff recovers in full — the damages are not increased where the defendant has behaved very badly, nor are they reduced because the defendant was trying his best and only just fell below the law's requirements. There are some exceptions to this principle, where punitive or exemplary damages can be awarded, and these damages are avowedly fixed at a higher level in order to punish and deter" (ATIYAH, Patrick Selim. *The damages lottery.* Oxford: Hart Publishing, 1997. p. 159-160).

[38] No projeto de reforma do Código Civil, vê-se o limite de até quatro vezes o valor dos danos fixados (art. 944-A, §4º).

No cenário jurídico brasileiro, não há, legalmente, a figura das condenações punitivas ou exemplares. Todavia, valendo-se de uma válvula de escape retórica, qual seja, a orientação de considerar a função punitivo-pedagógica da responsabilidade civil, os juristas passaram a inserir a punição "dentro" da fixação do valor do dano moral, invisibilizando-a[39]. Acabou-se que, no Brasil, a temática costuma levar o nome de "dano moral punitivo"[40] ou "dano preventivo"[41].

É nesse ponto que surgem os problemas: primeiro, porque a pena civil e o dano moral não são equivalentes; segundo, porque as condenações punitivas exigem previsão legal específica (por se tratarem de penas); terceiro, porque se evidencia uma confusão entre a "função punitivo-pedagógica da responsabilidade civil" e as "condenações punitivas", frequentemente tratadas como se fossem sinônimas[42].

A celeuma é ainda mais ampla, havendo posições diversas naquilo que Marinangelo chama de "objeções à indenização punitiva"[43], sobretudo em relação às seguintes questões: (1) não há reserva legal para a aplicação de condenações punitivas (enquanto punições que são); (2) há resistência em equiparar a função reparatória à função punitivo-pedagógica; (3) fala-se em "dano moral punitivo", sustentando-se que a condenação punitiva apenas teria cabimento em danos extrapatrimoniais (preterindo os patrimoniais); (4) é majoritária a inclinação jurisprudencial e doutrinária de inserir a faceta punitiva "dentro" do valor do dano moral, ocultando-a como critério de fixação; (5) não há

[39] "Ao combinar critério punitivos e critérios compensatórios, chegando-se a um resultado único, a prática brasileira distancia-se do modelo norte-americano, que distingue claramente compensatory damages e punitive damages. Com isso, cria-se, no Brasil, uma espécie bizarra de indenização, em que ao responsável não é dado conhecer em que medida está sendo apenado, e em que medida está simplesmente compensando o dano" (SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição de danos*. 6. Ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 213).

[40] "A indenização punitiva do dano moral surge como reflexo da mudança de paradigma da responsabilidade civil e atende a dois objetivos bem definidos: a prevenção (através da dissuasão) e a punição (no sentido de redistribuição). [...] A indenização punitiva do dano moral deve ser também adotada quando o comportamento do ofensor se revelar particularmente reprovável – dolo ou culpa grave – e, ainda, nos casos em que, independentemente de culpa, o agente obtiver lucro com o ato ilícito ou incorrer em reiteração da conduta ilícita" (CAVALIERI FILHO, Sergio*. Programa de responsabilidade civil.* 12. ed., rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2015. p. 137/138).

[41] LOUREIRO, Francisco. *Danos materiais no regime do CDC são analisados no curso de Direito do Consumidor*. EPM (Escola Paulista de Magistratura). Disponível em: <https://epm.tjsp.jus.br/Noticias/noticia/38827>. Acesso em: jan. 2020.

[42] A doutrina brasileira também não é uníssona em relação à aplicação dos chamados punitive damages no direito brasileiro. A grande confusão decorre da associação da função punitiva da indenização como sinônima de punitive damages. [...] Como se verá, as duas expressões não se equivalem. A função punitiva do dano moral não implica aplicação dos punitive damages no direito brasileiro. [...] Diversas são as diferenças entre o dano moral e os punitive damages. A primeira diz respeito às funções da indenização. Enquanto no primeiro a indenização tem a função de compensação, os segundos têm como característica as funções de punição e prevenção. [...] A segunda diferença decorre de o dano moral poder ser oriundo de responsabilidade subjetiva ou objetiva; já os punitive damages decorrem de condutas dolosas ou de culpa grave (responsabilidade subjetiva). Pode-se acrescentar ainda que o dano moral não necessita de previsão específica; já os punitive damages, por serem pena privada [leia-se pena civil], exigem tal ocorrência. Desse modo, não se pode aplicar os punitive damages no direito brasileiro. Por se referirem à pena privada [leia-se pena civil], os punitive damages analisam muito mais a conduta enquanto que o dano moral analisa o resultado da conduta. Finalmente, os danos morais decorrem da violação de um direito da personalidade; já os punitive damages podem ter origem inclusive na quebra de um contrato (FLUMIGNAN, Silvano José Gomes. *Uma nova proposta para a diferenciação entre o dano moral, o dano social e os punitive damages.* In: Revista dos Tribunais, v. 958, 2015).

[43]MARINANGELO, Rafael. *Indenização punitiva e o dano extrapatrimonial na disciplina contratual*. 2016. 306p. Tese (Doutorado em Direito) – PUC/SP, São Paulo, 2016, p. 137-167.

prática judicial pacífica quanto à aplicação de penas civis em casos altamente reprováveis ajuizados individualmente (sem legitimidade para tutela coletiva ou social); e (6) processualmente, nas demandas individuais, surge o problema da legitimidade ativa para o recebimento da condenação punitiva, já que à vítima caberia apenas aquilo que perdeu, na exata medida[44]- [45].

As condenações punitivas no direito civil brasileiro (o chamado "dano moral punitivo"), assim como outras ideias análogas em sociedades culturalmente punitivistas, podem parecer sedutoras à primeira vista, mas enfrentam sérios óbices constitucionais relacionados à segurança jurídica. Daí porque, como indicam Sanseverino[46], Gonçalves[47], Schreiber[48] e Rosenvald[49], no atual Código Civil, os *punitive damages* não encontram espaço. Optou-se por reservar as punições ao direito penal e as sanções administrativas (como multas e suspensões) ao direito administrativo.

Atualmente, há quem defenda que, nos casos em que a conduta altamente reprovável atinge a coletividade (difusa ou coletivamente), à luz da Lei n. 7.347/85, seria possível admitir, excepcionalmente, uma resposta punitiva ou exemplar. Não se trataria, contudo, de condenações punitivas em sentido técnico, como no modelo norte-americano dos *punitive/exemplary damages*, mas apenas da aplicação da função punitivo-pedagógica da responsabilidade civil[50]. É o que ocorre, por exemplo, no dano moral coletivo e no dano social[51].

Justamente por isso, no âmbito da reforma do Código Civil, propõe-se a positivação da chamada "sanção pedagógica", de caráter complementar aos danos extrapatrimoniais, aplicável em casos de alta reprovabilidade. No relatório final, consta no art. 944-A e em seus parágrafos que, em hipóteses graves, com presença de dolo, culpa grave ou reiteração da ilicitude, poderá ser aplicada a "sanção pedagógica", destinada a educar e/ou desestimular o ofensor a repetir a conduta prejudicial (§3º). Se aprovada, sua positivação superará o atual problema da legalidade dos chamados "danos morais punitivos".

---

[44] BOLESINA, Iuri. *Responsabilidade Civil*. Erechim: Deviant, 2019. p. 247-248.
[45] BERNARDO, Wesley de Oliveira Louzada. A (in)conveniência da adoção dos punitive damages no ordenamento jurídico brasileiro. Revista IBERC, Belo Horizonte, v. 7, n. 3. p. 1-17, set./dez. 2024.
[46] SANSEVERINO, Paulo de Tarso. *Princípio da reparação integral: indenização no código civi*l. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 76.
[47] GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: responsabilidade civil.* V.4, 12.ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 473.
[48] SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade.* 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 211.
[49] ROSENVALD, Nelson. *As funções da responsabilidade civil: a reparação e a pena civil.* 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 261.
[50] "É de admitir-se, pois, como exceção, uma figura semelhante à do dano punitivo, em sua função de exemplaridade, quando for imperioso dar uma resposta à sociedade, isto é, à consciência social, tratando-se, por exemplo, de conduta particularmente ultrajante, ou insultuosa, em relação à consciência coletiva, ou, ainda, quando se der o caso, não incomum, de prática danosa reiterada. Requer-se a manifestação do legislador tanto para delinear as estremas do instituto, quanto para estabelecer as garantias processuais respectivas, necessárias sempre que se trate de juízo de punição. [...] É de aceitar-se, ainda, um caráter punitivo na reparação de dano moral para situações potencialmente causadoras de lesões a um grande número de pessoas, como ocorre nos direitos difusos, tanto na relação de consumo quanto no Direito Ambiental. Aqui, a ratio será a função preventivo-precautória, que o caráter punitivo inegavelmente detém, em relação às dimensões do universo a ser protegido" (MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais.* Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 263).
[51] TARTUCE, Flávio. *Direito civil: direito das obrigações e responsabilidade civil* 11. ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 463.

A "sanção pedagógica" poderá atingir até quatro vezes o valor fixado a título de danos, levando-se em consideração a gravidade do ato, a situação econômica do ofensor e a reiteração da conduta (§4º e §5º). Observa-se, aqui, também a tentativa de controle da discricionariedade judicial, mediante a fixação de um teto para a condenação pedagógica. Quanto à destinação do valor, o juiz poderá direcionar parte a fundos públicos ou instituições de beneficência, de modo a conferir resposta social, ainda que indireta, aos danos causados (§6º). Este é um ponto especialmente sensível, pois atinge discussões sobre legitimidade processual do beneficiado, sobre discricionariedade judicial e ainda sobre a própria destinação dos valores[52].

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os modelos jurídicos possuem características próprias, muitas vezes bastante distintas, inclusive entre si, mas não por isso excludentes ou insuscetíveis de harmonização. No que diz respeito à responsabilidade civil, especificamente quanto à reparação, modelos meramente compensatórios apresentam alcance mais restrito, limitando-se à recomposição dos danos suportados pela vítima. Por sua vez, modelos que também reconhecem as formas restitutória e retributiva ampliam esse horizonte ao admitir, como complemento ou alternativa, a remoção dos lucros obtidos pelo ofensor com o ilícito ou, ainda, a retribuição do mal decorrente de condutas altamente reprováveis. Surgem, assim, três possíveis caminhos reparatórios, e não necessariamente excludentes entre si: compensação (*loss-based damages*), restituição (*gain-based damages*) e retribuição (*punitive/exemplary damages*).

À luz desse cenário, retoma-se o problema investigado: como se configuram os modelos compensatório, restitutório e retributivo, e em que medida podem ser aplicados no sistema brasileiro de responsabilidade civil? As respostas podem ser sintetizadas nos seguintes termos:

O modelo compensatório (*loss-based damages*) fundamenta-se nos danos sofridos pela vítima, independentemente dos ganhos obtidos pelo ofensor ("*tout le dommage, mais rien que le dommage*"). Nessa lógica, o dano é o inimigo a ser combatido, e privilegia-se a justiça corretiva, com o objetivo de reposicionar a vítima no *status quo* anterior às perdas. Esse modelo se ancora nos princípios da reparação integral e da indenidade, os quais reforçam o dever geral de não lesar (*neminem laedere*), impondo ao responsável o dever de reparar integralmente a vítima, sem, contudo, necessariamente despojá-lo dos benefícios obtidos com a conduta ilícita.

O modelo restitutório (*gain-based damages*), por sua vez, orienta-se pelos ganhos auferidos pelo ofensor com o ilícito lucrativo, visando à sua remoção. Aqui, o foco desloca-se do dano para a conduta ilícita lucrativa. Seu fundamento reside na ideia de que não se deve permitir que pessoas naturais ou jurídicas lucrem com seus erros ("*people should not be allowed to profit from their wrongs*").

[52] Neste campo de discussão, existem críticas sobre a destinação a fundos públicos ou entidades de beneficência, tendo em vista a sua legitimidade processual, já que, a princípio, não participaram do processo. Sobre o tema, no campo do Direito do Trabalho, o STF, na liminar da ADPF 944, limitou o destino das indenizações trabalhistas por danos morais coletivos a dois fundos públicos federais já existentes e restringiu a criação de novos.

Duas vertentes o compõem: (a) a expropriação dos benefícios obtidos com o ilícito (*disgorgement damages – give up*); e (b) o pagamento pelo uso não consentido de direito alheio (*restitutionary damages / reasonable fee – give back*). Trata-se de modelo que dialoga com a lógica de *private enforcement*, na qual agentes privados assumem papel ativo na realização do Direito.

Por fim, o modelo retributivo (*punitive/exemplary damages*) volta-se à punição do ofensor em razão de condutas altamente reprováveis. Representa uma verdadeira pena civil, orientada pela função punitivo-pedagógica da responsabilidade civil, com o objetivo de dissuadir a repetição de comportamentos ilícitos. Nesse contexto, inserem-se as discussões sobre "condenações punitivas", "indenizações exemplares", "dano moral punitivo" e "dano preventivo". Trata-se de modelo que atua ao lado dos demais, mas que, no Brasil, não encontra previsão legal expressa, sendo eventualmente utilizado pelo Poder Judiciário por meio de construções retóricas. Sua adoção plena exigiria previsão legal específica e a superação de relevantes obstáculos constitucionais e processuais.

Modelo	Foco	Vantagem Principal	Desvantagem
Compensatório	Dano da Vítima	Previsibilidade e justiça corretiva clássica.	Não abrange ilícitos lucrativos e danos não substanciais.
Restitutório	Lucro ilícito do Ofensor	Retira o incentivo econômico para o ilícito.	Complexidade na distinção entre lucro lícito e ilícito.
Retributivo	Conduta Altamente Reprovável	Efeito dissuasório e pedagógico.	Discricionariedade judicial; críticas à legitimidade processual; aproximação da responsabilidade civil a penal.

Tabela 2 – Principais vantagens e desvantagens dos modelos reparatórios (autoria própria).

Em síntese, o ordenamento jurídico brasileiro adota, de forma predominante, o modelo compensatório (*loss-based damages*). O modelo restitutório (*gain-based damages*) ainda não possui acolhimento geral, embora haja exceções, como o art. 210 da Lei de Propriedade Industrial. Já o modelo retributivo (*punitive/exemplary damages*) carece de previsão legal e, por isso, não se encontra legitimamente incorporado ao sistema.

Todavia, quando articulados de forma sinérgica, tais modelos têm o potencial de alcançar o que se pode denominar "responsabilidade civil plena", isto é, um modelo tridimensional capaz de oferecer proteção contra danos, atos ilícitos e riscos. Essa articulação configura um modelo abrangente, na medida em que não apenas a indenização por danos, mas também o combate e a prevenção de atos ilícitos.

Não por acaso, um arranjo dessa natureza vem sendo debatido no âmbito da reforma do Código Civil brasileiro, sendo uma das efetivas inovações. Contudo, em outros âmbitos da responsabilidade civil (que não os modelos de reparação), a proposta apenas se propôs a refletir o cenário já pacificado pela doutrina e pela jurisprudência majoritária, transmitindo a impressão de que pouco se avançou além da atualização do texto legal conforme posições já consolidadas. Embora as mudanças sejam, em geral, positivas, suscita controvérsias relevantes e ficaram aquém do esperado pela crítica mais progressista.

REFERÊNCIAS

ALFARO, Norman José Solórzano. Derecho moderno e inversión ideológica: una mirada desde los derechos humanos. *In*: RÚBIO, David Sánches; FLORES, Joaquín Herrera; CARVALHO, Salo de (Orgs). *Novos pressupostos para a temática de direitos humanos.* 2. ed. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2010. p. 30-54.

AMORIM, Ana Clara Azevedo de. *Parasitismo econômico e direito*. Almedina. 2009.

ATIYAH, Patrick Selim. *The damages lottery***.** Oxford: Hart Publishing, 1997.

BERNARDO, Wesley de Oliveira Louzada. A (in)conveniência da adoção dos punitive damages no ordenamento jurídico brasileiro. *Revista IBERC*, Belo Horizonte, v. 7, n. 3. p. 1-17, set./dez. 2024.

BOLESINA, Iuri. *Responsabilidade Civil.* Erechim: Deviant, 2019.

BRAGA NETTO, Felipe. Os ilícitos civis no projeto de reforma do Código Civil. *Revista IBERC*, Belo Horizonte, v. 8, n. 1. p. 30-79, jan./abr. 2025.

BRASIL. Congresso Nacional. *Relatório Final dos trabalhos da Comissão de Juristas responsável pela revisão e atualização do Código Civil.* Presidente da comissão de revisão e atualização: Luis Felipe Salomão. 2024.

BRASIL. STJ (Superior Tribunal de Justiça). *REsp n. 1152541-RS.* Relator Min. Paulo de Tarso Sanseverino. Julgado em: 13 de dez. 2011.

BRASIL. STJ (Superior Tribunal de Justiça). *REsp 1.698.701-RJ.* Relator Min. Ricardo Villas Bôas Cueva. Julgado em: 02 de out. de 2018.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil.* 12. ed., rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2015.

CHAUÍ, Marilena. *O que é ideologia.* 2 ed. São Paulo: Brasiliense, 2012.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito civil:* obrigações – responsabilidade civil. V.2, 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

EDELMAN, James. *Gain-Based Damages:* Contract, Tort, Equity and Intellectual Property. Portland: Hart Publishing, 2002.

FARIAS, Cristiano Chaves de; FIGUEIREDO, Luciano; EHRHARDT JÚNIOR, Marcos; DIAS, Wagner Inácio. *Código Civil para concursos*: doutrina, jurisprudência e questões de concursos. 6.ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

FARIAS, Cristiano Chaves de; NETTO, Felipe Peixoto Braga; e ROSENVALD, Nelson. *Novo Tratado de Responsabilidade Civil.* Atlas. São Paulo, 2015.

FLUMIGNAN, Silvano José Gomes. Uma nova proposta para a diferenciação entre o dano moral, o dano social e os punitive damages. *In: Revista dos Tribunais,* v. 958, 2015.

FORTES, Pedro Rubim Borges. O fenômeno da ilicitude lucrativa. *In*: *Revista Estudos Institucionais*, v. 5, n.1. p. 104-132, jan./abr. 2019.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*: responsabilidade civil. V. 3, 15. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro:* responsabilidade civil. V.4, 12.ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. *Direito processual civil esquematizado.* 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

HONDIUS, Ewoud; JANSSEN, André (ORGs). *Disgorgement of Profits:* Gain-Based Remedies throughout the World. Switzerland: Springer, 2015.

LOUREIRO, Francisco. *Danos materiais no regime do CDC são analisados no curso de Direito do Consumidor.* EPM (Escola Paulista de Magistratura). Disponível em: <https://epm.tjsp.jus.br/Noticias/noticia/38827>. Acesso em: jan. 2020.

MARINANGELO, Rafael. *Indenização punitiva e o dano extrapatrimonial na disciplina contratual*. 2016. 306p. Tese (Doutorado em Direito) – PUC/SP, São Paulo, 2016, p. 144/147

MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela contra o ilícito:* inibitória e de remoção. Art. 497, parágrafo único, CPC/2015. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MCBRIDE, Nicholas. Restitution for Wrongs. *In: Legal Studies Resarch Paper Series* (University of Cambridge – Faculty of Law), paper n. 23/2015, april 2015.

MONTEIRO FILHO, Carlos Edinson do Rêgo. Vinte anos do Código Civil e mitigação do princípio da reparação integral: much ado about nothing?. *Revista IBERC*, Belo Horizonte, v. 4, n. 3. p. III-XIV, 2021.

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

ROSENVALD, Nelson. *As funções da responsabilidade civil:* a reparação e a pena civil. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

ROSENVALD, Nelson. *Responsabilidade civil pelo ilícito lucrativo:* o disgorgement e a indenização restitutória. Salvador: JusPodivm, 2019.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso. *Princípio da reparação integral*: indenização no código civil. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

SANTANA, Hector Valverde. *Dano moral no direito do consumidor***.** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

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

SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil*: da erosão dos filtros da reparação à diluição de danos. 6. Ed. São Paulo: Atlas, 2015.

SUNSTEIN, Cass R.; HASTIE, R., PAYNE, J. W., SCHKADE, D. A., & VISCUSI, W. K. *Punitive damages*: How juries decide. University of Chicago Press, 2008.

TARTUCE, Flávio. *Direito civil:* direito das obrigações e responsabilidade civil 11. ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.



Este artigo está licenciado sob a licença *Creative Commons* Atribuição-Não Comercial 4.0 Internacional (CC BY-NC 4.0). Para mais informações sobre os termos desta licença, consulte: https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/deed.pt

Recebido em**:** **17/12/2025.**

Aprovado em**:** **21/05/2026.**

Como citar segundo a NBR 6023/ABNT:

BOLESINA, Iuri. Modelos reparatórios em responsabilidade civil: *loss based damages*, *gain based damages* e *punitive/exemplary damages* e a reforma do Código Civil brasileiro. **Revista IBERC**, Belo Horizonte, v. 9, n. 2, p. 116-133, maio/ago. 2026.